

# SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*Selçuk Law Review*



Cilt  
Volume  
32

Sayı  
Number  
4

Yıl  
Year  
2024



# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

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

**Yayıncı | Publisher**

Selçuk Üniversitesi Yayınları, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Press, 42150, Konya, Turkey

Yayına Başlangıç: 1979

Start of Broadcast: 1979

Yayıncı Sertifika Numarası: 43463

Publisher Certificate Number: 43463

**Selçuk Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi | Owner**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law

Rektör | Rector

Prof. Dr. Hüseyin YILMAZ

**Baş Editör | Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

hsumer@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Editörler | Editors**

Dr. Öğr. Üyesi M. Emre ULUSOY

meulusoy@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ

cansuolmez@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Editör Yardımcıları | Deputy Editors**

Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Murat AÇIL

muratacil@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Saliha HALICI

salihah14@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gökçe ALTINEL

altinelgokce@gmail.com

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

Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT

ntozyilmaz@selcuk.edu.tr

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

Arş. Gör. Zeynep Sena ÖZAYDIN

zeynep.acar@selcuk.edu.tr

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

Arş. Gör. Enes EKŞİ

enes.eksi@selcuk.edu.tr

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

Arş. Gör. Yasemin TÜRKMEÑOĞLUI

yaseminavci@selcuk.edu.tr

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

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK

gfeyzakendir@gmail.com

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

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr

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

Arş. Gör. Muhammet Emin ORDU

muhammet.ordu@selcuk.edu.tr

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

**Yayın Kurulu | Editorial Board**

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

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

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

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

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

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

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

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

**Prof. Dr. Musa Aygöl**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

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

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

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

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

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

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

**Prof. Dr. Ramazan Yıldırım**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

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

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

## Danışmanlar Kurulu | Advisory Board\*

<p><b>Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk</b> Faculty of Law, Yeditepe University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Mustafa Akkaya</b> Faculty of Law, East. Mediterranean University Famagusta, North Cyprus</p>
<p><b>Prof. Dr. Mustafa Aksu</b> Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay</b> Faculty of Law, Antalya Bilim University Antalya, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Şahin Akıncı</b> Faculty of Law, İstanbul Comm. University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz</b> Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz</b> Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Mehmet Altunkaya</b> Faculty of Law, Akdeniz University Antalya, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Ömer Anayurt</b> Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Zekeriyya Arı</b> Faculty of Law, Bursa Uludağ University Bursa, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Ramazan Arslan</b> Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Murat Atalı</b> Faculty of Law, İstanbul University İstanbul, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Yavuz Atar</b> Faculty of Law, İbn Haldun University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Leyla Ateş</b> Faculty of Law, Altınbaş University İstanbul, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Mustafa Avcı</b> Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Murat Aydoğdu</b> Faculty of Law, Dokuz Eylül University İzmir, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Rıza Ayhan</b> Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük</b> Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University Tekirdağ, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Faruk Bilir</b> Personal Data Protection Authority Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu</b> Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Halil Cin</b> Faculty of Law, Ufuk University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Hayrettin Çağlar</b> Faculty of Law, Ankara H.B.V. University Ankara, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Serkan Çınarlı</b> Faculty of Law, İzmir Bakırçay University İzmir, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Abdullah Dinçkol</b> Faculty of Law, Doğuş University İstanbul, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Vahit Doğan</b> Faculty of Law, İstanbul Aydın University İstanbul, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Ayhan Döner</b> Faculty of Law, Erzincan B.Y. University Erzincan, Turkey</p>
<p><b>Prof. Dr. Fikret Eren</b> Faculty of Law, Başkent University Ankara, Turkey</p>	<p><b>Prof. Dr. Ali Erten</b> Faculty of Law, Bilkent University Ankara Turkey</p>

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

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

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

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

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

**Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç**  
Faculty of Law, KTO Karatay University  
Konya, Turkey

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Prof. Dr. Yüksel Metin**  
Faculty of Law, Süleyman Demirel University  
Isparta, Turkey

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

## Selçuk Law Review

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

### Hakkında

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

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

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

### About

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

**Scope:** Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

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

### Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

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

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

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

### Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Aralık 2024

Publication Date: December 2024



## İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

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

## Yayın İlkeleri

### Makalenin Hazırlanma Aşaması

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

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

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

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

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

## Publication Principles

### Preparation Process of the Article

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

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

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

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

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

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

#### Makale Gönderme Aşaması

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

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

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

#### Ön İnceleme Aşaması

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

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

#### Hakem Değerlendirme Aşaması

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

name of article and page numbers may be used.

#### Submission Process of the Article

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

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

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

#### Preliminary Examination Process

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

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

#### Process of the Referee Evaluation

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

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

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

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

#### **Makale Düzeltme Aşaması**

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

#### **Dergi Dizgi Aşaması**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Araştırma Makaleleri**

**Research Articles**

**KAMU PERSONEL UYGULAMALARININ İDARİ GÖZETİM VE DENETİMİ MESELESİ: ETKİNLİK SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ** 1915-1959

Administrative Oversight and Audit Issue Of Public Personnel Practices: Effectiveness Problem and Solution Suggestions  
Hikmet ÖZTUNÇ

**ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN KUDÜS** 1961-1997

Al-Quds In Terms Of International Law  
Tayfur YUMUŞAK

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İŞÇİ SENDİKASINA ÜYE OLMA ÖZGÜRLÜĞÜ** 1999-2043

Freedom To Be A Member Of A Labor Union In The Light Of Constitutional Court Decisions  
Hamide Merve GÜÇLÜ

**DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA DISİPLİN SUÇLARINDA ŞÜPHE DEN SANIK YARARLANIR İLKESİ** 2045-2087

The Principle Of The Benefit Of The Doubt For The Accused In Disciplinary Offenses In Light Of The Decisions Of The Council Of State  
Cavidan YEMEZ

**İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TOPLU İŞ HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI** 2089-2128

Consequences Of The Transfer Of The Employment Contract In Terms Of Collective Labor Law  
Yusuf AKMAN

**YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA DİJİTAL HAYATIN İŞ 2129-2172  
SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE ETKİLERİ**

The Effects Of Digital Life On The Termination Of The  
Employment Contract In The Light Of The Decisions Of The  
Court Of Cassation

Ali EKİN

**İŞ KAZASI NEDENİYLE BAĞLANAN GELİRLERİN 2173-2204  
KESİLMESİ VEYA DEĞİŞMESİ SONUCU SOSYAL  
GÜVENLİK KURUMUNUN RÜCU HAKKININ  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Evaluation Of The Right Of Recourse Of The Social Security  
Institution As A Result Of The Interruption Or Change Of The  
Income Connected Due To Occupational Accident

Hasan KAYIRGAN

**MARKA TESCİLİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN GÖRÜŞLERİ 2205-2240**

Observations By Third Parties In Trade Mark Registration

Ali YAŞAR

**ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI (FİİLİ 2241-2264  
AYRILIK) SEBEBİ İLE BOŞANMAYI DÜZENLEYEN  
KURALIN İPTALİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER**

Evaluations On The Cancellation Of The Rule Regulating Divorce  
On The Grounds Of Failure To Re-Establish A Common Life  
(Actual Separation)

Pınar Alkım BEKAR

**DİJİTAL MİRASIN MİRASÇILARA İNTİKALİNDE KİŞİSEL 2265-2308  
VERİLERİN KORUNMASI SORUNU**

The Problem Of Personal Data Protection In The Inheritance Of  
Digital Heritage To Heirs

İpek B. Aldemir TOPRAK

**VERGİ İNCELEMESİ BAKIMINDAN NEMO TENETUR İLKESİ (SUSMA HAKKI) 2309-2363**

The Principle of Nemo Tenetur In The Tax Audit  
Arzu LALOĞLU

**ROMA HUKUKUNDA SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT İLKESİ KAPSAMINDA SERVITUS ONERIS FERENDİ DEĞERLENDİRMESİ 2365-2380**

An Evaluation Of Servitus Oneris Ferendi Within The Context Of Servitus In Faciendo Consistere Nequit Principle Under Roman Law

Duygu TAHAN ORHAN

**SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA GÜMÜŞ ÇALIŞANLAR VE ESNEK EMEKLİLİK: FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ ÖRNEĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME VE TÜRKİYE İÇİN GÖZLEMLER 2381-2430**

Silver Workers and Flexible Retirement In Social Security Law : An Evaluation On The Example Of The Federal Republic Of Germany and Observations For Turkey

Nazlı SAĞLAM

**ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN TANINMAYAN DEVLETLERİN DURUMUNA BAKIŞ: SOMALİLAND CUMHURİYETİ ÖRNEĞİ 2431-2460**

An Overwiev At The Situation Of Unrecognised States From The Perspective Of International Law: The Republic Of Somaliland

Selcen ERDAL/ Gülizar Feyza BAYRAK

**YAPAY ZEKA EĞİTİMİNDE ESERLERİN GİRDİ OLARAK KULLANILMASININ TELİF HAKLARI AÇISINDAN İNCELENMESİ 2461-2485**

An Examination Of The Use Of Works As Input In Artificial Intelligence Learning From The Perspective Of Copyright Law

Sertel ŞIRACI

- 1894 İSTANBUL DEPREMİNDE BASIN YASAKLARI** 2487-2524  
Press Bans In The 1894 İstanbul Earthquake  
Ali TURAN
- YAPAY ZEKA SİSTEMLERİ KULLANILARAK YAPILAN İŞLEME FAALİYETLERİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI** 2525-2560  
Protection Of Personal Data During Processing By Artificial Intelligence Systems  
Emel BADUR
- SÜRESİ İÇERİSİNDE YENİLENMEYEN MARKANIN AKİBETİ** 2561-2580  
Fate Of A Trademark That Is Not Renewed In Due Period  
Bahaeddin BERBER
- CEZA MUHAKEMESİNDE DÜŞME KARARLARININ SUÇSUZLUK KARİNESİNE ETKİSİ** 2581-2610  
Impact Of Dismissal Of The Case On Presumption Of Innocence In Criminal Procedure  
Bekir BOĞA
- ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU (ÜGTDK) KAPSAMINDA SORUMLU KİŞİLERİN KİM OLDUĞU SORUNU** 2611-2659  
The Issue Of Who Are The Persons Liable Under The Product Safety And Technical Regulations Law (PSTRL)  
Ayşe Nur Merve YAZICI ÇAKMAK
- ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA SAVURGANLIK SEBEBİ İLE KISITLILIK** 2661-2702  
Restriction For Prodigality From Roman Law To The Present  
Ayşe ARAT/ Nurtaç ENDES SELVİ
- VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA ZİNCİRLEME SUÇ** 2703-2733  
Successive Offense In Tax Evasion Crimes  
Berrin AKBULUT



- YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİNİN CEZA 2735-2768**  
**SORUŞTURMASI**  
**(4483 SAYILI KANUNLA KARŞILAŞTIRMALI BİR**  
**İNCELEME)**  
Criminal Investigation Of Higher Education Personnel: A  
Comparative Analysis With Law No 4483  
Haydar ALBAYRAK
- ÜST HAKKININ SÜRESİNDEN ÖNCE ARAZİ MALİKİNE 2769-2808**  
**DEVİRİ**  
Transfer Of The Right Of Superficies To The Land Owner Before  
The Expiry Of The Term  
Elif Rumeysa GÜRBÜZ
- TÜRK İDARE HUKUKU'NDA HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ 2809-2853**  
**BAKIMINDAN İDARENİN PCR TESTİ ZORUNLULUĞU**  
**DÜZENLEMELERİ**  
The Regulations Of Administration On Compulsion Of Pcr Test  
With Regard To The Principle Of Legal Security In Turkish  
Administrative Law  
D. Deviner ERGUVAN
- DWORKIN'İN HUKUKİ POZİTİVİZM ELEŞTİRİSİNDE 2855-2894**  
**TEORİK UYUŞMAZLIK VE SEMANTİK İĞNE**  
**ARGÜMANLARI**  
Theoretical Disagreement And Semantic Sting Arguments In  
Dworkin's Critique Of Legal Positivism  
Yusuf Umur ÇİL
- MODERN YARGILAMA SÜREÇLERİ BAKIMINDAN 2895-2910**  
**HUKUK VE OYUN İLİŞKİSİNE BİR BAKIŞ**  
An Overview Of The Interaction Between Law And Play In The  
Context Of The Modern Legal Process  
Ali SAĞLAM

**SONDAJ GEMİSİNDE ALIŐAN İŐİLERİN İŞ GÜVENCESİ 2911-2949**  
**(Sondaj Gemisinde alıőan İşinin İşe İade Davasına İlişkin**  
**Bölge Adliye Mahkemesi Tarafından Verilen Kararın**  
**Değerlendirilmesi)**

Job Security Of Employees Employed On Drilling Vessels  
(Legal Assessment of the Regional Court of Appeal's Decision  
Concerning the Reinstatement Lawsuit of Employee Employed  
on a Drilling Vessel)  
Mehmet Nusret BEDÜK

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



## KAMU PERSONEL UYGULAMALARININ İDARİ GÖZETİM VE DENETİMİ MESELESİ: ETKİNLİK SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Dr. Hikmet ÖZTUNÇ\*

### Öz

Kamu hizmetlerinin yürütme aracı olan personele yönelik eylem ve işlemlerin hukuka uygun bir şekilde yürütülmesi kamu yararı gereğidir. İdarenin diğer eylem ve işlemleri gibi kendi personeli hakkında tesis ettiği eylem ve işlemler de yargısal denetime tabidir. Bununla birlikte, geçtiğimiz yüzyıldan itibaren birçok devlet kamu yönetiminde dürüstlüğü, hesap verilebilirliği ve şeffaflığı sağlamanın bir aracı olarak kamu personeline yönelik uygulamaları yönetsel yapı içerisinde yer alan kuruluşlar yoluyla denetim altına almaya başlamıştır. Çalışmada, Türk Hukukunda kamu personel uygulamalarının idari gözetim ve denetimi meselesi ele alınmış, konuyla ilgili değerlendirmelere ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

• Kamu Personel Hukuku • Kamu Personel Yönetimi • Kamu Personel Uygulamaları • İdari Gözetim • İdari Denetim

\* Dr. Arş. Gör. Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Assoc. Prof., Yalov University, Law Faculty, Department of Administrative, Yalova, Türkiye.

✉ hikmet.oztunc@yalova.edu.tr • ORCID 0000-0002-8339-6383.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** ÖZTUNÇ, Hikmet: “Kamu Personel Uygulamalarının İdari Gözetim ve Denetimi Meselesi: Etkinlik Sorunu ve Çözüm Önerileri” SÜHFD, C.32, S.4, 2024, s.1915- 1959.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## ADMINISTRATIVE OVERSIGHT AND AUDIT ISSUE OF PUBLIC PERSONNEL PRACTICES: EFFECTIVENESS PROBLEM AND SOLUTION SUGGESTIONS

### Abstract

It is a matter of public interest that actions and transactions regarding personnel, who are the means of carrying out public services, are carried out pursuant to the law. Like other administrative actions and acts, the administration's actions and acts towards its personnel are subject to judicial review. However, since the last century, many states have begun to audit the practices of public personnel through organizations within the administrative structure, as a means of ensuring honesty, accountability and transparency in public administration. In this study, the issue of administrative oversight and audit of public personnel practices in Turkish Law has been evaluated and solution suggestions on the subject have been included.

### Keywords

• Public Personnel Law • Public Personnel Management • Public Personnel Practices • Administrative Oversight • Administrative Audit

### GİRİŞ

İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz bir unsuru olarak önemini korumakla birlikte 2. Dünya Savaşı sonrası canlanan iktisadi yaşam ve bu yaşama devletin farklı mülahazalarla müdahil olması, idarenin denetimine farklı bir boyut kazandırmıştır<sup>1</sup>. Devletin artan görevleri ve karmaşıklaşan yapısı karşısında, düzenleyici refah devletinin yükselişi, idarenin yapısına daha kolay nüfuz edebilen, yargısal denetime nazaran daha basit ve esnek bir prosedür izleyen yargı dışı denetim yollarını gündeme getirmiştir<sup>2</sup>. Nitekim, günümüzde birçok devlet, hesap verme ve sorumluluk ilkelerine dayalı çağdaş demokratik yönetim yapısına kavuşmanın etkili bir aracı olarak<sup>3</sup>

<sup>1</sup> KULUÇLU, Erdal: "Yönetimin Denetiminden Denetimin Yönetimine", *Sayıştay Dergisi*, S. 63, 2006, s. 3.

<sup>2</sup> ATAY, Ender Ethem: "Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu", *Ombudsman Akademik*, S. 1, 2014, s. 24; KAĞITÇIOĞLU, Mutlu: "Kamu Denetçiliği Kurumunu (Türk Ombudsmanını) Yeniden Tasarlamak", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 14, 2018, s. 458.

<sup>3</sup> KÖSE, H. Ömer: "Denetim ve Demokrasi", *Sayıştay Dergisi*, S. 33, 1999, s. 63.

idarenin yargı dışı denetimine<sup>4</sup> ve buna ilişkin gözetim ve denetim mekanizmalarına yer vermeye başlamıştır.

İdari faaliyetlerin yargı dışı denetim araçlarıyla denetlenmesi düşüncesinin yansıması olarak, çeşitli ülkelerde başta seçme ve sınav işlemleri olmak üzere hizmet içi değerlendirme, yükselme, disiplin, görevden uzaklaştırma gibi personele yönelik uygulamalar parlamentoya bağlı kurumlar veyahut merkezi örgütler aracılığıyla gözetim ve denetim altına alınmıştır. Bu anlamda, organik ve işlevsel bakımdan tarafsız olmasına özen gösterilen yüksek teftiş kurulu, merkezi personel örgütü, kamu görevlileri kurulu, liyakat kurulu, istihdam kurulu vb. isimlerle anılan idareler, merkezden ve yerinden yönetim kuruluşlarının personele yönelik eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunu gözetlemek ve denetlemekle görevlendirilmiştir.

Bu doğrultuda, çalışmada kamu personel uygulamalarının idari gözetim ve denetimi meselesi karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır. Ancak konuyla ilgili açıklamalara geçmeden önce, *gözetim* ve *denetim* kavramlarının ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Zira, söz konusu kavramlar gündelik dilde kimi zaman aynı anlama gelecek şekilde kullanılsa da hukuken farklı anlamları karşılamaktadır. Nitekim, Anayasamızda<sup>5</sup> ve muhtelif

<sup>4</sup> İdarenin denetim yolları “*yargı denetimi*” ve “*yargı dışı denetim*” olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan yargı dışı denetim kendi içinde “*idari denetim*”, “*kamuoyu denetimi*” ve “*yasama denetimi*” olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bkz. YASİN, Melikşah: İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi, İstanbul, 2011, s. 12. İdarenin yargı dışı denetim yollarından biri olan idari denetim, “*idarenin kendi içinde denetlenmesi demektir. Yani bu tür denetimde idare, yasama veya yargı organı tarafından değil, yine idare tarafından denetlenmektedir*”. Bkz. GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Kaplan: İdare Hukuku Dersleri, 23. Baskı., Bursa, 2021, s. 747-748. İdari denetim hem yönetimin etkinliğini sağlamakta hem de iyi bir otokontrol mekanizması oluşturmaktadır. Bkz. ATAY, s. 23; Diğer bir denetim türü olan, kamuoyu denetimi, kamu adına yetki kullananların eylem ve işlemlerini kamunun denetimi ve gözetimi altında, açıklık, hesap verebilirlik ve etik ilkelere uygun olarak gerçekleştirmesi ve toplumu oluşturan bireylerin ve baskı gruplarının bu karar, işlem ve eylemlerde farklı yol ve yöntemlerle söz sahibi olmasını ifade eder. Yasama Denetimi diğer bir deyişle siyasi denetim ise, yürütme organının eylem ve işlemlerinin yasama organı tarafından halk adına denetlenmesi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. ERYILMAZ, Bilal: Kamu Yönetimi (Düşünceler-Yapılar-Fonksiyonlar-Politikalar), Kocaeli, 2012, s. 372.

<sup>5</sup> 1982 Anayasası m.24/4: “*Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır*”. Gözetim ve denetim kavramlarına birlikte yer veren diğer Anayasal düzenlemelere örnek olarak m.42/3; m.130/2-5-10; m.168 verilebilir.

kanunlarda<sup>6</sup> her iki kavrama birlikte yer veren hükümlerin bulunması, bu kavramların hukuken farklı anlamlar ihtiva ettiğini göstermektedir.

Genel olarak *gözetim* (oversight), çalışma veyahut uygulama sürecinin etkinlik, verimlilik ve amaca uygunluk bakımından yakından takip edilmesi anlamına gelirken<sup>7</sup>; *denetim* (audit) ise bir çalışma veya uygulamanın önceden tayin edilmiş standartlara uygunluğunu sorgulama, araştırma gibi çeşitli yöntemlerle tespit edilmesini ve elde edilen bulguların değerlendirilerek sonuçlarının ilgililere iletilmesini ifade etmektedir<sup>8</sup>. Bu bakımdan, *gözetim*, bir işi veya uygulamayı izleme ve buna yönelik önleyici tedbirleri alma işlevine; *denetim* ise daha ziyade sonuçları ortaya çıkarmaya ve değerlendirmeye yöneliktir.

## I. KAMU PERSONEL UYGULAMALARININ GÖZETİM VE DENETİMİ

Çalışmanın bu bölümünde kamu personeline yönelik uygulamaların *gözetim* ve *denetimi* meselesi karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku olmak üzere iki alt başlık altında ele alınacaktır.

<sup>6</sup> Türk Hukukunda *gözetim* ve *denetim* kavramlarına birlikte yer veren kanunlara örnek olarak, 5176 sayılı Kanun ile 6713 sayılı Kanun verilebilir.

<sup>7</sup> TUĞLACI, Pars: 20. Yüzyıl Ansiklopedik Türkçe Sözlük, C. I, İstanbul, 1971, s. 938. Akıncı'ya göre, *gözetim*, "konu alman iş ya da işleve yönelik gözlemlerde bulunma, dikkati üzerinde yoğunlaştırma, duyu ve akıl yolu ile kontrol, işlevselliğini muhafaza etme eylemi olarak tanımlanabilir". Bkz. AKINCI, Müslüm: Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi, İstanbul, 2017, s. 3. Anayasa'nın 169/1. maddesinde, "Bütün ormanların *gözetimi* Devlete aittir" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümde yer alan "*gözetim*" kavramı, madde gerekçesinde, "(...)ormanların, korunması ve sahalarının genişletilmesi için Devlete gereken tedbirleri alıp kanunlar koymayı ve bütün ormanların *gözetimi* ödevini getirmektedir" şeklinde açıklanmıştır. Görüldüğü üzere, anayasa koyucu, anılan maddede "*gözetim*" kavramını, devletin önleyici ve koruyucu fonksiyonuna atıfta bulunmak amacıyla yer vermiştir. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), YILMAZOĞLU, Yunus Emre/PERDECİOĞLU İsmail Emrah (Hazırlayanlar) Ankara, 2019, s. 1083.

<sup>8</sup> "Yönetimi bilimi açısından *denetim*, bir davranış modeline uygunluğun araştırılarak, gerekli düzeltmelerin yapılması amacıyla yönelik işleri konu alır". Bkz. AKINCI, s. 1-2. Anayasa Mahkemesine göre *denetim*, "Genel olarak kurum ve kuruluşların işlemlerinin ve bu işlemleri yapanların veya iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların önceden belirlenmiş standartlara, ölçütlere ve kurallara uygun olup olmadığını tarafsızca kanıt toplayarak araştırarak, değerlendiren ve ilgililere raporlayan sistematik bir süreçtir". Bkz. AYM. 27.12.2012, E. 2012/102, K. 2012/207 (RG: 02.4.2013, S. 28606 mükerrer).



## A. Karşılaştırmalı Hukukta

Kamu personel yönetimi, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde çalışan personel ile ilgili kurallar ve uygulamalar bütünüdür<sup>9</sup>. Kamu personel sisteminin yönetim süreci, personelin atanması, yetiştirilmesi, nakledilmesi, yükseltilmesi, hizmet içi eğitime tabi tutulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır<sup>10</sup>. Tüm bu faaliyet konularının yasal düzenlemelere uygun olarak dengeli ve koordineli bir şekilde yürütülebilmesi için kamu personel yönetimi alanında sağlıklı bir örgütlenme modelinin oluşturulması gerekmektedir<sup>11</sup>. Bu ihtiyaca binaen demokratik yönetim anlayışına sahip devletler, personel istihdamına ilişkin işlemler dahil olmak üzere personel yönelik faaliyetleri kamu personel rejiminin esaslarına uygun bir şekilde yürütmek amacıyla özel görevli örgütler/birimler kurma yoluna gitmiştir<sup>12</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki, her bir devlet özelinde geçerli olan siyasal ve yönetsel sistemin gereklilikleri personel sisteminin idaresinde farklı modellerin oluşmasına yol açmıştır<sup>13</sup>. Örneğin, kamu istihdam politikası ve bu politikanın uygulama ilkeleri ABD’de Personel Yönetim Dairesi (Office of Personnel Management)<sup>14</sup>; İsveç’te İsveç Kamu Çalışanları

<sup>9</sup> TUTUM, Cahit: “Türk Personel Sisteminin Sorunlarına Genel Bir Yaklaşım”, Amme İdaresi Dergisi, C. 13, S.3, 1980, s. 95.

<sup>10</sup> SAYAN, İpek Özkal/ URHAN Feyza: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Merkezi Personel Hizmetleri Örgütlenmesi”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 13, S. 70, 2020, s. 1008.

<sup>11</sup> TUTUM, Cahit: **Personel Yönetimi**, Ankara, 1979, s. 215.

<sup>12</sup> Ülkelerin kamu personel yönetiminin işleyiş ve idaresinden sorumlu merkezi kurum ve kuruluşları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.oecd.org/gov/pem/hrp-practices.htm> (Erişim Tarihi: 21.02.2024).

<sup>13</sup> DEMMKE, Christoph/ MOILANEN Timo: *Civil Services in the EU of 27: Reform Outcomes and the Future of the Civil Service*, EIPA Publications, Maastricht, 2010, s. 48. Konuyla ilgili olarak, Güler’e göre, Batı devletlerinde kamu personel sisteminin devlet genelinde yönetimi, Fransa ve ABD merkezli model olmak üzere iki ana model üzerinden yürütüldüğü, bunlardan, Fransa modelinde kamu personel sisteminin yönetimi maliye bakanlığına; ABD modelinde ise, ayrı bir merkezi personel birimine bırakıldığı belirtilmektedir. Bkz. GÜLER, Birgül Ayman: *Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim*, İmge Kitabevi, Ankara, 2005, s. 244.

<sup>14</sup> ABD Yasa Kitabına göre, OPM’nin personel yönetimi alanındaki görev ve yetkileri şu şekilde açıklanmıştır: “Yürütmenin personel yönetimi alanında (eğitim, verimlilik uygulamaları, sınavlar, maaş ve yan ödemeler idaresi gibi) görevleri Personel Yönetimi Dairesi’nin sorumluluğundadır. Personel Yönetim Dairesi’nin Başkan tarafından atanan ve Senato tarafından onaylanan yöneticisi, Başkanlık atamaları (siyasi nitelikte atamalar) hariç

İdaresi (Swish Agency for Government Employees)<sup>15</sup>; Japonya’da ise Ulusal Personel Otoritesi (National Personnel Authority)<sup>16</sup> adında özel görevli merkezi personel örgütü tarafından saptanmaktadır. Buna mukabil, Fransa, Çin, Rusya, Brezilya ve Meksika’da personel sisteminin genel politikası özel görevli bir bakanlık tarafından saptanmaktadır<sup>17</sup>. Diğer taraftan, İspanya’da Kamu Personel Müdürlüğü (State Secretariat for Public Service)<sup>18</sup>; Portekiz’de ise Yönetim ve Kamu İstihdam Müdürlüğü (Directorate for Administration and Public Employment)<sup>19</sup> adında ilgili

---

*olmak üzere federal personel konularının yönetiminden sorumludur. Personel Yönetimi Dairesi yöneticisi, federal düzeydeki işçi-işveren ilişkileri konusunda hükümetin baş temsilcisidir.” United States Code, Title 5, Part II, Chapter 11: “Office of Personnel Management”. Yine bir diğer madde hükmünde OPM’nin gözetim ve denetim yetkisi şu şekilde açıklanmıştır: “Rekabetçi hizmette ve yürütme erkinde hizmete alma ve diğer personel işlemlerini yapma yetkisi, atama ve diğer personel işlemlerini hızlandırmak amacıyla ilgili kurumlara devredilmelidir. Bununla birlikte, yetki devrinin gözetim ve denetimi, kurumların hukuka aykırı personel uygulamalarını önleme yetkisi Personel Yönetim Dairesi tarafından yerine getirilir”. United States Code, Title 5, Part II, Chapter 11: “Civil Service Reform Act Findings and Statement of Purpose”, article.5.*

- <sup>15</sup> LEVIN, Paul T.: “The Swedish Model of Public Administration: Separation of Powers – The Swedish Style”, Journal of Administration and Governance, V.4, No.1, 2009, s.38-45; MATHIASSEN, David G.: “The New Public Management and Its Critics”, International Public Management Journal, V. 2, No. 1, s. 90–110.
- <sup>16</sup> Japonya da kamu kesiminde çalışanların tabi olduğu hukuki rejim 1947 tarihli ve 120 sayılı Japon Ulusal Kamu Hizmeti Kanunu (The National Public Service Act Act No. 120 of 1947) ile düzenlenmiştir. Ulusal Kamu Hizmet Kanunu m.3/2’ye göre, Ulusal Personel Otoritesi’nin yetkilerinden bazıları şunlardır: Yürürlükteki yasalara uygun olarak, kamu çalışanlarının mali haklarının iyileştirilmesi amacıyla çalışmalar yapmak, personelin çalışma koşullarını iyileştirmek, personel disiplin işlemleri hakkında düzenlemeler yapmak, hizmet içi eğitim programlarını düzenlemek, kamu hizmetine giriş sınavları tertip etmek ve sonuçlarını ilan etmek. Kanunun resmi İngilizce çevirisine elektronik ortamda erişim için bkz. [https://www.jinji.go.jp/en/recomme/rl\\_npsa.pdf](https://www.jinji.go.jp/en/recomme/rl_npsa.pdf), (Erişim Tarihi: 21.02.2024).
- <sup>17</sup> ORAL, İsmail: Merkezi Personel Yönetimi Örgütlenmesi: ABD ve Japonya Örnekleri ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 128-129.
- <sup>18</sup> State Secretariat for Public Service için bkz. <https://funcionpublica.digital.gob.es/en/Secretaria-de-Estado-de-Funcion-Publica.html> (Erişim Tarihi: 28.7.2024).
- <sup>19</sup> Directorate for Administration and Public Employment için bkz. <https://www.dgaep.gov.pt/en/index.cfm?OBJID=E08C1D28-FB3E-4D1A-9135-7A2B5D646426> (Erişim Tarihi: 28.7.2024).

bakanlık bünyesinde teşkilatlandırılmış müdürlükler, kamu personel sisteminin genel idaresinden sorumlu tutulmuştur<sup>20</sup>.

Bununla birlikte, kimi devletler kamu personel uygulamalarının mevzuata uygun şekilde yürütülmesini temin etmek amacıyla merkezi personel kurumu bünyesinde ya da ondan bağımsız bir şekilde gözetim ve denetim işlevini yerine getiren kurumsal mekanizmalara yer vermiştir. Örneğin, Japonya’da Ulusal Personel Otoritesi bünyesinde teşkilatlanan Hakkaniyet ve Soruşturma Bürosu’nun yarı yargısal yetkileri bulunmaktadır<sup>21</sup>. Söz konusu Büro, Ulusal Personel Otoritesi’nin belirlediği istihdam kurallarına aykırı personel uygulamaları hakkında yapılan itirazları incelemekte ve karara bağlamaktadır<sup>22</sup>.

1991 yılında yapılan düzenlemeyle birlikte 7. derecenin altındaki tüm işe alımlara ilişkin sorumluluğun bakanlıklara ve yerel yönetimlere verildiği İngiltere’de, personel istihdamının liyakate uygun olarak yapıp yapılmadığı Kamu Görevlileri Komisyonu (Civil Service Commission) tarafından denetlenmektedir<sup>23</sup>. 1855 yılından beri faaliyet gösteren<sup>24</sup> ve 2010 yılında yürürlüğe giren düzenleme<sup>25</sup> çerçevesinde faaliyet gösteren Komisyon, biri başkan ve altısı komiser olmak üzere yedi kişiden oluşmaktadır<sup>26</sup>. Komisyonun tüm üyeleri başbakanın teklifi üzerine İngiltere Kralı tarafından atanmaktadır. Komisyon, işe alım ilkelerini başka bir ifadeyle

<sup>20</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KLINGER**, Donald E.: “Public Personnel Management and Democratization: A View from Three Central American Republics”, *Public Administration Review*, V. 56, No. 4, 1996, s. 390-399; *Human Resources Management: Country Profiles* <https://www.oecd.org/gov/pem/hrpractices.htm> (Erişim Tarihi: 01.3.2024); Congressional Research Service, “Federal Workforce Statistics Sources: OPM and OMB”, 2019, s. 1 vd. Kaynağa elektronik ortamda erişim için bkz. <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43590.pdf> (Erişim Tarihi: 16.5.2024).

<sup>21</sup> <https://www.jinji.go.jp/en/recomme/rlnpsa.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2024).

<sup>22</sup> The National Public Service Act Act No. 120 of 1947), article 17.

<sup>23</sup> **UĞUZ**, Hülya Ekşi: “İngiliz Kamu Personel Yönetimine Genel Bir Bakış: Kamu Hizmetlerine Giriş, Performans Değerlendirme ve Disipline İlişkin Düzenlemeler,” *Sayıştay Dergisi*, C. 21, S. 78, s. 133.

<sup>24</sup> Kamu Görevlileri Komisyonu’nun kuruluş yıllarından günümüze kadar organik ve fonksiyonel bakımdan uğradığı değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PYPER**, Robert/**BURNHAM**, June: “The British Civil Service: Perspectives on ‘Decline’ and ‘Modernisation’”, *The British Journal of Politics & International Relations*, V.13, 2011, s. 200-204.

<sup>25</sup> Constitutional Reform and Governance Act 2010 için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/25/contents> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

<sup>26</sup> Constitutional Reform and Governance Act 2010, Section 10.

sınavların ilanı, adaylarda aranacak koşullar, sınav komisyonlarının oluşumu gibi personel istihdam sürecine ilişkin temel esas ve ilkeleri belirlemektedir<sup>27</sup>. Buna göre, bakanlıklar ve yerel yönetimler personel istihdam sürecini Kamu Hizmeti Kanunu (Civil Service Code)'na<sup>28</sup> ve Komisyonun belirlediği ilkelere uygun şekilde yürütmekle yükümlüdür.

Yine, Avustralya kamu personel rejiminin temel ilke ve esaslarını düzenleyen Kamu Hizmeti Kanunu (Australian Public Service Act - APS)<sup>29</sup> çerçevesinde "Liyakati Koruma Komiserliği" kurumu ihdas edilmiştir<sup>30</sup>. Avustralya Genel Valisi (Governor) tarafından beş yıllığına atanan Liyakat Koruma Komiseri başkanlığında faaliyet gösteren Komiserliğin personel kaynağı Kamu Hizmeti Komisyonu (Australian Public Service Commission)<sup>31</sup> tarafından sağlanmaktadır<sup>32</sup>. APS'nin 50. maddesi uyarınca Komiserlik yerel yönetimlerin işe alım ve terfi işlemleri hakkında yapılan şikayetleri değerlendirmekle görevlendirilmiştir<sup>33</sup>. Komiserlik ayrıca kamu personel uygulamaları hakkında düşünce ve önerilerini içeren yıllık raporlar hazırlayarak parlamentoya sunmaktadır<sup>34</sup>.

Liyakati Koruma Komiserliği kamuda etik kültürün oluşturulmasına ve teminine yönelik görevler de üstlenmiştir. Komiserlik, APS'de yer alan davranış kurallarına aykırı hareket ettiği gerekçesiyle kamu

<sup>27</sup> Constitutional Reform and Governance Act 2010, Section 11. Komisyonun 2018 tarihli işe alım ilkelerine (Recruitment Principles) ilişkin düzenlemesi için bkz. <https://civilservicecommission.independent.gov.uk/recruitment/recruitment-principles/> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

<sup>28</sup> Constitutional Reform and Governance Act 2010, Section 5.

<sup>29</sup> Australian Public Service Act 1999, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00057> (Erişim Tarihi: T.15.03.2024).

<sup>30</sup> Liyakat Koruma Komiserliği, APS yanı sıra Parlamento Hizmeti Kanunu (Parliamentary Service Act 1999)'nun 6. kısmında belirtilen görevleri de yerine getirmektedir. Parlamento Hizmet Kanunu'na elektronik ortamda erişim için bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00092> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

<sup>31</sup> Kamu Hizmeti Komisyonu, 1999 tarihli Kamu Hizmeti Kanunu uyarınca kurulmuştur. Başkanlığını Kamu Hizmeti Komiseri (Public Service Commissioner)'nin yaptığı komisyon, kanun hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması konusunda idarelere danışmanlık yapmaktadır. Bu yönüyle Komisyon, kamu personel rejimini düzenleyici ve yönlendirici bir işleve sahiptir. Kamu Hizmeti Komisyonu'nun görevleri için bkz. APS, article 42.

<sup>32</sup> APS, article 49 and 52.

<sup>33</sup> APS, article 50A/6.

<sup>34</sup> APS, article 51.

personeli hakkında yapılan başvuruları kabul etmektedir. Buna göre, yapılan şikayetleri değerlendirmeye alan Komiserlik, inceleme sonucunda ihlalin varlığını tespit etmesi durumunda, ihlali gerçekleştiren personel için amirinden; amir içinse bağlı olduğu bakanlıktan disiplin cezası verilmesini talep edebilmektedir<sup>35</sup>.

Son olarak, ABD’de Kamu Hizmeti Reform Kanunu (Civil Service Reform Act of 1978) ile kamu personel istihdam sürecinin liyakat esasına göre yürütülmesine yönelik tedbirler almak, mevzuata aykırı personel uygulamalarına ilişkin şikayetleri değerlendirmek ve karara bağlamak üzere Liyakat Sistemleri Koruma Kurulu (The Merit Systems Protection Board- MSPB) ihdas edilmiştir. Yürütme organından bağımsız (non-departmental public body) ve yarı-yargısal (quasi-judicial) bir kurul niteliğinde olan MSPB’nin başkan ve üyeleri Senato’nun onayı üzerine Devlet Başkanı tarafından atanmaktadır<sup>36</sup>. Kurulun üye sayısı üç olup, görev süresi yedi yıldır. Kurulun tarafsızlığını temin etmek amacıyla tüm üyelerinin aynı siyasi partinin mensupları arasından seçilmesi yasaklanmıştır<sup>37</sup>.

Esas amacı “*Liyakat sistemi ilkelerini korumak ve yasaklanmış personel uygulamalarından arınmış etkili bir Federal işgücünü sağlamak*”<sup>38</sup> olan MSPB’ye yalnızca Federal kamu çalışanlarının başvurma hakkı bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, eyalet ve yerel yönetimlerde çalışan personelin Kurula başvurma hakkı bulunmamaktadır<sup>39</sup>.

MSPB genel olarak ABD Yasa Kitabında (United States Code- U.S. Code) sayılan liyakat sistemi ilkelerine aykırı işlem ve uygulamalara ( *14 günden az görevden uzaklaştırma, istifaya zorlama, emekliliğe zorlama, ücretin düşürülmesi gibi*) ilişkin olarak yapılan şikayetleri karar bağlamaktadır<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> OECD, Workforce Planning in The Australian Public Service, <https://www.oecd.org/gov/pem/public-sector-leadership-implementation/pem-forwardlooking/workforceplanning-case-study-australia.pdf> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).

<sup>36</sup> U.S. Code, Title 5, Part II, Chapter 12 : “Appointment of members of the Merit Systems Protection Board”, §1202. Kaynağa elektronik ortamda erişim için bkz. <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title5/part2&edition=prelim> (Erişim Tarihi: 17.03.2024).

<sup>37</sup> U.S. Code, Title 5, Part II, Chapter 12, §1201.

<sup>38</sup> <https://www.mspb.gov> (Erişim Tarihi: 17.03.2024).

<sup>39</sup> U.S. Code, Title 5, Part II, Chapter 12, §1204.

<sup>40</sup> U.S. Code, Title 5, Part III, Subpart A, Chapter 23 : “Merit System Principles”, §2301.

Buna ek olarak, MSPB muhtelif kanunlarda<sup>41</sup> belirtilen personel uygulamalarına ilişkin yapılan şikayetler hakkında da karar verme yetkisini haizdir.

Kurulun şikayetler üzerine verdiği kararlar kesindir. Diğer bir deyişle, federal kurumlar söz konusu kararların gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, ilgililer Kurulun kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde Federal Bölge Mahkemelerine (U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit) başvurabilirler<sup>42</sup>.

MSPB ayrıca merkezi personel örgütü olan Personel Yönetimi Dairesi (Office of Personnel Management-OPM)'nin istihdam sürecine ilişkin düzenlemelerini liyakat sistemi ilkeleri yönünden incelemekle yetkilidir<sup>43</sup>. Kurul, her yıl Başkan ve Kongre'ye sunmak üzere yapmış olduğu çalışmalara, görev alanıyla ilgili uygulamada ortaya çıkan sorunlara ve bu sorunlara yönelik önerilere yer veren yıllık raporlar hazırlamakla görevlendirilmiştir<sup>44</sup>. Bu yönüyle, MSPB'nin federal kamu çalışanlarına yönelik uygulamaları liyakat sistemi bakımından gözetim ve denetleyen bir işleve sahip olduğu söylenebilir.

Yukarıda çeşitli coğrafyalarda konuşlanan devletler üzerinden izah etmeye çalışıldığı üzere, siyasal ve yönetsel sistemler fark etmeksizin gelişmiş demokrasilerde, kamu personel uygulamaları tarafsızlığına özen gösterilen yönetsel mekanizmalarla gözetim ve denetim altına alındığı ve bu mekanizmalara konuyla ilgili icrai kararlar alma yetkisinin tanındığı anlaşılmaktadır.

## B. Türk Hukukunda

Kamu kesiminde personele yönelik faaliyetlerin gereği gibi yürütülebilmesi için konuyla ilgili yasal düzenlemelerin mevcudiyeti tek başına yeterli değildir. Zira, devletlerin kamu personel sistemi ve bu sistemi yönetme şekli aynı zamanda yönetsel ve toplumsal pratikleri yansıtır<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Uniformed Services Employment and Reemployment Rights Act (USERRA) (Public Law No. 103-353); Whistleblower Protection Act of 1989 (Public Law No. 101-12); Presidential and Executive Office Accountability Act (Public Law No. 104-331); Veterans Employment Opportunities Act (Public Law No. 105-339).

<sup>42</sup> <https://www.mspb.gov> (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

<sup>43</sup> U.S. Code, Title 5, Part II, Chapter 12, §1204/a-4.

<sup>44</sup> U.S. Code, Title 5, Part II, Chapter 12, §1206.

<sup>45</sup> GÖNÜLAÇAR, Şener: "İnsan kaynakları yönetiminde kayırmacılık kuşatması ve liyakatsizlik çıkmazı", 2014, s. 14, <http://www.academia.edu/> (Erişim Tarihi: 22.4.2024).

Nitekim, kamu personel rejimin esasını teşkil eden liyakat ilkesi anayasal düzeyde teminat altına alınmasına rağmen (AY m.70)<sup>46</sup>, uygulamada liyakat ilkesinin gereği gibi tatbik edilmediği, liyakat perdesinin arkasında politize olmuş bir sistemin kalıcı hale geldiği gözlemlenmektedir<sup>47</sup>. Bu bağlamda, mevzuatın gereği gibi uygulamaya aktarılmasını sağlayacak tedbirlerin alınması ayrı önem arz etmektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, Türk kamu yönetim teşkilatında personele yönelik uygulamaları gözetmek ve denetlemekle görevlendirilmiş idarelerin etkinliği ile yönetsel tedbirlerin yeterliliği konusunda etraflı bir değerlendirmede bulunabilmek için öncelikle idari gözetim ve denetimi gerektiren sorunların ortaya konulması gerekmektedir.

### C. İdari Gözetim ve Denetimi Gerektiren Sorunlar

Kamu personel sistemimiz çeşitli sorunlarla ve bu sorunların ortaya çıkardığı başkaca sorunlarla boğuşmaktadır. Ancak, kamu personel alanında yaşanan her bir soruna değinmekten ziyade sorunun ana kaynağına inmek ve buna yönelik çözümler aramak daha isabetli olacaktır. Bu çerçevede, ülkemiz bakımından kamu personel alanında idari gözetim ve denetimi gerektiren sorun başlıklarını *“kanunilik ilkesinin gereği gibi tatbik edilmemesi”*, *“seçme ve sınav işlemlerinde idarelerin geniş takdir yetkisi”* olmak üzere iki başlık altında değerlendirmek mümkündür.

#### 1. Kanunilik İlkesinin Gereği Gibi Tatbik Edilmemesi

1924 ve 1961 Anayasaları kamu personel rejiminin düzenlenmesinde kanunilik ilkesini benimsemiş, konuyla ilgili yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi tanımamıştır<sup>48</sup>. Benzer şekilde 1982 Anayasa'nın 128/2. maddesine göre, *“Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”*. Anılan maddeyle birlikte kamu personeli, yürütme organı ve onun uzantısı olan idarenin hukuka aykırı uygulamalarına karşı yasama organının koruması

<sup>46</sup> Anayasa m.70: *“Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez”*.

<sup>47</sup> Kamu personel alanında liyakat ilkesinin hukuki mahiyetine ve uygulama boyutuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler için bk. **ÖZTUNÇ, Hikmet: Kamu Personel Hukukunda Liyakat İlkesi**, Ankara: Yetkin Yay., 2024, s.95 vd.

<sup>48</sup> 1924 Anayasası m.93: *“Bilûmum memurların evsafı, hukuku, vezaifi, maaş ve muhassasatı ve sureti nasp ve azilleri ve terfi ve terakkileri kanunu mahsus ile muayyendir”*.

1961 Anayasası m.117/2: *“Memurların nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”*.

altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder”<sup>49</sup>. Ancak Cumhuriyetin ilanından günümüze kadar yürürlüğe konulan personel kanunlarının neredeyse tamamında kamu personelinin statüsüne ilişkin esaslı unsurlar yalnızca zikredilmiş, konuya ilişkin ilke ve esasların belirlenmesi idari düzenlemelere bırakılmıştır.

1924 Anayasası döneminde yürürlüğe giren 788 sayılı Memurin Kanunu'nda personel istihdamına ilişkin temel ilkeler ve bu ilkelere hakim esaslar gereği gibi düzenlenmemiştir<sup>50</sup>. Diğer taraftan, 1961 Anayasası döneminde yürürlüğe konan Devlet Memurları Kanunu (DMK), ilerleyen yıllarda bakanlar kurulunca çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnemelerle (KHK) birçok kez değişikliğe uğramıştır.

Parlamente sistemde, kanun yapımının belli usullere bağlanmasından kaynaklanan gecikmeleri önlemek ve acele durumlarda hükümete gerekli tedbirleri alma imkânı tanımak amacıyla 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun'la 1961 Anayasası'nda yapılan değişiklikle birlikte Türk hukuk sistemine giren KHK yetkisi ilk olarak kamu personel alanında kullanılmıştır<sup>51</sup>. 1972 yılında 1589 sayılı Kanun ile bakanlar kuruluna, personel statüsüne ilişkin konularda KHK çıkarma yetkisi verilmiş ve böylelikle yürürlüğe konulan KHK'lerle DMK'nin çeşitli maddelerinde değişiklikler yapılmıştır<sup>52</sup>.

KHK'yle DMK'de yapılan değişiklikler aynı zamanda memuriyet statüsüne ilişkin esaslı konuların yasal çerçevesi oluşturulmaksızın tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle düzenlenmesinin yolunu açmıştır. Nitekim, kamu personel rejimine ilişkin “Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar”, “Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelik”, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında

<sup>49</sup> AYM. 13.09.2023, E. 2023/144, K. 2023/147 (RG: 01.11.2023, S. 32356); AYM. 02.5.2018, E. 2017/143, K. 2018/40 (RG: 05.6.2018, S. 30442).

<sup>50</sup> ŞAYLAN, Gencay: Kamu Personel Yönetiminden İnsan Kaynakları Yönetimine Geçiş-Kritik ve Reform Önerileri, İstanbul, 2000, s. 107.

<sup>51</sup> KHK yetkisinin memur hukuku gibi bir konuda kullanılmasını eleştiren Gözübüyük ve Tutum'a göre, memur hukukunun düzenlenmesi, gizli ya da acele ile karar alınmasını gerektiren konulardan değildir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TUTUM, Cahit: “Yasa Gücünde Kararnemeler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 8, S. 1, 1975, s. 5.

<sup>52</sup> GÖZÜBÜYÜK/TUTUM, s. 4.



*Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik*”, “Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik” ve “Devlet Memurları Eğitimi Genel Planı” gibi önemli düzenlemeler bakanlar kurulunca yürürlüğe konulmuş, böylelikle, bakanlar kurulu kamu personel rejimini düzenleyen ve uygulayan bir konuma oturmuştur.

Kamu personel rejiminin KHK’yle düzenlenmesi sorunu 1980’li yıllarda devam etmiştir. Bu dönemde, kamu personelin tabi olduğu hak ve yükümlülüklerde değişikliğe yol açan 121 adet KHK yürürlüğe konulmuştur<sup>53</sup>. Bu durumu eleştiren, Tutum’a göre, 1980’li yıllarda personel rejimi genel olarak yürütmenin inisiyatifi doğrultusunda şekillenmiştir<sup>54</sup>.

KHK’yle düzenlenme sorunu, 15 Temmuz 2016 yılında vuku bulan darbe girişimi sonrasında ilan edilen olağanüstü hal çerçevesinde çıkarılan KHK’lerle devam etmiştir. Yürürlüğe konan olağanüstü hal KHK’lerle kamu personel mevzuatında önemli değişiklikler yapılmıştır. Örneğin, 696 sayılı Olağanüstü Hal KHK’le DMK’nin 4/C maddesinde düzenlenen geçici personel statüsü kaldırılarak bu statüde çalıştırılanlar sözleşmeli personel statüsüne geçirilmiştir<sup>55</sup>.

Nihayet, yeni hükümet sistemine geçişi sağlayan düzenlemeler yine KHK yoluyla yürürlüğe konulmuş, 703 sayılı KHK’le kamu yönetimi teşkilatı ve buna bağlı olarak kamu personel sisteminin merkezi yönetim yapısı baştan aşağı yeniden düzenlenmiştir. Parlamenter sistem döneminde kamu personel yönetimi alanında başbakanın ve bakanlar kurulunun sahip olduğu yetkiler, yeni sistemde cumhurbaşkanına devredilmiştir.

Yeni hükümet sisteminde, anayasa gereği kanunla düzenlenmesi gereken kurum ve kuruluşlar dahil neredeyse tüm devlet teşkilatına ait kadrolar 2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK)’yle<sup>56</sup>; asli ve sürekli görev niteliği taşıyan üst kademe yönetici statüsünün atama

<sup>53</sup> GÜLER, Birgül Ayman: Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim, s. 91-92.

<sup>54</sup> TUTUM, Cahit: “Kamu Personel Sorunu”, Amme İdaresi Dergisi, C. 23, S. 3, 1990, s. 37.

<sup>55</sup> 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG: 24.12.2017, S. 30280).

<sup>56</sup> 2 sayılı Genel Kadro Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG: 10.7.2018, S. 30474).

dışındaki diğer unsurları örneğin, kadroları, nitelikleri, aylık ve ödenekleri 3 sayılı CBK'yle düzenlenmiştir<sup>57</sup>.

Görüldüğü üzere, 1924,1961 ve 1982 Anayasalarında teminat altına alınmasına rağmen uygulamada kanunilik ilkesi kamu personel alanında gereği tatbik edilememiş, yürütme organı personel statüsünün esaslı unsurlarını düzenleyen ve uygulayan konumda olmuştur. Bu durum, yürütmenin çoğu zaman siyasi saiklerle kadroların ihdası, iptali ve kullanımını ile kamu hizmetine giriş, hizmet içi yükselme, yer değiştirme gibi personel hizmetlerini konu edinen düzenlemelerde sık sık değişikliğe gitmesinin yolunu açmıştır.

## 2. Seçme ve Sınav İşlemlerinde İdarelerin Geniş Takdir Yetkisi

Kamu personel statüsünün esaslı unsurlarına ilişkin pek çok hususu yürürlüğe koyduğu çerçeve yönetmeliklerle belirleyen yürütme organı, söz konusu yönetmeliklerle, merkezi sınavların etkisini sınırlamış, geçerliliği ve güvenilirliği düşük olan sözlü sınavları hizmete girişte ve yükselmede belirleyici ölçüt olarak kabul etmiştir<sup>58</sup>. Bununla birlikte, çerçeve yönetmeliklerde seçme ve sınav işleri konusunda idarelere geniş takdir yetkisi tanıyan hükümlere yer verilmiştir.

Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar için Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre, kamu kurum ve kuruluşları A grubu memuriyet kadroları için yapacakları giriş sınavına katılmaya hak kazanacaklar için almaları gereken asgari KPSS puanını belirleyebilmektedir. Yine aynı Yönetmeliğin 17. maddesi uyarınca, kamu kurum ve kuruluşları giriş sınavına, "*KPSS sonuçlarına göre belirlenen adaylardan, açıktan atama izni alınmış kadro ve pozisyon kontenjanınının 20 katından fazla olmamak üzere...*" aday çağırabilme yetkisini haiz kılınmıştır. Söz konusu düzenlemeler, A grubu memuriyet kadrolarına atanmada merkezi sınav sonuçlarınının etki ve işlevini önemli ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

<sup>57</sup> 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG: 10.7.2018, S. 30474). Anayasa Mahkemesi'nin 3 sayılı CBK'nin muhtelif düzenlemeleri hakkındaki kararı için bkz. AYM. 11.10.2023, E.2018/120, K. 2023/171 ( RG: 01.12.2023, S.32386).

<sup>58</sup> Kamu hizmetine giriş ve yükselme aşamalarında yapılan sınavların adayların mesleğe uygunluklarını gerçekçi ve tutarlı bir şekilde ölçebilmesi için belirli ilke ve kuralların gözetilmesi gerekir. Bunlar; ilkeler, "geçerlilik" ve "güvenirlik" ilkeleridir. Bunlardan geçerlilik, sınavın amaca hizmet etme derecesini; güvenilirlik ise genel olarak bir ölçme aracının tutarlılığını ifade eder. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTUNÇ, s. 394-406.

2019 yılında Yönetmeliğin 27/A maddesinde yapılan değişiklik sonucunda B grubu memuriyet kadrolarına yapılacak atamalar için kamu kurum ve kuruluşlara sözlü ve/veya yazılı sınav yapma yetkisi verilmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir: *“İl özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşları, bunların üyesi olduğu mahalli idare birlikleri ile döner sermayeli kuruluşların B grubu kadrolarına bu Yönetmeliğin Dördüncü Bölümünde yer alan usul ve esaslara göre atama yapılabileceği gibi, KPSS (B) grubu puan sıralaması dikkate alınarak, açıktan atama yapılacak kadro sayısının beş katına kadar belirlenecek adaylar arasında yapılacak yazılı ve/veya sözlü sınavlardaki başarı sırasına göre de atama yapılabilir”*.

Öte yandan, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik uyarınca, görevde yükselme veya unvan değişikliği suretiyle atanacakların kurumlarca yapılacak yazılı ve sözlü sınavlarda başarılı olmaları gerekmektedir. Bununla birlikte, adı geçen Yönetmelikte yazılı sınav sonuçlarının etkisi sınırlandırılmıştır. Yönetmeliğin 12/A maddesiyle *“Yazılı sınavda en yüksek puan alan adaydan başlamak üzere ilan edilen kadro veya pozisyon sayısının beş katına kadar”* adayın sözlü sınava alınabileceği hüküm altına alınmıştır.

Türkiye’de sözlü sınavların geçerliğini ve güvenilirliğini temin edecek yasal tedbirlerin gereği gibi alınmadığı göz önünde bulundurulduğunda<sup>59</sup>, sözlü sınav sonuçlarının atanacak personelin seçiminde belirleyici olması, sınav uygulamalarının liyakat görüntüsü altında kayırmacılığın aracı olarak kullanılmasına yol açmaktadır.

## II.KAMU PERSONEL UYGULAMALARININ GÖZETİM VE DENETİMİNDE ROL ALAN KURUM VE KURULUŞLAR

Kamu personel istihdam politikası ve bu politikanın uygulama ilkeleri, Cumhuriyetinden ilanından 1960 yılına kadar konuyla ilgili uzmanlaşmış merkezi bir birim olmaksızın Maliye Bakanlığı’na bağlı personel birimlerince yürütülmüştür<sup>60</sup>. 27 Mayıs 1960 askeri darbesinin ardından yürürlüğe konan 160 sayılı Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkında Kanun ile Başbakanlığa bağlı Devlet Personel Dairesi (DPD) kurulmuştur. Ancak Güler’in deyiimiyle, *“askeri hükümet dönemlerine özgü ivedilikle, titizce belirlenmemiş görevleri, yöneticiler arasında yetki, görev sorumluluk alanları belirsizlikler taşıdığı için çürümeye yatkın komuta yapısı, kurumlarla ilişkileri oldukça gevşek kurulduğundan kamu yönetimindeki eğreti yeri, sınırlı*

<sup>59</sup> ÖZTUNÇ, s. 276-439.

<sup>60</sup> SAYAN/URHAN, s.1013.

*akçal kaynakları, kararları ancak Bakanlar Kurulu onayı ile yürürlük kazanabilen yapısıyla Türkiye’de ilk merkezi görevli örgütü”*<sup>61</sup> olan DPD ilerleyen yıllarda eleştirilerin odağı haline gelmiş, kamu personel yönetimi alanındaki sorunların baş sorumlusu olarak gösterilmiştir. Nitekim, gelinen süreçte, DPD’nin ismi 1984 tarih ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kurulu ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’yle “Devlet Personel Başkanlığı” (DPB) olarak değiştirilmiş, kurumun teşkilat yapısı, işleyiş düzeni ile görev ve sorumlulukları yeniden düzenlenmiştir.

1960 yılından itibaren yaklaşık 60 yıl boyunca faaliyette bulunan ve personel sisteminin eşgüdüm ve yönetiminden sorumlu olan DPB kamu personel yönetiminin farklı konu ve kategorilerinde çeşitli görevler üstlenmişse de arzu edilen etkinliği gösterememiştir<sup>62</sup>. Bilhassa 217 sayılı KHK’yle DPB’nin tek başına karar alabileceği konular oldukça sınırlandırılmış ve buna bağlı olarak Başkanlık kamu personel sisteminde uygulama birliğini sağlama açısından yeterli düzeyde yaptırım gücüne sahip olamamıştır. Yine, 217 sayılı KHK uyarınca Başkanlığın personel rejiminin esaslarını tespit etme yetkisi, yürürlüğe konan KHK’ler aracılığıyla doğrudan siyasal irade tarafından gerçekleştirilmiştir. Böylece, sistemin yönetimi ve denetimi DPB’nin elinden çıkmıştır<sup>63</sup>. Nitekim, Başkanlık hazırlanmış olduğu 2013-2017 Stratejik Planında konuyla ilgili olarak şu ifadelere yer vermiştir: “*Karar alma sürecini etkileyen idari ve siyasi yaklaşım; Başkanlığın görüşü alınmadan, personel rejiminin bütüncül yapısını bozacak şekilde kurumlarca mevzuat değişikliğinin yapılması; Genel personel rejimi ve teşkilatlanma modelleri kapsamı dışında kamu kurum ve kuruluşlarının kurulması ve bu kurumlar için ayrı personel rejimlerinin ihdas edilmesi sonucunda,*

<sup>61</sup> **GÜLER**, Birgül Ayman: “Devlet Personel Başkanlığı Üzerine Bir İnceleme (I)”, Amme İdaresi Dergisi, C. 21, S. 1, 1988, s. 86. Aynı görüşte olan Tutum’a göre, başlangıçta Devlet planlama Teşkilatı’nın kuruluşuna gösterilen dikkat ve özenin Devlet Personel Dairesi için gösterilseydi uygulamada ortaya çıkan teknik güçlüklerin büyük bir kısım önlenebilirdi. Bkz. **TUTUM**, Cahit: “Gerçekleştirilemeyen Reform: Personel Reformu”, Amme İdaresi Dergisi, C. 6, S. 3., 1973, s. 22.

<sup>62</sup> “*Bugün için DPB’nin uygulamadaki yetkileri törpülenmiş durum da olup, kuruluştaki amacının uzağa düşmüştür. Aslında Türkiye’de kamu personel sisteminin genel yönetiminin sorumlusu olarak düşünülüp, kurulan bu örgüt bugün için, üstlendiği sorumlulukları yerine getirme gücünden uzak bir durumdadır*”. Bkz. **ASLAN**, Onur Ender/**KAVRUK**, Hikmet/**YILDIZ**, Mete/**ÜSTÜNER**, Yılmaz/**SAYAN**, İpek Özkal/**ŞENER**, Hasan Engin/**URHAN**, Vahide Feyza: Merkezi Personel Hizmetleri Örgütlenmesi Araştırma Projesi (PERHİZ), Aslan, Onur Ender (Editör), Ankara, 2016, s. 55.

<sup>63</sup> **GÜLER**, Birgül Ayman: “Devlet Personel Başkanlığı Üzerine Bir İnceleme (II)”, Amme İdaresi Dergisi, C. 21, S. 1, 1988, s. 82.

*personel mevzuatının parçalı bir görünüm arz etmesi ve bu durumun uygulamada eşgüdümü, kontrolü ve adil uygulama tesisini zorlaştırmaktadır”<sup>64</sup>.*

2011 yılına gelindiğinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu haline getirilen DPB, 2017 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle birlikte cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinin ardından yürürlüğe konan 703 sayılı KHK'nin 123. maddesiyle kapatılmıştır<sup>65</sup>.

Yeni sistemde, kamu personel sisteminin idaresinde yaşanan en önemli değişikliğin, sistemin işleyiş ve koordinasyonundan sorumlu merkezi personel örgütüne yer verilmemesi olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, merkezi idare teşkilatının hiyerarşik olarak en tepesinde bulunan cumhurbaşkanı aynı zamanda kamu personel sisteminin yönetim ve işleyişini belirleyen konuma oturmuştur<sup>66</sup>. Nitekim, kamu personel sisteminin işleyişinde rol olan merkezi birim ve kuruluşlar ile bunların görev ve yetkileri 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle düzenlenmiştir.

Yeni sistemde, kapatılan DPB'nin görev ve yetkilerinin önemli bir kısmı 1 sayılı CBK'yle İdari İşler Başkanlığı'nın hizmet birimi olan Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü (PPGM) ile İnsan Kaynakları Ofisi (İKO) arasında paylaştırılmıştır<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Devlet Personel Başkanlığı 2013-2017 Stratejik Planı, s. 28. Kaynağa elektronik ortamda erişim için bkz. <http://www.sp.gov.tr/tr/stratejikplan/s/702/Devlet+Personel+Baskanligi+2013-2017> (Erişim Tarihi: 20.3.2024).

<sup>65</sup> 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG: 09.7.2018, S. 30473 üçüncü mükerrer). Aynı KHK'nin geçici 3. maddesinde, Başkanlığın KHK'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl sonra, diğer bir deyişle 09.7.2019 tarihinde kapatılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Başkanlığın web sitesi, Başkanlığın kapatıldığı tarihten sonra dahi aktif olarak kullanılmaya devam etmiştir. Nihayetinde Başkanlığın web sitesi 20.2.2020 tarihinde kapatılmıştır. Söz konusu durumu Gözler, “Devlet Personel Başkanlığı tam altı aydır hukukten ölü! Web sitesi itibarıyla Türkiye’de adeta bir türlü yok edilemeyen bir Devlet Personel Başkanlığı “Hayaleti” var” şeklinde eleştirmiştir. Bkz. GÖZLER, Kemal, “Devlet Personel Başkanlığı Web Sitesi Neden Hâlâ Yayında?”, [www.anayasa.gen.tr/dpb.htm](http://www.anayasa.gen.tr/dpb.htm), (Erişim Tarihi: 20.08.2024).

<sup>66</sup> GÖZLER/KAPLAN, s. 137.

<sup>67</sup> Belirtmek gerekir ki, 1 sayılı CBK'nin ilk halinde, kapatılan DPB'nin görev ve yetkilerinin önemli bir kısmı aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına devredilmişse de söz konusu görev ve yetkiler sonradan yürürlüğe konan 73 sayılı CBK'yle Personel Prensipler Genel Müdürlüğü'ne aktarılmıştır. Böylelikle, yeni hükümet sistemi

PPGM'nin görevleri 1 sayılı CBK'nin 8. maddesinde sayılmış olup genel olarak personel rejiminin temel ilke ve esaslarını belirlemek, memur ve diğer kamu görevlilerine ilişkin mevzuat hükümlerine ilişkin uygulamaları izlemek, kadro ve unvan çalışmaları yapmak, istihdam planlaması yapmak, üst kademe yöneticilerinin hizmet içi eğitimiyle ilgili işlemleri yürütmek, kamu personeliyle ilgili mevzuat çalışmalarını koordine etmek gibi kamu personel sisteminin yönetimine ilişkin farklı konu ve kategorilerde çeşitli görevlerden oluşmaktadır<sup>68</sup>. Bu bağlamda, adı geçen Genel

---

sonrası kamu personel sisteminin yönetim ve işleyişinde cumhurbaşkanından sonra en önemli kuruluş olması beklenen Bakanlığın bu alandaki yetkileri tek bir değişiklikte birlikte son bulmuştur.

<sup>68</sup> 1 sayılı CBK m.8 uyarınca PPGM'nin kamu personel yönetimi ile ilgili görevleri şunlardır:

*“(a) Devlet Teşkilatının düzenli ve etkin bir şekilde işlemlerini sağlayıcı prensiplerin tespit edilmesi, direktiflerin verilmesi, önlemler alınması ve koordinasyonun sağlanması için gerekli işlemleri yapmak, (...)*

*(e) Üst kademe kamu yöneticilerinin atamaları ile Cumhurbaşkanınca yapılacak diğer atama ve seçme işlemlerini Anayasa, kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararname ve hukukun genel ilkeleri açısından inceleyerek gerekli işlemleri yapmak,*

*(f) Devletin sevk ve idaresinde görevli üst kademe yöneticileri hakkında bilgi toplamak, sicil özetlerini ve biyografilerini tutmak,*

*(g) Üst kademe yöneticilerinin hizmet içi eğitimiyle ilgili işlemleri yapmak,*

*(ğ) Kamu yönetiminin geliştirilmesi ile ilgili hedeflerin, politikaların ve tedbirlerin tespiti için inceleme ve araştırmalar yapmak, yaptırmak ve bunları değerlendirme amacıyla gerekli çalışmaları yapmak,*

*(ı) Kamu personeli ile ilgili mevzuat çalışmalarının koordinasyonunu sağlamak,*

*(i) Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen temel hedef ve amaçlar çerçevesinde; memur ve diğer kamu görevlilerinin tabi olacakları personel rejimlerinin temel ilke ve esaslarının belirlenmesine, hukuki ve mali statülerinin ve uygulama esaslarının tespit edilmesine, düzenlenmesine, geliştirilmesine, personel rejimleri arasında uyum, denge ve koordinasyonun sağlanmasına ilişkin iş ve işlemleri ilgili mevzuat çerçevesinde yürütmek,*

*(j) Memur ve diğer kamu görevlilerine ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmasını izlemek, uygulama birliğini sağlayıcı tedbirleri almak, uygulamayı yönlendirmek ve ortaya çıkacak tereddütleri gidermek,*

*(k) Kamu personel istihdam planlaması ile personel alım ve yerleştirilmesinde uygulanacak usul ve esasların belirlenmesine ilişkin iş ve işlemleri yürütmek,*

*(l) 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde kamu kurum ve kuruluşlarının kadro, pozisyon, atama izni ve açıktan alım izinlerine ilişkin olarak öngörülen iş ve işlemleri yapmak, uygulamaları izlemek ve yönlendirmek,*

*(m) Kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarının personeli ile kadro ve pozisyonlarına ilişkin iş ve işlemleri yapmak, uygulamaları izlemek ve yönlendirmek,*

Müdürlüğün yeni dönemde personel sisteminin genel işleyişinden sorumlu olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Ancak, PPGM'nin görev ve sorumluluk alanıyla ilgili herhangi bir yaptırım gücünün bulunmadığını belirtmek gerekir.

Diğer taraftan, 1 sayılı CBK'nin 527/D maddesinde düzenlenen İKO kamu personel sisteminin işleyişinde etkinliği ve verimliliği sağlamaya yönelik önemli görevler üstlenmiştir. İKO kariyer yönetimi, performans yönetimi, liyakat temelli istihdamı yaygınlaştırma, yetenekli insan kaynakları envanterini çıkarma gibi Türk kamu personel sisteminin en sorunlu alanlarında projeler üretmek ve çalışmalar yapmakla görevlendirilmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, başta DMK olmak üzere kamu personeline ilişkin diğer yasal düzenlemelerde yer alan hükümler karşısında söz konusu Ofisin, kamu personel yönetiminde kariyer ve performans yönetimini nasıl geliştireceği, kamu istihdamında liyakat ve yetkinliği nasıl ve hangi araçlarla arttıracacağı konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır<sup>69</sup>. Kaldı ki, yeni hükümet sisteminde ihdas edilen diğer ofisler gibi

(n) Kamu kurum ve kuruluşlarının kadro ve unvan standardizasyonu, iş analizleri ve görev tanımları ile ilgili çalışmalar yapmak ve bu konularda gerekli koordinasyonu sağlamak,

(o) Kamu personelinin yurtiçinde ve yurtdışında eğitim ve yetiştirilmeleri ile ilgili çalışmalar yapmak, uygulamayı izlemek, değerlendirmek ve denetlemek,

(p) Cumhurbaşkanının özlük işlerini yürütmek, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatının personel politikasına yönelik önerilerde bulunmak ve tespit edilen politikaları uygulamak, personelin tayin, nakil, özlük ve emeklilikleriyle ilgili işleri yapmak ve personelin yetiştirilmesi için gerekli çalışmaları yapmak”.

<sup>68</sup> 1 sayılı CBK m.527/D: “ (1) İnsan Kaynakları Ofisinin görevleri şunlardır:

a) Türkiye'nin insan kaynakları envanterini çıkarmak ve ihtiyaç duyulan alanlarda yetenek gelişim faaliyetlerini yürütmek.

b) Türkiye'nin vizyonu, hedefleri ve öncelikleri doğrultusunda insan kaynağının geliştirilmesini sağlamaya yönelik projeler üretmek.

c) Özel yeteneklerin keşfini sağlamak ve yetenek yönetimi projelerini yürütmek. (...)

d) Kamuda kariyer yönetimi, performans yönetimi ve diğer modern insan kaynağı yönetim modellerinin hayata geçirilmesi için projeler geliştirmek.

e) Kamu istihdamında liyakat ve yetkinliğin artırılması için gerekli projeleri üretmek ve çalışmalar yapmak.

f) Verimliliğin artırılması için insan kaynakları planlamasına yönelik çalışmalar yapmak. (...)

<sup>69</sup> Doktrinde, İnsan Kaynakları Ofisi'nin kariyer fuarları düzenlemek dışında kayda değer bir çalışma yapmadığı belirtilmektedir. Bkz. SAYAN/URHAN, s. 1018;

İKO'nun asıl işlevi, görev alanıyla ilgili hususlarda kamu kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği içinde çalışmak ve çalışmalar yapmakla sınırlı olduğundan görev ve sorumluluk alanıyla ilgili yaptırım gücü bulunmamaktadır<sup>70</sup>.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, yeni hükümet sistemi sonrası sistemin işleyiş ve koordinasyonuna yönelik görevler üstlenen kuruluşların görev ve sorumluluk alanıyla ilgili herhangi bir yaptırım yetkisini haiz olmadıkları, genel olarak personel sisteminin işleyişine yön veren politikaların oluşturulmasında cumhurbaşkanına yardımcı olmakla sınırlı bir işleve sahip oldukları anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, son yıllarda yapılan çeşitli reformlar neticesinde ülkemizde, insan haklarına dayalı yönetim anlayışını yerleştirmek, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde tarafsızlığı ve eşitliği sağlamak amacıyla çeşitli merkezi yapıların oluşturulduğu ve bu yolla kamu personeline yönelik uygulamaların da denetim altına alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu kuruluşlar arasında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Kamu Denetçiliği Kurumu ve Kamu Görevlileri Etik Kurulu konumuz açısından öne çıkmaktadır.

Bu nedenle, çalışmanın bu bölümünde, sözü edilen üç kurum, organik ve fonksiyonel özellikleri itibariyle personel uygulamalarının etkin gözetim ve denetimini gerçekleştirecek nitelikleri haiz olup olmadıkları yönünden değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

### A. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

20. yüzyılda meydana gelen dünya savaşları sırasında yaşanan elem verici olayların ve ağır insan hakları ihlallerinin bir daha yaşanmaması amacıyla dünya genelinde insan haklarını korumaya yönelik ulusal

---

**KILINÇ**, Emine İlkbal: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Personel Yönetiminin Kurumsal Görünümü", Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi, C. I, S. 2, 2020, s. 62. Bununla birlikte, İnsan Kaynakları Ofisi'nin son dönemde "Üni-Veri", "TalentforBIZ", "Kamu-Veri" gibi bazı çalışmalara imza attığı görülmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.cbiko.gov.tr/projeler#subContent> (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

<sup>70</sup> 1 sayılı CBK m.528/7: "Ofis, görev alanına giren hususlarda tüm kamu kurum ve kuruluşlarını koordine etmek, bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlarla yakın işbirliği içinde çalışmak, bunun için gerekli toplantı veya diğer organizasyonları yapmak, uluslararası alanda yapılan çalışmalara iştirak etmek ve ülkemizi temsil etmekle görevli ve yetkilidir"



mekanizmalar oluşturma yoluna gidilmiştir<sup>71</sup>. Bu itibarla, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından alınan 20.12.1993 tarih ve 48/134 sayılı Tavsiye Kararı'yla insan haklarını korumakla görevli ulusal kurumların asgari niteliklerini belirlemeye yönelik "*Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler*" yaygın olarak bilinen adıyla *Paris Prensipleri* kabul edilmiştir<sup>72</sup>.

Dört bölümden oluşan Paris Prensiplerinin ilk üç bölümü insan haklarını korumaya ve geliştirmeye ilişkin tüm ulusal kurumlar için geçerliken dördüncü bölüm seçimsel olarak düzenlenmiştir. Paris Prensiplerinin "*yetki ve sorumluluklar*" başlıklı birinci bölümünde ulusal kurumların görev ve yetkilerinin anayasayla veya kanunla hüküm altına alınması, görev alanıyla ilgili geniş yetkilerle donatılması tavsiye edilmiştir.

Paris Prensiplerinin "*kuruluş, bağımsızlık ve çoğulculuk güvenceleri*" başlıklı ikinci bölümünde ise, devletlerin kendi hukuk sistemlerine uygun şekilde insan haklarını güvence altına almak ve ayrımcılıkla mücadele etmek amacıyla kuracakları ulusal kurumların, hükümetten bağımsız bir işleyişe sahip olmaları ve görev ve yetkilerini gereği gibi yerine getirecek düzeyde mali bakımdan desteklenmeleri gerektiği tavsiye edilmiştir. Söz konusu prensiplerin "*çalışma esasları*" başlıklı üçüncü bölümünde ise, ulusal kurumlarının başvuru üzerine veya kendiliğinden harekete geçebilmeleri, konuyla ilgili her türlü bilgi ve belgeye ulaşım sağlayabilmeleri gerektiği belirtilmiştir.

Buna göre, insan haklarını koruyan ulusal yapılar ister kurum veya komisyon modeline göre isterse kamu denetçiliği modeline göre teşkilatlandırılınsın<sup>73</sup>, asgari şu niteliklere sahip olması gerektiği tavsiye edilmektedir:

<sup>71</sup> **ALBAYRAK**, Haydar: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi", *Sayıştay Dergisi*, S. 119, 2020, s. 138.

<sup>72</sup> Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles) adopted by General Assembly resolution 48/134 of 20 December, Paris Prensipleri için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris> (Erişim Tarihi: 25.03.2024).

<sup>73</sup> İnsan haklarını ulusal koruyan yapılar, her devletin siyasi ve yönetsel sistemlerinin gerekliliklerine göre farklı modellere göre oluşmuştur. Bununla birlikte, dünya genelinde insan haklarına ilişkin ulusal yapılar, insan hakları komisyonu, insan hakları enstitüsü, insan hakları merkezi, kamu denetçiliği kurumu şeklinde teşkilatlanmıştır. Bkz. Centre for Human Rights: *National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, No. 4, New York, 1995, s. 6; **EREN**, Abdurrahman: *Ulusal İnsan Hakları Kurumları*, İstanbul, 2012, s. 34.

- Anayasal veya yasal dayanağa sahip olmalıdır.
- Hükümetin etki ve müdahalesine karşı idari ve mali özerkliğe sahip olmalıdır.
- İnsan haklarını korumak ve güçlendirilmek amacıyla, görev alanına ilişkin konularda re'sen harekete geçebilmeli ve her türlü bilgi, belge ya da duruma erişebilmelidir.
- Üye seçiminde ve tayininde çoğulculuk ve tarafsızlık gözetilmelidir.
- İnsan hakları konusunda eğitim verebilmelidir.
- İnsan haklarıyla ilgili görüş ve tavsiyelerini resmi kurumlar yanı sıra kamuoyuyla doğrudan veya basın yolu aracılığıyla paylaşabilmelidir.

Paris Prensiplerinin dördüncü bölümünde ise gözetim ve denetim yetkisini haiz ulusal insan hakları kurumlarına ilişkin ek ilkelere yer verilmiştir. Paris Prensiplerine uygunluk şartları arasında sayılmamakla birlikte bir ulusal kurumun gözetim ve denetim yetkileriyle donatılması durumunda görevlerini gereği gibi yerine getirebilmesini sağlayacak yarı yargısal yetkilere sahip olması ve kararlarının yargısal denetime tabi kılınması tavsiye edilmiştir<sup>74</sup>.

Türkiye'de insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla yönelik kurumsallaşma süreci, 1990 yılında TBMM bünyesinde İnsan Hakları İnceleme Komisyonu adında bir komisyonun kurulmasıyla başlamıştır. Bu süreç, 2012 tarihli 6332 sayılı Kanun ile kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun yerini almak üzere, 06.4.2016 tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu uyarınca kurulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) ile devam etmiştir.

6701 sayılı Kanun uyarınca, TİHEK idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluş olarak nitelenmiş(m.8); Kurumun karar organı olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu (Etik Kurulu)'na görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organın, makamın, merciin veya kişinin emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye veya telkinde bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır(m.10). Buna karşılık, biri başkan, diğeri ikinci başkan olmak üzere on bir üyeden oluşan Etik

<sup>74</sup> Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), "additional principles concerning the status of commissions with quasi-judicial competence". Bkz. <https://www.ohchr.org/en/instrumentsmechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris> (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

Kurulun tüm üyelerinin cumhurbaşkanı tarafından atanacağı belirtilmiştir (m.10/2). Yine söz konusu Kanun'un 10/5. maddesinde yer alan ve çoğulculuğa göndermede bulunan "Üye seçimlerinde, Kurumun görev alanına giren konularda bilgi ve deneyimi bulunanların çoğulcu bir şekilde temsiline özen gösterilir" şeklindeki ibare 703 sayılı KHK'nin 149. maddesiyle madde metninde çıkarılmıştır. Böylelikle, çoğulculuk esası göz ardı edilerek yürütmenin etki ve kontrolüne olanak veren bir Kurul yapısı tesis edilmiştir.

Öte yandan, TİHEK'in 2022 Yılı Faaliyet Raporu incelendiğinde, Kurumun mali özerkliğinin görünüşte olduğu anlaşılmaktadır. Zira, söz konusu raporda Kurumun zayıf yönleri arasında sayılan fiziki, teknik ve teknolojik yetersizlikler, kadro sayısının yetersizliği, bütçenin hazine ve maliye bakanlığı kontrolünde tahsis edilmesi ve yeteri kadar bütçeye sahip olmaması gibi hususlar Kurumun mali açıdan yeterince desteklenmediğini göstermektedir<sup>75</sup>.

6701 sayılı Kanun'a göre, ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere kurulan TİHEK'in görev ve yetkilerini, a) insan haklarının korunmasına, geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak, b) ayrımcılığı önlenmeye yönelik çalışmalar yapmak ve c) ulusal önleme mekanizması olarak insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerini incelemek, araştırmak, karara bağlamak olmak üzere üç grup altında toplamak mümkündür. TİHEK üç faaliyet alanında da re'sen inceleme yapma yetkisini haiz kılınmıştır. Bununla birlikte, Kurum görev alanıyla ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşlarla iş birliği yapmak, cumhurbaşkanlığına ve TBMM başkanlığına sunulmak yıllık raporlar hazırlamak ve gerekli durumlar özel raporlar hazırlamak yanı sıra özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin buldukları yerlere haberli veya habersiz ziyaretler gerçekleştirmek gibi yetkilerle donatılmıştır.

6701 sayılı Kanun'un 19. maddesine göre, Kurumun inceleme, araştırma, ziyaret ve rapor hazırlama görevlerini yerine getirmek amacıyla görevlendirdiği personel, "tüm kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden bilgi ve belge istemeye, inceleme yapmaya ve örnek almaya, ilgililerden sözlü ve yazılı bilgi almaya (...) yetkilidir". Söz konusu hükümden hareketle, Kurumun bir ayrımcılık türü olarak kamu hizmetine girişte ve hizmet süresince ayrımcılığa ve kayırmacılığa yol açan idari eylem ve işlemler

<sup>75</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 2022 Yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2022, s. 197. Kaynağa elektronik ortamda ulaşmak için bkz. <https://www.tihe.gov.tr/upload/pdf/2022-yili-faaliyet-raporu/> (Erişim Tarihi: 22.04.2024).

üzerinde gözetim ve denetim yetkisini haiz olduğu söylenebilir. Ancak, Kurum görev ve sorumluluk alanıyla ilgili etkin yaptırım gücüne sahip değildir. Zira, TİHEK ayrımcılık ihlalinin etki ve sonuçlarının ağırlığına göre ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları hakkında yalnızca idari para cezası verme yetkisini haizdir. Diğer bir deyişle, Kurumun insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerini ortadan kaldıracak tedbirler almak, ilgililer hakkında idarelere disiplin yaptırımı önermek gibi etkinliğini sağlayacak nitelikte yetkileri bulunmamaktadır. Nitekim, TİHEK'e yapılan başvuru sayıları incelendiğinde<sup>76</sup>, kamuoyu nezdinde etkin bir kurum olarak görülmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Kurumun yıllık faaliyet raporlarına göre, 2017 yılında Kuruma ayrımcılık iddiasıyla 98 başvuru yapılırken; bu sayı 2018 yılında 371 olmuştur. 2019, 2020 ve 2021 yıllarına bakıldığında ise başvuru sayısının sırasıyla 70, 276 ve 180 ile sınırlı kalmıştır. Nihayet 2022 yılına gelindiğinde, kamuoyunda bilinirliğinin artmasına rağmen ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin olarak Kuruma yalnızca 355 başvuru yapılmıştır<sup>77</sup>.

Sonuç olarak, TİHEK'in görev ve sorumluluk alanının genişliğinden söz edilebilirse de yaptırım gücü oldukça sınırlıdır. Diğer taraftan 6701 sayılı Kanun'da öngörüldüğü şekliyle Kurum yapısının insan haklarını koruyan ulusal kurumların yürütmeden bağımsız bir işleyişe sahip olmasını garanti altına almak amacıyla belirlenen Paris Prensiplerine uygun olmadığı açıktır<sup>78</sup>. Nitekim, TİHEK, teşkilat yapısı ve işleyişinden kaynaklanan sorunlardan dolayı Paris Prensiplerine uyumlu olmadığı için Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel Ağı (GANHRI) statüsüne "akreditasyon" alamamaktadır<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> 2017 yılında başvuruları almaya başlayan TİHEK'e, 2017-2022 yılları arasında sırasıyla 369; 1107; 1189; 1363, 1885 ve 2020 adet başvuru yapılmıştır. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun yıllık faaliyet raporlarına elektronik ortamda erişim için bkz. <https://www.tihe.gov.tr/kategori/pages/Faaliyet-Raporlari> (Erişim Tarihi: 25.03.2024).

<sup>77</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 2022 Faaliyet Raporu, s. 77.

<sup>78</sup> Benzer yönde bkz. **KARAN**, Ulaş/SEVER, D. Çiğdem: Bir İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği, İstanbul, 2020, s. 7.

<sup>79</sup> Akreditasyon, GANHRI (The Global Alliance of National Human Rights Institutions) tarafından yapılan ve devletlerin insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla kurdukları ulusal kuruluşların Paris Prensiplerine uygunlunun tespit edildiği bir prosedürü ifade etmektedir. Akreditasyon, bir ulusal insan hakları kuruluşlarının uluslararası düzeyde kabulünün sağlanmasında önemli bir araçtır. Akreditasyon

## B. Kamu Denetçiliği Kurumu

20. yüzyılın sonlarından itibaren dile getirilmeye başlanan ve ülkemizde ilk olarak 28.09.2006 tarihli ve 5548 sayılı Kanun'la<sup>80</sup> düzenlenen Kamu Denetçiliği Kurumu, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kanunun tamamını anayasaya aykırı bularak iptal etmesi<sup>81</sup> üzerine 2010 tarihli anayasa değişikliğiyle<sup>82</sup> birlikte hukuk sistemimize girmiştir.

2010 tarihli Anayasa değişikliği sonucu 74. maddeye "*Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler*" şeklinde ek fıkra getirilmiştir. Söz konusu maddenin devamında ise kamu başdenetçisinin seçim usulü düzenlenmiştir. Anayasa değişikliğinin ardından Kurumun kuruluş, görev ve çalışma usullerine ilişkin ilkeleri düzenlemek amacıyla 14.06.2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ve bu kanunun uygulanmasını göstermek amacıyla Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konulmuştur<sup>83</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bireylerin hak ve özgürlükleri ile idarenin faaliyetlerinin çatışması durumunda, yargı dışı denetim mekanizması olarak idarenin her türlü eylem ve işlemlerini hukuka ve hakkaniyete uygunluk bakımından denetleme işlevine sahip olan Kamu Denetçiliği Kurumu aynı zamanda ulusal insan hakları kurumu niteliğindedir. Dolayısıyla, insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerine karşı yargı dışı denetim mekanizmalarının asgari niteliklerini belirleyen Paris Prensipleri, Kamu Denetçiliği Kurumu bakımından da gündeme gelmektedir. Bununla birlikte, Avrupa Komisyonu'nun danışma organı olan Venedik Komisyonu<sup>84</sup> tarafından 2019 yılında kabul edilen "*Avrupa Komisyonu Ombudsmanlık Kurumunun Korunması ve Güçlendirilmesi Üzerine İlkeler*"

---

prosedürü ve işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://ganhri.org/accreditation/> (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

<sup>80</sup> 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu (RG: 13.10.2006, S. 26318).

<sup>81</sup> AYM. 25.12.2008, E. 2006/140, K. 2008/185 (RG: 04.04.2009, S. 27190).

<sup>82</sup> 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG: 13.5.2010, S. 27580).

<sup>83</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG: 28.03.2013 S. 28601 mükerrer).

<sup>84</sup> Venedik Komisyonu'nun resmi adı The European Commission for Democracy through Law (Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) şeklindedir.

diğer adıyla *Venedik Prensipleri*<sup>85</sup>, kamu denetçiliği kurumlarının arz etmesi gereken yapısal ve işlevsel özellikleri ortaya koyması bakımından referans metin niteliğindedir. Bu itibarla, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yapısı ve işleyişine ilişkin açıklamalarda bulunurken Paris Prensipleri yanı sıra Venedik Prensiplerini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

6328 sayılı Kanun'a göre, başdenetçilik ile genel sekreterlikten oluşan Kamu Denetçiliği Kurumu, başdenetçi tarafından yönetilir ve temsil edilir. Kurumda, başdenetçi yanı sıra beş denetçi, genel sekreter ve diğer personel görev yapar(m.4). Başdenetçinin seçim usulü Anayasa'nın 74/5. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "*Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur*". Diğer taraftan, 6328 sayılı Kanun'da Kurumda görev yapacak denetçilerin de başdenetçi gibi TBMM tarafından üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla seçileceği hüküm altına alınmıştır(m.11/6).

6328 sayılı Kanun'da Kurumun özel bütçeye sahip ve kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu belirtilmiş(m.4); Kurum bünyesinde görev yapan başdenetçi ve denetçilerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik olarak "1) Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Başdenetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.(2) Başdenetçi ve denetçiler, görevlerini yerine getirirken tarafsızlık ilkesine uygun davranmak zorundadır" hükmüne yer verilmiştir(m.12). Yine bu doğrultuda, seçilen başdenetçi ve denetçilerin görevlerini tarafsızlık, dürüstlük, hakkaniyet ve adalet anlayışına uygun şekilde yürüteceklerine dair yemin etmeleri gerektiği belirtilmiştir(m.13).

Görüldüğü üzere, Kamu Denetçiliği Kurumu anayasal düzeyde teminat altına alınarak TBMM Başkanlığına bağlı kuruluş olarak nitelendirilmiş ve başında bulunan başdenetçinin meclis tarafından seçileceği belirtilmiştir. Keza yukarıda belirtilen 6328 sayılı Kanun hükümleriyle birlikte Kurum yürütmenin müdahalesine karşı koruma altına alınmaya çalışılmıştır. O halde, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun ulusal insan hakları kurumları için Paris ve Venedik Prensiplerinde öncelikli olarak dile

<sup>85</sup> Venedik Prensiplerine elektronik ortamda erişim için bkz. <https://www.venice.coe.int> (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

getirilen anayasal veya yasal dayanağa sahip olma ile çoğulcu yapıya sahip olma kriterlerini karşıladığını söylemek mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki, Kurumun TBMM'ye bağlı işleyişi tarafsızlığının sağlanması bakımından önem arz etse de tek başına yeterli değildir. Bilhassa başdenetçi ve denetçilerin seçim usulüne ilişkin olarak ilk üç oylamada belirtilen nitelikli çoğunluğun sağlanamadığı takdirde dördüncü oylamada basit çoğunluğun aranması, Kurumun yasama organını oluşturan çoğunluğun siyasi etkisine tabi kılma endişesini gündeme getirmektedir<sup>86</sup>.

Yine, 6328 sayılı Kanun'un 14/3. maddesi uyarınca, başdenetçi ve denetçilerin dört yıllık görev sürelerinin sona ermesinden sonra tekrar seçilebilmeleri Kurumun tarafsızlığını olumsuz etkileyen bir diğer husus olarak öne çıkmaktadır. Zira, tekrar seçilme beklentisi başdenetçi ve diğer denetçilerin eylem ve işlemlerinde tarafsız hareket etmelerini güçleştiren bir etkiye sahiptir. Nitekim, Venedik Prensiplerinde kamu denetçilerinin görev süresinin, atamayı yapan kurumun görev süresinden daha uzun olması yanı sıra görev süresinin tek bir dönemle sınırlı olması ve yeniden seçilmemesi gerektiği tavsiye edilmiştir(para.10). Bu itibarla, başdenetçi ve denetçilerin dört yıldan daha uzun bir süre (örn: yedi yıl) için seçilip görev süresinin bitimiyle birlikte tekrar seçilememesi yönünde yasal değişikliklerin yapılmasının Kurumun tarafsızlığını sağlamak bakımından önemli olacaktır.

Paris ve Venedik Prensiplerinde ulusal insan hakları kurumlarında görev alacak kişilerin insan hakları alanında deneyim sahibi olanlar arasından seçilmesi üzerinde ayrıca durulmuştur<sup>87</sup>. Bu anlamda, 6328 sayılı

<sup>86</sup> TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı., İstanbul, 2018, s. 216.

<sup>87</sup> Paris Prensiplerinin "*Oluşturulma Biçimleri ve Bağımsızlık ile Çoğulculuk Güvenceleri*" başlıklı 2. bölümünde, insan haklarını korumakla görevli ulusal kurumların seçimle veya çoğulculuğu sağlayacak başka bir yöntem çerçevesinde, insan haklarıyla ve ırk ayrımcılığına karşı mücadeleyle ilgili sivil toplum kuruluşlarından, sendikalardan, hukukçu, hekim, gazeteci ve bilim insanlarını bir araya getiren sosyal-mesleki kuruluşlarından, insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasıyla ilgili (sivil) toplum kuruluşlarından ve üniversitelerden gelen nitelikli kişilerden teşkil olunması gerektiği belirtilmiştir.

Venedik Prensiplerine göre, Ombudsman atama kriterleri, görevin gerektirdiği nitelikleri haiz kişilerin aday olmasına teşvik edecek şekilde olmalıdır. Temel kriterler, yüksek ahlaki karakter, dürüstlük, insan hakları ve temel haklar alanı dahil olmak üzere mesleki uzmanlık ve deneyime sahip olmaktır(para 8).

Kanun'da, başdenetçi ve denetçilerin nitelikleri arasında *“kamu kurum ve kuruluşlarında, uluslararası kuruluşlarda, sivil toplum kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında ya da özel sektörde toplamda en az on yıl çalışmış olmak”* koşuluna yer verilmiştir(m.10). Bununla birlikte, Türkiye uygulamasında başdenetçi ve denetçilerin daha çok siyasi deneyimi olan kişiler arasından seçildiği, insan hakları alanında faaliyet gösteren sivil toplum örgütlerinde çalışma deneyimine sahip denetçi sayısının az olduğu belirtilmektedir<sup>88</sup>.

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yapısal özelliklerine yönelik değerlendirmelerde bulunduktan sonra kurumun görev ve sorumluluk ile işleyişine değinmek gerekmektedir. 6328 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, *“Kurum, 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 görevlidir”*. Söz konusu maddenin devamında yasama ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri kurumun görev alanı dışında tutulmuştur. Yine, Yönetmelikte cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin kurumun görev alanı dışında olduğu belirtilmiştir(m.4/2-a).

Kanunda, Kurumun görev alanının geniş tutulmuş olması Paris ve Venedik Prensipleri ile uyum göstermektedir. Ancak Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetlerinin ve cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin kurumun görev alanı dışında tutulmasının kamu denetçiliği kurumlarının yetki alanının her düzeydeki kamu idareleri kapsamı gerektiğini belirten Venedik Prensipleriyle(para 13) uyumlu değildir<sup>89</sup>.

6328 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca, Kamu Denetçiliği Kurumu, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını

<sup>88</sup> KARAN/SEVER, s. 57.

<sup>89</sup> Erhüman'a göre, askeri makamların idari işlem, eylem ve davranışlarının kamu denetçiliğinin görev alanı dışında tutulmasının hukuk devleti ilkesi çerçevesinde anlaşılabilir bir argümanla desteklenmesinin mümkün değildir. Yazar ayrıca, salt askeri eylem, işlem ve davranışlar üzerinde denetim uygulamak amacıyla özel bir kamu denetçiliği kurumunun tesis edilmesinin ya da birden çok kamu başdenetçisinden oluşan bir kurum içerisinde, başdenetçilerden birinin askeri konularda yetkili kılınmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. ERHÜMAN, Tufan: “Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-4, Ankara, 2000, s. 171-172.



denetlemekle yetkili kılındığından idarenin aktif yanı sıra pasif tutum ve davranışlarını denetleme yetkisini haizdir<sup>90</sup>. Yine söz konusu maddede yer alan “*idarenin her türlü eylem ve işlemleri*” ibaresinden hareketle, Kamu Denetçiliği Kurumu’nun aynı zamanda idarelerin personel alımına ilişkin iş ve işlemleri ile mevcut personeli hakkında tesis ettiği eylem ve işlemler hakkında yapılan şikayetleri incelemek ve karara bağlamak konularında yetkili olduğu anlaşılmaktadır.

6328 sayılı Kanun uyarınca, Kurum idarenin eylem ve işlemleri üzerinde hukukilik denetimini aşacak şekilde ya da kanunda yer alan ifadeyle “*hakkaniyet denetimi*” yapma yetkisini haiz kılınmıştır. Kurumun inceleme ve araştırma usulünü düzenleyen Yönetmeliğin 22. maddesine göre, Kamu Denetçiliği Kurumu’nca, “(1) *İdarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışları, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk ve iyi yönetim ilkeleri yönlerinden incelenir ve araştırılır*”. Dolayısıyla, Kamu Denetçiliği Kurumu, idari eylem ve işlemler üzerinde hukuki denetim yanı sıra bu eylem ve işlemlerin yerinde olup olmadığı diğer bir deyişle *yerindelik denetimi* yapabilmektedir<sup>91</sup>.

Söz konusu Kanunda, Kuruma yapılacak başvuruların ücretsiz olduğu hüküm altına alınmış; başvurular bakımından menfaat ihlali aranmıştır. Diğer taraftan Yönetmeliğe göre, menfaati ihlal edilen gerçek kişiler yanı sıra tüzel kişiler de Kuruma şikayet başvurusunda bulunabilirler. 6328 sayılı Kanun’un 12. maddesine göre, Kuruma başvuru yapılmadan önce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda ve diğer kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, Yönetmeliğin 12. maddesinde, 2577 sayılı Kanun’un 10. ve 11. maddelerinde belirtilen idari başvuru yollarının tüketilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>92</sup>. Böylelikle, 2577 sayılı Kanun’un 10. ve 11. maddelerinde belirtilen ihtiyari başvuru yolu, Yönetmelik hükmüyle Kuruma yapılacak başvurular bakımından zorunlu idari başvuru yolu haline getirilmiştir.

<sup>90</sup> KAĞITÇIOĞLU, s. 489.

<sup>91</sup> Odyakmaz, konuyla ilgili olarak eserinde yerindelik denetimini ifade etmek için “ihtiyaca uygunluk denetimi” ifadesine yer vermiştir: Bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 14, 2013, s. 9.

<sup>92</sup> 6328 sayılı Kanun’un 17/4. maddesi uyarınca, Kamu Denetçiliği Kurumu, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebilme yetkisini haiz kılınmıştır.

Bu durumun mevzuata hakim olmayan başvuru hakimlerinden çeşitli tereddütlerin yaşanmasına yol açması muhtemeldir. Yine, uygulamada idareye yapılan başvuruların önemli bir kısmının yanıtızsız kaldığı dikkate alındığında hak arama sürecinin uzamasına yol açacağı ve dolayısıyla Kurumun varlık amacını gerçekleştirilmesine olumsuz etkide bulunacağı açıktır.

İlgililer Kamu Denetçiliği Kurumu'na altı ay içinde başvurabilirler. Sözü konusu altı aylık süre, ilgililerin idareye yapacağı başvuruya binaen idarenin cevap vermesi halinde bu cevabın tebliği tarihinden; altmış gün içinde cevap verilmemesi halinde ise bu sürenin bitmesinden itibaren başlamaktadır. Yine Kuruma dava açma süresi içinde yapılan başvuru, işleme başlamış olan dava açma süresini durdurmaktadır(m.17). Kurum, yapılan başvuruya konu şikayete ilişkin inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırmakla yükümlüdür(m.20). Kurum, başvuruya ilişkin yapacağı inceleme ve araştırmalar çerçevesinde ilgili idarelerden gerekli bilgi ve belgeleri talep etme yetkisini haizdir. İdarelerin kendilerinden talep edilen bilgi ve belgeleri, talep kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yerine getirmeleri zorunludur. Bu süre içinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında başdenetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili merci tarafından soruşturma açılır(m.18).

Venedik Prensiplerine göre kamu denetçiliği kurumları başvuruları beklemeksizin kendi inisiyatifleriyle inceleme ve soruşturma yapabilmelidir(para 16). Oysa, 6328 sayılı Kanun uyarınca Kurumun kendiliğinden inceleme ve soruşturma yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim, Kurumun yıllık yayınladığı faaliyet raporlarında ifade ettiği üzere, *“Dünya uygulamalarına bakıldığında, ülkelerin yaklaşık %80’inde ombudsmanlık kurumlarının re’sen harekete geçme yetkisinin olduğu, bu bağlamda hapisanelere, çocukların gözetim altında tutuldukları yerlere, psikiyatri merkezlerine, mülteci kamplarına ve benzeri diğer idarelere şikâyete bakılmaksızın düzenli olarak ziyaret gerçekleştirdikleri tespit edilmiştir. Bu kapsamda Kuruma re’sen inceleme yetkisinin verilmesinin insan hakları kültürünün yerleşmesine, toplumun engelli, çocuk ve kadın gibi mağdur kesimlerinin sorunlarına çözüm bulunmasına önemli katkılar sağlayacağı düşünülmektedir”*<sup>93</sup>.

<sup>93</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu 2022 Faaliyet Raporu, Ankara, 2022, s. 667; Kamu Denetçiliği Kurumu 2023 Faaliyet Raporu, Ankara, 2023, s. 756. Söz konusu yıllık faaliyet raporları için bkz. <https://www.ombudsman.gov.tr/Yayinlarimiz/YillikRapor> (Erişim Tarihi: 26.03.2024).

Kanunda Kurumun başvurulara ilişkin olarak vereceği karar türleri ve sonuçları ayrıntılı olarak açıklanmamış, bu husus Yönetmeliğe bırakılmıştır. Yönetmeliğin “*ön inceleme yapılması*” başlıklı 20. maddesinde, Kurumca yapılan başvuruların ön incelemeye tabi tutulacağı ve Yönetmeliğin 19. maddesinde yer alan koşulları sağlamayan başvurular hakkında “*incelenemezlik kararı*”; idari başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvuru hakkında ilgili idareye “*gönderme kararı*” verileceği belirtilmiştir(m.20). Diğer taraftan, “*karar türleri*” başlıklı 31. maddede ise başvurunun esastan incelenmesi sonucunda kurumun “*tavsiye kararı*”, “*ret kararı*”, “*dostane çözüm kararı*” veya “*karar verilmesine yer olmadığına dair karar*” vereceği hüküm altına alınmış; devamı maddelerinde ise kararların sonuçları belirtilmiştir. Buna göre, Kurum yapacağı incelemeler çerçevesinde başvurunun yerinde olduğu kanaatine varırsa ilgili idareden zararın tazmin edilmesi, işlem yapılması veya eylemde bulunması, işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya düzeltilmesi gibi tavsiyelerden bir ya da bir kaçına karar verebilmektedir(m.32).

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, Kamu Denetçiliği Kurumu başvuruya ilişkin yaptığı incelemeler ve araştırmalar sonucunda idarelere tavsiye vermenin ötesinde hukuka aykırı eylem ve işlemlerin gerektirdiği yaptırımları uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, Kurumun verdiği kararların idareler açısından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tavsiye kararın uygun hareket etmeyen idare karşısında başvuru konuyu yargıya taşımaktan başka bir hukuki imkanı bulunmamaktadır. Konuyla ilgili olarak doktrinde bir görüş, idarenin her türlü eylem ve işlemi üzerinde yerindelik denetimi yapma yetkisini haiz olan bir kurumun vereceği kararların idareler açısından bağlayıcı olması, uygulamada neyin daha yerinde olacağı konusunda yapılacak değerlendirmeler bakımından çeşitli sorunlara yol açacağı belirtilmektedir<sup>94</sup>.

Gerçekten de Kurumun yerindelik denetimi yapabildiği dikkate alındığında bağlayıcı kararlar verebilmesinin çeşitli sorunlar ortaya çıkması muhtemeldir. Kaldı ki, Venedik Prensiplerinde kamu denetçiliği kurumlarının etkinliği, yaptırım gücünden ziyade idareyi etkileme, idari kültürü olumlu yönde değiştirme ve insan haklarıyla ilgili farkındalık uyandırma işlevi üzerinden ele alınmıştır. Bu itibarla, söz konusu

<sup>94</sup> CREUTZFELDT, Naomi/O'BRIEN, Nick/NOWICKI Marek: A Comparative Review On Ombuds: Recommendations of Action for the Turkish Ombudsman and Guidelines for the Ombudsman and Public Authorities, Strasbourg, 2021, s. 53.

prensiplerde kamu denetçiliği kurumlarının idarelere çeşitli tavsiyelerde bulunma yetkisini haiz olması gerektiği dile getirilmiştir(para17).

Bununla birlikte, konuyla ilgili olarak karşılaştırmalı hukukta kamu denetçiliği kurumlarının re'sen hareket etme yanı sıra tavsiye kararları vermenin ötesinde bir takım yetkilerle donatıldığı görülmektedir. Örneğin İsveç'te, 1809 yılından beri faaliyette Kamu Denetçiliği Kurumu, personel uygulamalarını kapsayacak şekilde idarenin eylem ve işlemlerini hukuka uygunluk bakımından re'sen veya başvuru üzerine incelemekte, inceleme sonucuna göre ilgililer hakkında disiplin soruşturması başlatılmasını talep edebilmektedir<sup>95</sup>. Benzer şekilde, İspanya'da<sup>96</sup>, Portekiz'de<sup>97</sup> ve Danimarka'da<sup>98</sup> kamu denetçiliği kurumu re'sen harekete geçme yetkisini haiz olup soruşturma neticesinde hukuka aykırılığa neden olan ilgililer hakkında ceza davası açılmasını talep edebilmektedir<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> İsveç Parlamento Ombudsmanlığı Kanunu (The Act with Instructions for the Parliamentary Ombudsmen) article 18. İsveç Ombudsmanlık Kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BEXELIUS**, Alfred: "The Swedish Ombudsman", The University of Toronto Law Journal, V. 17, No. 1, s. 171-176; **ORFIELD**, Lester B.: "The Scandinavian Ombudsman", Administrative Law Review, V. 19, No. 1, s. 7-73 vd.

<sup>96</sup> Kamu denetçiliği kurumu, İspanya'da, Halkın Avukatı (Defensor del Pueblo) olarak adlandırılmakta olup 1981 tarihli İspanya Ombudsmanlığına Dair Organik Kanunla (Organic Act Regarding The Spanish Ombudman of 1981) düzenlenmiştir. Kaynağa elektronik ortamda erişim için bkz. <https://www.defensordelpueblo.es/en/wp-content/uploads/sites/2/2015/06/LOInglés.pdf> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

<sup>97</sup> Kamu denetçiliği kurumu, Portekiz'de, Adalet Sağlayıcısı (Provedor de Justiça) olarak adlandırılmakta olup Kamu Denetçiliği Kanunu (Statute of the Ombudsman, Law No. 9/91) ile düzenlenmiştir. Kaynağa elektronik ortamda erişim için bkz. <https://www.provedor-jus.pt/documentos/statute-of-the-ombudsman/> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

<sup>98</sup> Danimarka Ombudsmanlık Kanunu (The Ombudsman Act, No. 473), <https://en.ombudsmanden.dk/introduction/loven/> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).

<sup>99</sup> Fransa'da Hakların Savunucusu (Défenseur des Droits) olarak adlandırılan kamu denetçiliği kurumuna kural olarak kamu kurumları ile kamu personeli arasında çıkan uyuşmazlıklar nedeniyle başvurulamamaktadır. Ancak ayrımcılık yasağını ihlal eden personele yönelik uygulamalar bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Buna göre, kurumlarında çalışan personeller yalnızca doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılığa uğradıklarına ilişkin iddialarla ilgili olarak Savunucuya başvurabilirler. Savunucu inceleme sonucunda başvuruya konu idari eylem veya işlemin aynı zamanda suç oluşturduğuna kanaat getirirse, savcılığa bu durumu bildirmekle yükümlüdür. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞAHİN**, Muhammed: Dünya Ombudsmanlık ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu, Ankara, 2021, s. 111 vd.; **GÜL**, Hüseyin/**KILIÇ**, Ramazan: "Fransa Tecrübesi Perspektifinden Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu", Sosyal Bilimler Dergisi, S. 49, Y. 2016, s. 183 vd.

Türkiye uygulamasına bakıldığında, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun tavsiye niteliğindeki kararlarının idareler tarafından kimi zaman nazar-ı dikkate alınmadığı görülmektedir<sup>100</sup>. Dahası, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yıllık yayınladığı faaliyet raporlarının bir bölümünü tavsiye kararlarına riayet etmeyen idarelere ve bu idarelerin tavsiye kararına karşı kuruma ilettiği olumsuz yanıtlara ayırdığı görülmektedir<sup>101</sup>. Yine, Danıştay'ın muhtelif kararlarının içeriğinden Kamu Denetçiliği Kurumu'nun tavsiye kararlarına uyulmamasından dolayı uyuşmazlığın dava konusu edildiği belirtilmektedir<sup>102</sup>.

Kamu Denetçiliği Kurumu, 2021 yılı Faaliyet Raporunda idarelerin tavsiye kararlarına uyma oranının %79,50'ye ulaştığını ifade etmiştir<sup>103</sup>. Söz konusu istatistik Kurumun etkinliğini göstermesi yanı sıra başvurular ile benzer durumda olan kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi bakımından önem arz etmekle birlikte kamu personel uygulamalarından kaynaklı olarak yargıya intikal eden uyuşmazlık sayısı yıllara göre çeşitli dalgalanmalar yaşasa da artış eğilimindedir. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce 2009 yılından itibaren her yıl yayımlanan Adli İstatistik Raporları incelendiğinde, 2019, 2020 ve 2021 yılları içerisinde kamu personeline yönelik eylem ve işlemlerden dolayı açılan dava sayısı ile bu nitelikteki davaların o yıl için idare mahkemelerinde açılmış toplam dava sayısına oranının; 2019 yılı için 45.910(%18,1); 2020 yılı için 51.735(%24,2); 2021 yılı için 61.486 (%24,4) görülmektedir<sup>104</sup>. Buradan hareketle, yargı dışı denetim mekanizması olarak Kamu Denetçiliği Kurumu'nun kamu personel uygulamalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların giderilmesi bakımından yetersiz kaldığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

<sup>100</sup> Karar örnekleri için bkz. KAĞITÇIOĞLU, s. 463-473.

<sup>101</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu tavsiye raporlarında bu husus "tavsiye kararlarına olumsuz yaklaşan idareler" başlığı altında incelenmektedir.

<sup>102</sup> Örnek kararlar için bkz. D. 4.D. 13.1.2021, E. 2020/5674, K. 2021/204 ; D. 10.D. 07.01.2019, E. 2017/457, K. 2019/2; D. 10.D. 07.3.2016, E. 2015/3927, K. 2016/1142 (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.03.2024).

<sup>103</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu 2021 Faaliyet Raporu, Ankara, 2022, s. 81.

<sup>104</sup> Adli istatistik raporları için bkz. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adli-istatistikler-yayin-arsivi> (Erişim Tarihi: 24.03.2024).

### C. Kamu Görevlileri Etik Kurulu

Kamu Görevlileri Etik Kurulu (Etik Kurulu), kamu görevlilerinin uymakla yükümlü oldukları etik ilkeleri belirlemek ve etik ilkelere uygun davranıp davranmadıklarını incelemekle görevli bir kuruldur. 25.5.2004 tarih ve 5176 sayılı Kanun'la<sup>105</sup> kurulan Etik Kurulu cumhurbaşkanlığı bünyesinde teşkilatlanmış olup kamu tüzel kişiliğini haiz değildir.

Etik Kurulu, 11 üyeden oluşmakta ve üyelerin tamamı cumhurbaşkanı tarafından dört yıllığına atanmaktadır. Üyeler, üniversitelerde, yüksek yargıda ve bürokraside üst düzey görevlerde bulunmuş kişiler arasından seçilmektedir(m.2)<sup>106</sup>.

5176 sayılı Kanun uyarınca Etik Kurulu cumhurbaşkanı ve yardımcısı, bakanlar, Türk Silahlı Kuvvetleri, üniversite öğretim elemanları ve yargı mensupları hariç yürütme erki bünyesindeki tüm kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken uymakla yükümlü oldukları etik davranış ilkelerini belirlemekle yetkili kılınmıştır. Kanunun 3. maddesine göre, Etik Kurulu aynı zamanda etik davranış ilkelerinin ihlaline ilişkin inceleme ve araştırma yapma yetkisi bulunmaktadır. İlgili madde şu şekildedir: *“Kurul, kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken uymaları gereken etik davranış ilkelerini hazırlayacağı yönetmeliklerle belirlemek, etik davranış ilkelerinin ihlâl edildiği iddiasıyla re’sen veya yapılacak başvurular üzerine gerekli inceleme ve araştırmayı yaparak sonucu ilgili makamlara bildirmek, kamuda etik kültürünü yerleştirmek üzere çalışmalar yapmak veya yaptırmak ve bu konuda yapılacak çalışmalara destek olmakla görevli ve yetkilidir”*.

<sup>105</sup> 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG: 08.6.2004, S. 25486).

<sup>106</sup> 5176 sayılı Kanun m.2: *“Cumhurbaşkanı, bu Kanun kapsamındaki konularda her türlü kararları almak ve uygulamak üzere;*

*a) Bakanlık görevi yapmış olanlar arasından bir üye,*

*b) İl belediye başkanlığı yapmış olanlar arasından bir üye,*

*c) Yargıtay, Danıştay, Sayıştay üyeliği görevlerinden emekliye ayrılanlar arasından üç üye,*

*d) Müsteşarlık, büyükelçilik, valilik, bağımsız ve düzenleyici kurul başkanlığı görevlerinde bulunmuş veya bu görevlerden emekliye ayrılanlar arasından üç üye,*

*e) Üniversitelerde rektörlük veya dekanlık görevlerinde bulunmuş öğretim üyeleri veya bunların emeklileri arasından iki üye,*

*f) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında en üst kademe yöneticiliği yapmış olanlar arasından bir üye,*

*Olmak üzere toplam onbir üyeyi biri Başkan olmak üzere seçer ve atar (...).”*

5176 sayılı Kanun'a göre, kamu kurum ve kuruluşlarında etik davranış ilkelerine aykırı uygulamalarda bulunduğu iddiasıyla, en az "genel müdür" veya üstü konumdaki kamu görevlileri hakkında Etik Kuruluna başvurulabilmektedir. Diğer bir deyişle, Etik Kurulunun unvan olarak genel müdür altındaki kamu personeli için doğrudan etik ihlal incelemesi yapma yetkisi bulunmamaktadır. Hangi unvanların genel müdüre eşit sayılacağı ise kurum ve kuruluşların teşkilat yapısı ve yürüttükleri hizmetlerin niteliği dikkate alınarak Etik Kurulu tarafından belirlenmektedir. Genel müdür altı konumundaki personel bakımından yapılacak etik ihlal incelemesi ilgili kurumların yetkili disiplin kurullarınca, Etik Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikte belirlenen etik davranış ilkeleri çerçevesinde yapılmaktadır(m.4).

Etik Kurulu, etik davranış ilkelerinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin inceleme ve araştırmaları en geç üç ay içinde sonuçlandırmak zorunda olup inceleme sonuçlarını ilgililere, cumhurbaşkanlığına ve Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı'na<sup>107</sup> yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür(m.5).

Etik Kurulunun yukarıda anılan görevlerine bakıldığında, bürokrasinin kronik sorunları arasında yer alan kamu hizmetine girişte ve yükselmede kayırmacılık gibi ağır etik ihlallerinin önlenmesi adına önemli görevler üstlendiği söylenebilir. Fakat, Etik Kurulunun yürütmeye bağlı yapısı ve icrai kararlar alma yetkisine sahip olmaması etkinliğini büyük ölçüde zayıflatmaktadır.

### SONUÇ YERİNE: DEĞERLENDİRME VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Kamu personel uygulamalarının gözetim ve denetimi meselesine ilişkin ülkemiz uygulaması incelendiğinde yapılacak ilk değerlendirme; kanunilik rejimi pratikte yerini idari rejime bırakmasına ve seçme ve sınav işlemleri konusunda idarelere geniş hareket serbestisi tanınmasına rağmen, kamu personel sistemimiz yönlendirici, gözetici ve denetleyici bir rehberden yoksun kaldığı yönündedir.

1960-2018 yılları arasında faaliyet gösteren ve kamu personel sisteminin genel yönetiminden sorumlu olması beklenen DPB'nin tek başına karar alabileceği konular oldukça sınırlandırılmış ve buna bağlı olarak kamu personel sisteminde uygulama birliğini sağlama açısından yeterli

<sup>107</sup> 73 sayılı CBK ile Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı kapatılmış yerine "Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı" ile "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı" olmak iki ayrı bakanlık ihdas edilmiştir.

düzeyde yaptırım gücüne sahip olamamıştır. DPB'nin teşkilat yapısını, görev ve sorumluluklarını yeniden düzenleyen 217 sayılı KHK'yle birlikte Başkanlığın sahip olduğu personel rejiminin esaslarını tespit etme yetkisi, yürürlüğe konan KHK'ler aracılığıyla doğrudan siyasal irade tarafından gerçekleştirilmiştir.

Yeni hükümet sistemine geçişle birlikte yürürlüğe konan 703 sayılı KHK'yle kapatılan DPB yerine personel sisteminin işleyiş ve koordinasyonundan sorumlu merkezi personel örgütü ihdas edilmemiştir. Yeni hükümet sisteminde, kamu personel sisteminin yönetimine dair farklı görevler üstelenen PPGM ve İKO görev ve sorumluluk alanıyla ilgili herhangi bir yaptırım gücüyle donatılmamıştır. Diğer taraftan, TİHEK ve Kamu Görevlileri Etik Kurulu yukarıda izah edildiği üzere arz ettikleri yapısal ve işlevsel özellikleri bakımından kamu personel uygulamalarını etkin ve tarafsız bir şekilde gözetleme ve denetleme işlevini yerine getirecek niteliklerden yoksun oldukları sonucuna ulaşılmıştır. Yine, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yapısal açıdan tarafsızlığı nispeten sağlanmışsa da etkin yaptırım gücünden yoksun bırakılmıştır.

Gelinen noktada, karşılaştırmalı hukukta yer alan örneklerden hareketle personel uygulamalarını gözeten, hukuka aykırı iş ve işlemleri re'sen veya başvuru üzerine inceleyen kurumsal bir yapının oluşturulmasına yönelik reformların hayata geçirilmesi elzem görülmektedir. Bu bağlamda, kimi ülke uygulamalarında olduğu gibi personel uygulamalarının eşgüdüm ve koordinasyonunu sağlayacak, merkezi personel yönetimini tek bir kurumsal yapı etrafında toplayacak bir merkezi personel örgütü (örn: Merkezi Personel Kurumu) ihdas edilerek bu örgütün personel uygulamalarını etkin bir şekilde denetim altına alacak yetkilerle donatılması öngörülebilir. Bununla birlikte, merkezi kamu personel örgütü yerine özel görevli bir örgüt (örn: Liyakat Gözetim ve Denetim Kurumu) de kurulabilir. Ancak ihdas edilecek kurum ister merkezi personel örgütü ister özel görevli bir kurum şeklinde olsun organik ve işlevsel bakımdan tarafsızlığını sağlayacak tedbirlerin alınması, idari ve mali özerkliğinin tesis edilmesi gerekmektedir.

İhdas edilecek kurumun görev, yetki ve sorumlulukları yürürlüğe konacak bir kanunla açıkça düzenlenmeli, diğer kurum ve kuruluşlarla görev ve yetki çatışmasına mahal verilmemelidir. Bununla birlikte, kurumun görev ve sorumluluk alanı belirlenirken kamu personel yönetiminin sorunlu alanlarında etkinlik göstermesini sağlayacak icrai yetkilerle donatılması gerekmektedir. Bilhassa, ülkemiz personel sisteminin esaslı



sorunları arasında gösterilen ayrımcılık, kayırmacılık, partizanlık gibi uygulamalar dikkate alındığında kurumun “düzenleme” ve “gözetim ve denetim” yetkisini haiz olması ayrı önem teşkil etmektedir. Bu yetkilere ilaveten ihdas edilecek kuruma kamu personel sisteminde yaşanan yozlaşmanın giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak amacıyla “araştırma ve raporlama” ile kamu personel politikalarının oluşturulmasında yürütmeye yardımcı olmaya yönelik “danışmalık” görevleri de verilebilir.

İhdas edilecek kurumun “düzenleme” görev ve yetkisi, kamu kesiminde idare hukukuna tabi olarak çalışan memur ve diğer kamu görevlileri ile sözleşmeli personel istihdamına yönelik düzenlemeler yapmayı kapsayacak şekilde belirlenmelidir. Bu bağlamda, kurum asgari olarak;

- “Kamu Hizmetine Giriş ve Hizmet İçi Yükselme Sınavlarına İlişkin Kurallar”ın uygulama esaslarını düzenlemek,
- Kanunların uygulanmasını göstermek amacıyla hizmete alma ve hizmet içi yükselmeye yönelik çerçeve yönetmelikler tesis etmek, yetkileriyle donatılmalıdır.

Kurumun görev ve yetkilerini düzenleyen kanunda, “Kamu Hizmetine Giriş ve Hizmet İçi Yükselme Sınavlarına İlişkin Kurallar”a yer verilmelidir. Bu kurallar aynı zamanda kurumu bağlayan, görev ve sorumluluk alanına giren konularda düzenleme yaparken göz önünde bulundurması zorunlu kurallar olmalıdır.

İhdas edilecek kurum, uygulamayı takip eden, idarelerin hizmete alma ve hizmet içi yükselmeye yönelik tesis ettikleri işlemleri inceleyen ve konuyla ilgili icrai kararlar alan bir işleve sahip kılınmalıdır. Bu itibarla kurum “gözetim” yetkisi kapsamında;

- Görev ve sorumluluk alanına giren konularda araştırma yapmak ve uygulamayı takip etmek,
- Hizmete alma ve hizmet içi yükselme aşamalarında tertip edilen sınavların güvenilirliğini ve şeffaflığını sağlamak amacıyla kamu kurum ve kuruluşlarından görüş ve öneriler istemek ve konuyla ilgili toplantılar düzenlemek

yetkilerini haiz olmalıdır.

Kurumun gözetim yetkisi aynı zamanda görev alanına giren konuların uygulama boyutunu analiz etmesine ve ortaya çıkan sorunların giderilmesine yönelik önleyici tedbirler alma imkanı sunacaktır.

Diğer taraftan, kurum “denetim” yetkisi kapsamında;

- Kamu kurum ve kuruluşlarınca tertip edilen hizmete giriş ve hizmet içi yükselme sınavlarına ilişkin işlemler ile bu sınavların sonuçları,
- Kamu kurum ve kuruluşlarca kamu hizmetine girişte aranan özel koşullar,

hakkında re'sen veya yapılan şikayetler çerçevesinde kanuna ve diğer mevzuata aykırılığı iddiasıyla inceleme yetkisini haiz kılınmalıdır.

Buna göre, kurum, kamu kurum ve kuruluşlarınca tertip edilen sınavlara ilişkin olmak kaydıyla, sınavların ilan süresine ve usulüne, adaylarda aranan koşullara, sınavların geçerliliğini ve güvenilirliğini etkileyen durumlara ve sınav sonuçlarına ilişkin şikayet başvurularını kabul etmek ve incelemekle yetkili olmalıdır.

Merkezi sınav sonuçlarına ilişkin yapılacak başvurular ihdas edilecek kurumun denetim görev ve sorumluluk kapsamı dışında tutulabilir. Zira, merkezi sınavlara ilişkin iş ve işlemler toplumun büyük bir kesimini ilgilendirmesinden dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözüme ulaştırılması elzemdir. Bu anlamda, kurumun merkezi sınavlara ilişkin iş ve işlemler hakkında başvuruları kabul etmesi ve incelemesi ve sonrasında bu kararlara karşı açılacak davalar sonucunda verilecek kararların beklenmesi konuyla ilgili hukuki belirsizliğin uzamasına neden olabilecektir<sup>108</sup>.

Kurum görev ve yetki alanına giren konularla ilgili olarak kamuoyuna yansıyan hususlarda herhangi bir başvuru yapılmasını beklemeksizin ya da bir başka merciden izin almaksızın re'sen inceleme yapabilmelidir. Bu aynı zamanda, kurumun etkinliğini artıracak, idarelerin seçme ve sınav işlemleri üzerinde kamuoyu denetimini güçlendirecektir.

Kurumu düzenleyecek kanun uyarınca, kurumun gözetim ve denetim yetkisi kapsamında hukuka aykırı bulduğu işlemler hakkında icrai

---

<sup>108</sup> Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m.20/B'de merkezî ve ortak sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalar sonucunda sınavın iptal edilmesinden kaynaklı mağduriyetlerin önlenmesi amacıyla hızlandırılmış yargılama usulü benimsenmiştir. Anılan kanun maddesinde, Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında aynı Kanunun üst makamlara başvurma başlıklı 11. maddesi hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmış ve dava açma süresi on gün olarak belirlenmiştir. Söz konusu maddenin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan ve savunma dilekçesini tebliğden itibaren üç gün olarak belirleyen kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı yönünde Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM. 19.3.2015, E. 2014/189, K. 2015/32 (RG: 21.5.2015, S. 29362).

yetkilerle donatılması kritik bir öneme sahiptir. Zira, Türkiye’de idarenin temel problemleri arasında yer alan hesap verebilir olmama, taleplere cevap vermekten imtina etme, ayrımcılık, kayırmacılık karşısından kurumun alacağı kararların idareler tarafından bağlayıcı olması şarttır. Bu bağlamda, kurum, gözetim ve denetim alanına giren konularda yaptığı incelemelerden sonra tespit ettiği aykırılıkların belirli bir süre içinde giderilmesine, başvuru sahiplerine haksız işlemde bulunan kurum tarafından tespit edilecek maddi ve manevi zararların ödenmesine karar verebilmelidir. Aynı zamanda, kanunda kurumun verdiği kararları gereği gibi yerine getirmeyen kamu görevlileri için idari ve cezai müeyyidelerin öngörülmesi kurumun etkinliğini artıracak bir diğer tedbir olarak görülebilir.

Kurumu düzenleyecek kanunda, kurumunun yapacağı incelemeler sırasında konusu suç olan eylem veya işlemi tespit etmesi halinde savcılığa suç duyurusunda bulunma zorunluluğu getirilmelidir. Esasen, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*” başlıklı 279. maddesi gereğince göreviyle bağlantılı olarak suç teşkil eden idari eylem ve işlemde haberdar olan kamu görevlilerinin suçu yetkili makamlara bildirmemesi ayrı bir suçun konusunu teşkil etmektedir<sup>109</sup>. Bununla birlikte, kurumu düzenleyen kanunda söz konusu yükümlülüğün ayrıca belirtilmesi gerek kurumu adına gerekse idareler adına tasarrufta bulunan görevlilerin bu hususta daha dikkatli olmasını sağlayacaktır<sup>110</sup>.

İhdas edilecek kurumla birlikte;

- Kamu personel yönetiminde şeffaflık, dürüstlük, tarafsızlık ve hesap verilebilirlik ilkelerinin hayata geçirilmesi,
- Uygulamada kayırmacılığın en yoğun hissedildiği seçme ve sınav işlemlerinin tarafsız bir kurum aracılığıyla denetlenmesi suretiyle kamu personel sistemimizde yaşanan gözetim ve denetim boşluğunun önemli ölçüde giderilmesi,

<sup>109</sup> Türk Ceza Kanunu m.279: “(1) *Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır”.*

<sup>110</sup> Doktrinde Kağıtçıoğlu aynı öneriyi Kamu Denetçiliği Kurumu için getirmiştir. Bkz. KAĞITÇIOĞLU, s. 499.

- Kamu hizmetine giriş ve hizmet içi yükselme aşamalarında kurumlarca tertip edilecek sınavların rekabete dayalı bir şekilde yürütülmesi amacıyla objektif ilke ve esaslara bağlanması ve böylece politik ve kişisel etkilerden arındırılmış bir personel yapılanmasının temin edilmesi,

hedeflerine ulaşılacağı düşünülmektedir.

Bununla birlikte, ihdas edilecek kurumun arzu edilen işlevleri yerine getirebilmesi için bir takım sınırlılıkların aşılması gerekmektedir. Her şeyden önce, kurumun ihdası kamu personel rejimini düzenleyen muhtelif kanunlarda çeşitli değişikliklerin yapılmasını gerektirmektedir. Esasen bu sorunun meclisin irade koymasıyla aşılabileceği söylenebilir. Ancak meclisin konuyla ilgili ne kadar istekli olacağı şüphelidir. Zira, öteden beri ülkemiz uygulamasında yasama çoğunluğunu elinde bulunduran yürütme organı politik gücünü muhafaza etmek kaygısıyla desteğini aldığı kesimden bireyleri kamuda istihdam etme yoluna başvurmaktadır. Dolayısıyla, kurumun öngörülen işlevlere sahip olacak şekilde hayata geçirilmesinde, adaleti ve liyakati sahiplenen kamuoyunun güçlü tutumu ayrı önem arz etmektedir.

## KAYNAKÇA

- AKINCI**, Müslüm: Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi, İstanbul, 2017.
- ALBAYRAK**, Haydar: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi", Sayıştay Dergisi, S. 119, 2020, s. 138.
- ASLAN**, Onur Ender/**KAVRUK**, Hikmet/**YILDIZ**, Mete/**ÜSTÜNER**, Yılmaz/**SAYAN**, İpek Özkal/**ŞENER**, Hasan Engin/**URHAN**, Vahide Feyza: Merkezi Personel Hizmetleri Örgütlenmesi Araştırma Projesi (PERHİZ), Aslan, Onur Ender (Editör), Ankara, 2016.
- ATAY**, Ender Ethem: "Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu", Ombudsman Akademik, S. 1, 2014, s. 24.
- BEXELIUS**, Alfred: "The Swedish Ombudsman", The University of Toronto Law Journal, V. 17, No. 1, s. 171-176.
- CREUTZFELDT**, Naomi/**O'BRIEN**, Nick/**NOWICKI** Marek: A Comparative Review On Ombuds: Recommendations of Action for the Turkish Ombudsman and Guidelines for the Ombudsman and Public Authorities, Strasbourg, 2021, s. 53.
- DEMMKE**, Christoph/ **MOILANEN** Timo: Civil Services in the EU of 27: Reform Outcomes and the Future of the Civil Service, EIPA Publications, Maastricht, 2010.
- EREN**, Abdurrahman: Ulusal İnsan Hakları Kurumları, İstanbul, 2012.
- ERHÜMAN**, Tufan: "Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-4, Ankara, 2000, s. 171-172.
- ERYILMAZ**, Bilal: Kamu Yönetimi (Düşünceler-Yapılar-Fonksiyonlar-Politikalar), Kocaeli, 2012.
- GÖNÜLAÇAR**, Şener: "İnsan kaynakları yönetiminde kayırmacılık kuşatması ve liyakatsizlik çıkmazı", 2014, s. 14, <http://www.academia.edu/> (Erişim Tarihi: 22.4.2024).
- GÖZLER**, Kemal/**KAPLAN**, Kaplan: İdare Hukuku Dersleri, 23. Baskı., Bursa, 2021, s. 747-748.
- GÖZLER**, Kemal, "Devlet Personel Başkanlığı Web Sitesi Neden Hâlâ Yayında?", [www.anayasa.gen.tr/dpb.htm](http://www.anayasa.gen.tr/dpb.htm), (Erişim Tarihi: 20.08.2024).

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TUTUM, Cahit:** “Yasa Gücünde Kararnameler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 8, S. 1, 1975, s. 5.
- GÜL, Hüseyin/KILIÇ, Ramazan:** “ Fransa Tecrübesi Perspektifinden Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumu”, Sosyal Bilimler Dergisi, S. 49, Y. 2016, s. 183 vd.
- GÜLER, Birgül Ayman:** “Devlet Personel Başkanlığı Üzerine Bir İnceleme (I)”, Amme İdaresi Dergisi, C. 21, S. 1, 1988, s. 86.
- GÜLER, Birgül Ayman:** “Devlet Personel Başkanlığı Üzerine Bir İnceleme (II)”, Amme İdaresi Dergisi, C. 21, S. 1, 1988, s. 82.
- GÜLER, Birgül Ayman:** Kamu Personeli: Sistem ve Yönetim, İmge Kitabevi, Ankara, 2005.
- KAĞITÇIOĞLU, Mutlu:** “Kamu Denetçiliği Kurumunu (Türk Ombudsmanını) Yeniden Tasarlamak”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 7, S. 14, 2018, s. 458.
- KARAN, Ulaş/SEVER, D. Çiğdem:** Bir İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği, İstanbul, 2020.
- KILINÇ, Emine İlkbal:** “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Personel Yönetiminin Kurumsal Görünümü”, Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi, C. I, S. 2, 2020, s. 62.
- KLINGER, Donald E.:** “Public Personnel Management and Democratization: A View from Three Central American Republics”, Public Administration Review, V.56, No. 4, 1996, s. 390-399;
- KÖSE, H. Ömer:** “Denetim ve Demokrasi”, Sayıştay Dergisi, S. 33, 1999, s. 63.
- KULUÇLU, Erdal:** “Yönetimin Denetiminden Denetimin Yönetimine”, Sayıştay Dergisi, S. 63, 2006, s. 3.
- LEVIN, Paul T.:** “The Swedish Model of Public Administration: Separation of Powers – The Swedish Style”, Journal of Administration and Governance, V. 4, No. 1, 2009, s. 38-45.
- MATHIASSEN, David G.:** “The New Public Management and Its Critics”, International Public Management Journal, V. 2, No. 1, s. 90-110.
- ODYAKMAZ, Zehra:** “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 14, 2013, s. 9.

- ORAL**, İsmail: Merkezi Personel Yönetimi Örgütlenmesi: ABD ve Japonya Örnekleri ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- ORFIELD**, Lester B.: "The Scandinavian Ombudsman", *Administrative Law Review*, V. 19, No. 1, s. 7-73 vd.
- ÖZTUNÇ**, Hikmet: Kamu Personel Hukukunda Liyakat İlkesi, Ankara, 2024.
- PYPER**, Robert/ **BURNHAM**, June: "The British Civil Service: Perspectives on 'Decline' and 'Modernisation'", *The British Journal of Politics & International Relations*, V. 13, 2011, s. 200-204.
- SAYAN**, İpek Özkal/ **URHAN** Feyza: "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Merkezi Personel Hizmetleri Örgütlenmesi", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 13, S. 70, 2020, s. 1008.
- ŞAHİN**, Muhammed: Dünyada Ombudsmanlık ve Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumu, Ankara, 2021.
- ŞAYLAN**, Gencay: Kamu Personel Yönetiminden İnsan Kaynakları Yönetimine Geçiş-Kritik ve Reform Önerileri, İstanbul, 2000, s. 107.
- TANÖR**, Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı., İstanbul, 2018.
- TUĞLACI**, Pars: 20. Yüzyıl Ansiklopedik Türkçe Sözlük, C. I, İstanbul, 1971.
- TUTUM**, Cahit: "Gerçekleştirilemeyen Reform: Personel Reformu", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 6, S. 3, 1973, s. 22.
- TUTUM**, Cahit: "Kamu Personel Sorunu", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 23, S. 3, 1990, s. 37.
- TUTUM**, Cahit: "Türk Personel Sisteminin Sorunlarına Genel Bir Yaklaşım", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 13, S. 3, 1980, s. 95.
- TUTUM**, Cahit: "Yönetimin Siyasallaşması ve Partizanlık", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 9, S. 4, 1976, s. 18.
- TUTUM**, Cahit: **Personel Yönetimi**, Ankara, 1979.
- UĞUZ**, Hülya Ekşi: "İngiliz Kamu Personel Yönetimine Genel Bir Bakış: Kamu Hizmetlerine Giriş, Performans Değerlendirme ve Disipline İlişkin Düzenlemeler," *Sayıştay Dergisi*, C. 21, S. 78, s. 133.
- YASİN**, Melikşah: İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi, İstanbul, 2011.

- <http://www.sp.gov.tr/tr/stratejikplan/s/702/Devlet+Personel+Baskanligi+2013-2017> (Erişim Tarihi: 22.4.2024).
- <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adl-istatistikler-yayin-arsivi> (Erişim Tarihi: 24.03.2024).
- Directorate for Administration and Public Employment için bkz. <https://www.dgaep.gov.pt/en/index.cfm?OBJID=E08C1D28-FB3E-4D1A-9135-7A2B5D646426> (Erişim Tarihi: 28.7.2024).
- <https://en.ombudsmanden.dk/introduction/loven> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).
- <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43590.pdf> (Erişim Tarihi: 16.9.2020).
- <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title5/part2&edition=prelim> (Erişim Tarihi: 17.03.2024).
- <https://www.defensordelpueblo.es/en/wp-content/uploads/sites/2/2015/06/LOIngles.pdf> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).
- <https://www.jinji.go.jp/en/recommen/rlnpsa.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2024).
- <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00057> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/25/contents> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).
- <https://www.mspb.gov/appeals/appellantqanda.htm> (Erişim Tarihi: 20.03.2024).
- <https://www.oecd.org/gov/pem/hrpractices.htm> (Erişim Tarihi: 01.3.2024).
- <https://www.oecd.org/gov/pem/public-sector-leadership-implementation/pem-forward-looking/workforceplanning-case-study-australia.pdf> (Erişim Tarihi: 15.03.2024).
- <https://www.ohchr.org/en/instrumentsmechanisms/instruments/principles-relating-status-national-institutions-paris> (Erişim Tarihi: 20.03.2024).
- <https://www.ombudsman.gov.tr/Yayinlarimiz/YillikRapor> (Erişim Tarihi: 26.03.2024).
- <https://www.provedor-jus.pt/documentos/statute-of-the-ombudsman/> (Erişim Tarihi: 27.03.2024).
- State Secretariat for Public Service için bkz. <https://funcionpublica.digital.gob.es/en/Secretaria-de-Estado-de-Funcion-Publica.html> (Erişim Tarihi: 28.7.2024).
- <https://www.tih.gov.tr/upload/pdf/2022-yili-faaliyet-raporu/> (Erişim Tarihi: 25.03.2024).



<https://www.venice.coe.int> (Erişim Tarihi: 20.03.2024).

AYM. 25.12.2008, E. 2006/140, K. 2008/185 (RG: 04.04.2009, S. 27190).

AYM. 27.12.2012, E. 2012/102, K. 2012/207 (RG: 02.4.2013, S. 28606)

AYM. 19.3.2015, E. 2014/189, K. 2015/32 (RG: 21.5.2015, S. 29362).

AYM. 02.5.2018, E. 2017/143, K. 2018/40 (RG: 05.6.2018, S. 30442).

AYM. 13.09.2023, E. 2023/144, K. 2023/147 (RG: 01.11.2023, S. 32356).

AYM. 11.10.2023, E.2018/120, K. 2023/171 ( RG: 01.12.2023, S.32386).

D. 10.D. 07.3.2016, E. 2015/3927, K. 2016/1142 (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.03.2024).

D. 10.D. 07.01.2019, E. 2017/457, K. 2019/2 (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.03.2024).

D. 4.D. 13.1.2021, E. 2020/5674, K. 2021/204 (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.03.2024).



## ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN KUDÜS

Dr. Tayfur YUMUŞAK\*

### Öz

Kudüs'e dair sorunlar; modern Siyonizm fikrinin yeşermesi ve İngilizlerin Kudüs'ü işgal etmesi ile başlamıştır. Modern Siyonizm; Yahudilerin Kudüs'e dönmeleri ve tarihi yurtlarında devlet kurma idealini içermektedir. Bu kapsamda işgalci İngiltere önce Kudüs'ü manda idaresi altına almış, ardından bölgeye yoğun bir Yahudi göçü yapılmasına izin vermiştir. Sonrasında Yahudilere toprak edinme hakkı vermiştir. Demografik yapıyı değiştiren bu kararların ardından Filistin halkının yok sayılması self determinasyon hakkının açık ihlalidir. Manda idaresinin sona ermesi ile İsrail'in Kudüs'ün önce batısını ardından doğusunu işgal yoluyla ele geçirmesi kuvvet kullanma yasağına aykırıdır. Her ne kadar, kuvvetin meşru savunma kapsamında kullanıldığı ileri sürülmüşse de buna ilişkin şartlar oluşmamıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Kudüs'teki ihlallere ilişkin kararları bağlayıcı değildir. Bağlayıcı karar verme yetkisine sahip Güvenlik Konseyi ise daimî üyelerin vetosu nedeniyle karar alamamaktadır. Şu hâlde; Filistin halkının Kudüs'te devam eden işgale karşı meşru savunma hakkını kullanması, bu kapsamda kendisine yardım etmek üzere bazı devletleri topraklarına davet etmesi zorunludur.

### Anahtar Kelimeler

• Kudüs • Self-Determinasyon Hakkı • Kuvvet Kullanma Yasağı • Meşru Savunma • Birleşmiş Milletler Sisteminin Etkisizliği

\* Dr. Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Dr. /Department of International Law, Ankara, Türkiye

✉ tayfur.yumusak@hotmail.com • ORCID 0000-0002-7901-5090.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** YUMUŞAK, Tayfur: "Uluslararası Hukuk Bakımından Kudüs", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s.1961-1997.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## AL-QUDS IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

### Abstract

Problems regarding Al-Quds started with the emergence of the idea of modern Zionism and the occupation of Al-Quds by the UK. Modern Zionism included the ideal of Jews returning to Al-Quds and establishing a state in their historical homeland. In this context, occupying the UK firstly took Al-Quds under mandate and then allowed intense Jewish immigration to the region. Then it gave the Jews the right to acquire land. Ignoring the Palestinian people after these decisions that changed the demographic structure is a clear violation of the right to self-determination. With the end of the mandate, Israel's occupation of first the west and then the east of Jerusalem is against the prohibition of using force. Although it has been claimed that force was used within the scope of legitimate defense, the conditions for this have not been met. The decisions of the UN General Assembly regarding violations in Al-Quds are not binding. The Security Council, which has the authority to make binding decisions, cannot make decisions due to the veto of the permanent members. In this case; it's imperative that Palestinian people exercise their right to legitimate defense against the ongoing occupation in Al-Quds and at the same time invite some states to their territory to help them.

### Keywords

• Al-Quds • Right to Self-Determination • Prohibition on the Use of Force • Self Defence • Ineffectiveness of the United Nations System

## GİRİŞ

Kudüs sorununun ilk ortaya çıkışı, 1917 yılında İngiliz işgali ile başlamıştır. İşgal ile birlikte İngiltere, modern Siyonizm'in de etkisiyle bölgeye Yahudi göçü yapılmasına izin vermiş, Yahudiler'e toprak edinme hakkı vermiştir. Kudüs'ün demografik yapısını bozan bu kararlar, Arap - Yahudi çatışmalarına neden olmuştur. Self determinasyon hakkının ihlali üzerinden çıkan çatışmalar; 1948 yılında İngiltere'nin manda yönetiminin sona ermesinden sonra savaş boyutuna evrilmiş, bu şekliyle Arap – İsrail savaşları başlamıştır. Bu savaşlar neticesinde İsrail ilk olarak Kudüs'ün batısını ardından doğusunu ele geçirmiştir. Bu durum; Filistin halkı tarafından kuvvet kullanma yasağının ihlali; İsrail tarafından ise meşru savunma hakkının kullanılması olarak nitelendirilmiştir. Meydana gelen savaşları önleme ya da durdurma bakımından Birleşmiş Milletler sistemi son derece yetersiz ve etkisiz kalmıştır.

Bu açıklamaların ardından uluslararası hukuk veçhesiyle Kudüs'te meydana gelen sorunlar; "self determinasyon ilkesi", "kuvvet kullanma

Yasağı” ve “Birleşmiş Milletler kararlarının uygulanması” hususları üzerinden açıklanmıştır. Sayılan bu sorunlara ilişkin taraflar arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır. Farklılık genel olarak “manda idaresinin kötüye kullanılması”, “meşru savunmada saldırının varlığı” ve “ulusal yetkinin varlığı halinde Birleşmiş Milletler’in karar alamaması” görüşleri üzerinde düğümlenmektedir.

Makalede uluslararası hukuk bakımından Kudüs’teki sorunlara, bu sorunlar üzerine tarafların görüşlerine, nihayetinde bunlara ilişkin görüş ve önerilerimize yer verilmiştir.

## I. KUDÜS ŞEHRİNİN BİR SORUN OLARAK ORTAYA ÇIKMASI

M.Ö. 18. yüzyılda Hz. İbrahim Kenan diyarına göç etmiştir. Yahudi inancına göre göç edilen bu toprakların İbrahim’in soyundan gelenlere vaat edildiği ileri sürülmüştür. “*Vaat edilmiş topraklar*” deyimini buradan gelmektedir. Hz. İbrahim’in Kenan diyarına göç etmesinden sonra onun soyundan gelen İsrailoğulları<sup>1</sup>, bu topraklarda yaşamaya devam etmişlerdir<sup>2</sup>. İsrailoğulları bir süre Kenan diyarında yaşadıkdan sonra Mısır’a göç etmiştir. Burada huzur ve sükûn içerisinde yaşamışlardır. Ancak ilerleyen dönemlerde Mısır’a hükmeden Firavun bunlara zulmetmiş, bunun üzerine tekrardan Kenan diyarına yani Filistin topraklarına göç etmek zorunda bırakılmışlardır<sup>3</sup>. Buraya geldiklerinde İsrail Krallığı’nı kurmuş ve

<sup>1</sup> Hz. İbrahim’in çocuklarından İsmail Hicaz’a; İshak Filistin’e gönderilir. Hz. İshak’ın büyük oğlu Yakup’un adı İsrail’dir. Allah’ın kulu anlamı gelir. Bunun soyundan gelenlere İsrailoğulları denmektedir, bkz. **ÇEVLİKLİ-FANDAĞ**, Ezgi, Uluslararası Alanda Kudüs’ün Siyasi ve Hukuki Statüsü, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı, Bursa, 2017 s. 23; **DAĞ**, Akın, Birleşmiş Milletler Antlaşması Kapsamında Bireysel Meşru savunma Hakkı Örnek Olay İsrail - Filistin Çatışması, Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bölümler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İzmir, 2014; s. 81; **KOŞAL**, Yusuf, İsrail Devleti’nin Kuruluşu ve Filistin Direniş Örgütleri, Yüksek Lisans Tezi, Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Ana Bilim Dalı, Bingöl, 2021, s. 11.

<sup>2</sup> **YILDIZ - BAYRAK**, Handan, Kur’an’da Kudüs ve Mescid-i Aksa, Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Tefsir Anabilim Dalı, Konya, 2019, s. 28; **KOŞAL**, s. 9.

<sup>3</sup> “*Bu zulümden kurtulmak için İsrailoğulları’ndan Hz. Musa, M.Ö. 13. yüzyılda kendi kavmini Mısır’dan çıkarıp kaçırmıştır*”, açıklamalar için bkz. **KARAKÖSE**, Hasan: “Filistin ve Kudüs Meselesine Genel Bir Bakış (XIX. Yüzyılın Ortasından XX. Yüzyıl Ortalarına Kadar)”, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (AEÜSBED), C. 4, S. 2, 2018, s. 151.

Kudüs'ü ele geçirerek hem başkent hem de dini merkez ilan etmişlerdir<sup>4</sup>. İsrailoğulları için kutsal kabul edilen Süleyman Tapınağı, bu dönemde inşa edilmiştir<sup>5</sup>. İsrail Krallığı, tarih içerisindeki serüvenine bu şekilde devam ederken birden Babiller'in saldırısına uğramıştır. Babiller; Kudüs'ü işgal etmiş, Süleyman Tapınağı'nı yıkmış ve İsrailoğulları'nı buradan sürgün etmişlerdir<sup>6</sup>. Bir süre sonra İsrailoğulları, Kudüs'e geri dönüp Tapınağı tekrar inşa edecek olsa da bu durum uzun sürmemiş, Kudüs bu sefer Roma İmparatorluğu tarafından işgal edilmiştir<sup>7</sup>. Romalılar döneminde İsrailoğulları'nın Tevrat okumaları, ibadet etmeleri yasaklanmıştır. İşkence ve eziyet hüküm sürmüştür. Hz. İsa'nın dünyaya gelmesi bu döneme rastlamıştır. İşkence ve eziyet dönemini bitirmek için geldiğini söyleyen Hz. İsa'nın bu mesajı Kudüs'e yayılınca; Romalılar tarafından derhal yakalanmış, ardından Hristiyan inancına göre çarmıha gerilerek öldürülmüştür<sup>8</sup>. Bilahare Süleyman Tapınağı yıkılmış, İsrailoğulları'nın Kudüs'e girişi yasaklanmıştır<sup>9</sup>. İsrailoğulları, sürgün edilmeleri üzerine zorunlu olarak Avrupa'ya göç etmişlerdir. Bu esnada Roma İmparatorluğu, Hristiyanlık dinini kabul etmiş, Kudüs'te giderek Hristiyan nüfusu çoğunluk haline gelmiştir<sup>10</sup>. İslamiyet'in doğuşu ve yayılması neticesinde Müslüman ordular, M.S. 638 yılında Kudüs'ü ele geçirmiştir. Bu dönemde yetmiş kadar Yahudi ailesinin Kudüs'e dönüşüne izin

<sup>4</sup> Kudüs sırasıyla; Persler, Rumlar, Romalılar, Araplar ve Türkler tarafından yönetilmiştir, açıklamalar için bkz. **CATTAN**, Henry: "The Status of Jerusalem Under International Law And United Nations Resolutions", Journal of Palestine Studies, C. 10, S. 3, 1981, s. 3; **TETİK**, Asiye Derya, 7. YY'dan Haçlı Hâkimiyetine Kadar Kudüs Tarihi, Yüksek Lisans Tezi, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Ortaçağ Tarih Programı, Manisa 2018, s. 4; **ATAÖV**, Türkçeye: "Kudüs ve Devletler Hukuku", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1 – 4, 1980, s. 31; **KARAKÖSE**, s. 151; **DAĞ**, s. 82; **ÇEVİKLİ-FANDAJ**, s. 27.

<sup>5</sup> **KARAKÖSE**, s. 151; **ÇEVİKLİ-FANDAJ**, s. 28; **TETİK**, s. 6.

<sup>6</sup> **CATTAN**, s. 3; **ATAÖV**, s. 31; **TETİK**, s. 7; **ÇEVİKLİ-FANDAJ**, s. 29; **DAĞ**, s. 82; **KARAKÖSE**, s. 151.

<sup>7</sup> **ÇEVİKLİ-FANDAJ**, s. 30; **DAĞ**, s. 82; **TETİK**, s. 14; **KARAKÖSE**, s. 151.

<sup>8</sup> **ATAÖV**, s. 32; **ÇEVİKLİ-FANDAJ**, s. 21; Ayrıca bkz. "İslam inancına göre Hz. İsa çarmıha gerilmemiş ve Yahudiler tarafından öldürülmemiştir", açıklamalar için bkz. **TETİK**, s. 16.

<sup>9</sup> **ŞEVİLİ**, Samet, İsrail Devleti'nin Kuruluşunda İngiliz Mandasının Rolü, Yüksek Lisans Tezi, Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Bandırma, 2021, s. 27.

<sup>10</sup> **ATAÖV**, s. 32.

verilmiştir<sup>11</sup>. Böylece üç semavi dinin temsilcileri Kudüs'te yan yana yaşamaya başlamışlardır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar üzerinden Kudüs'ün üç semavi din için kutsal olduğu sonucuna varılabilir<sup>12</sup>. Yahudiler için Hz. İbrahim'e verildiği iddia edilen "bu topraklar sizin olacaktır" vaadi nedeniyle kutsaldır. Bunun yanı sıra Yahudilerin ilk kiblesi ve en kutsal mekânı olan Süleyman Tapınağı Kudüs'tedir. Hristiyanlar için Hz. İsa'nın Kudüs'te çarmıha gerildiğine ve burada kabre konulduğuna inanıldığı için Kudüs şehri kutsaldır. Müslümanlar için İslam'ın ilk kiblesi kabul edilen Mescidi Aksa'nın Kudüs'te bulunması sebebiyle bu şehir, Mekke ve Medine şehirlerinden sonra en kutsal şehirdir. Yahudiler Kudüs'ü 600 yıl kadar, Hristiyanlar 400 yıl kadar, Müslümanlar ise 1200 yıl kadar yönetmişlerdir<sup>13</sup>. Müslümanlar adına son idareyi Osmanlı İmparatorluğu üstlenmiş, 1516 ile 1917 yılları arasında toplamda 401 yıl boyunca Kudüs'ü yönetmiştir<sup>14</sup>. Bu yönetim esnasında Kudüs'te üç dinin temsilcileri barış ve huzur içerisinde yaşamışlardır. Ancak bu ortam, modern/siyasi Siyonizm fikrinin yeşermesi ve İngilizler'in Kudüs'ü işgal etmesi ile bozulmuştur.

19. yüzyılın son çeyreğine doğru Filistin'de bağımsız bir Yahudi devleti kurma ideali yeşermeye başlamıştır<sup>15</sup>. *Siyonizm* olarak adlandırılan bu ideal, modern/siyasal Siyonizm'in kurucusu Theodor Herzl tarafından uygulamaya konmuştur<sup>16</sup>. Theodor Herzl, o dönemde Osmanlı

<sup>11</sup> ÇEVLİKLİ-FANDAJ, s. 32.

<sup>12</sup> KÖFTÜRCÜ, Hüseyin: "Semavi Dinler Bağlamında Kudüs: Jerusalem in The Context of Abrahamic Religions", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 13, S. 71, 2020, s. 1056 vd.; ÇEVLİKLİ-FANDAJ, s. 21.

<sup>13</sup> CATTAN, s. 3; ATAÖV, s. 34.

<sup>14</sup> Kudüs'ün Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki statüsü dikkate değerdir. 1877 – 1878 yıllarında çıkarılan Özel Yönetim Düzenlemesi ile Kudüs otonom ve bağımsız bir yapıya sahip olmuştur. Otonom ya da bağımsız ifadeleri tam anlamıyla karşılanmasa da bu kelimelerle Kudüs'ün doğrudan başkent İstanbul'a bağlı olması, buradan sorumlu bir vali bulunması söz konusu olmuştur, açıklamalar için bkz. CATTAN, s. 3; ATAÖV, s. 34.

<sup>15</sup> Bu kapsamda kullanılan Yahudiler kelimesi, bir dini bir inancı ifade etmek yerine bir ırkı ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Siyonist Kongre'de de bu kabul üzerinden hareket etmiştir, bkz. ÇEVLİKLİ-FANDAJ, s. 42; DAĞ, s. 84.

<sup>16</sup> GÜMÜŞ, Abdurrahman, The Status of Palestine In The United Nations And Its Implications for The Israeli–Palestinian Conflict, Doktora Tezi, Boğaziçi University Institute of Social Sciences Political Science and International Relations, İstanbul, 2020, s. 73; ÇEVLİKLİ-FANDAJ, s. 43; ŞEVLİ, s. 37.

İmparatorluğu toprağı olan Kudüs'ün kendilerine satılmasını talep etmiş; ancak dönemin Padişahı II. Abdülhamit bu talebi reddetmiştir<sup>17</sup>. Padişah ret ile kalmamış, aynı zamanda Yahudilerin Kudüs'e yerleşmelerini, Kudüs'ten toprak almalarını yasaklamıştır. Kudüs'e gelecekler için kırmızı tezkere alma şartını zorunlu hale getirmiştir<sup>18</sup>. Bu koşullar içerisinde I. Dünya Savaşı başlamıştır. Savaşın devam ederken İngiltere 2 Kasım 1917 tarihinde Balfour Deklarasyonu'nu yayınlamış, deklarasyon ile Filistin'de Yahudiler için milli bir vatan kurulmasına sıcak bakıldığını, Filistin'de bulunan Yahudilerin tüm haklarına sahip çıkılacağını açıklamıştır<sup>19</sup>. Akabinde 9 Aralık 1917 tarihinde Kudüs'teki 401 yıllık Osmanlı İmparatorluğu idaresi ve 1200 yıllık İslam hâkimiyeti sona ermiş ve İngiliz işgal dönemi başlamıştır<sup>20</sup>. Bu tarihte Kudüs'te hâkim nüfus Arap nüfusedir. Bunu değiştirmek isteyen İngiltere; Yahudilere toprak edinme hakkı vermiş, bunun neticesinde Kudüs'e yoğun bir Yahudi göçü başlamıştır<sup>21</sup>. 1933 yılında Almanya'da iktidara gelen Naziler, Avrupa'da Yahudi Soykırımı'nı başlatmışlardır. Soykırım ve devamında başlayan II. Dünya Savaşı, Avrupa'dan Filistin'e Yahudi göçünü hızlandırmıştır. 1945 yılı itibarıyla Yahudi nüfusu Filistin'de 600 bine, Kudüs'te 100 bine ulaşmıştır<sup>22</sup>. Filistin'in özellikle Kudüs'ün demografik yapısını değiştiren bu göçler, Arap – Yahudi çatışmalarını tetiklemiştir. İyice zorda kalan mandater devlet İngiltere, manda yönetiminin sona erdirilmesi ve Filistin'in geleceği konusunda karar verilmesi için konuyu 2 Nisan 1947 tarihinde

<sup>17</sup> KARAKÖSE, s. 155; DAĞ, s. 84.

<sup>18</sup> Alınan bütün bu önlemler Yahudilerin Kudüs'e yerleşmesini engelleyememiştir, bkz. ÇEVLİKLİ-FANDAJ, s. 44; KARAKÖSE, s. 155.

<sup>19</sup> HAYYAR, M, Emre: Uluslararası Hukukta Kudüs Sorunu, Kayhan, Ali Kerem/Karaoğlu, Ali Osman (Editörler), Ankara, 2023, s. 116; SAPERIA, Jordie: "Jerusalem: Legal Status, Condominium and Middle East Peace", JEAIL, C. 1, 2010, s. 176; İngiltere, I. Dünya Savaşı'nda Amerika Birleşik Devletleri'nin kendi safında savaşa girmesini istemiştir. Bunun yolunun Amerika'da yaşayan Siyonistlerden geçtiğini anlamış, dolayısıyla Balfour Deklarasyonu'nu yayınlamıştır, açıklamalar için bkz. DAĞ, s. 85; ŞEVİLİ, s. 43; Deklarasyon, İngiliz Dışişleri Bakanı Arthur Balfour'un soyadından esinlenilerek bu şekilde anılmıştır.

<sup>20</sup> Manda yönetimi Milletler Cemiyeti tarafından 24 Temmuz 1922'de onaylanmıştır, bkz. REÇBER, Kamuran, Uluslararası Hukuk, Bursa 2014, s. 294; 1922 – 1948 yılları arası sürecek olan bu dönem Milletler Cemiyeti Misakı kapsamında bir manda sistemi oluşturmuştur, bkz. CATTAN, s. 4; SAPERIA, s. 176.

<sup>21</sup> DAĞ, s. 83; GÜMÜŞ, s. 74.

<sup>22</sup> DAĞ, s. 87-88.



Birleşmiş Milletler'e taşınmıştır<sup>23</sup>. Bundan sonra Birleşmiş Milletler üyesi Mısır, Irak, Suriye, Lübnan, Suudi Arabistan öncülüğündeki beş Arap devleti manda yönetiminin sona ermesi ve bağımsız Filistin devleti kurulması için talepte bulunmuştur<sup>24</sup>. Buna karşın Siyonistler'de bağımsız bir İsrail devleti için çabalamıştır<sup>25</sup>. Birleşmiş Milletler çalışmalarına başlamış, bunun neticesinde Filistin'de iki yapılı bir devlet kurulması kararı almıştır<sup>26</sup>. Kudüs bakımından şehrin uluslararası özel statü altına alınacağı (*corpus separatum*), iki devletin de egemenliği altına girmeyeceği, Birleşmiş Milletler Vesayet Konseyi tarafından idare edileceği kararlaştırılmıştır<sup>27</sup>. Alınan bu kararların ardından 14 Mayıs 1948 tarihinde İngiliz askerleri çekilmeye başlamış, aynı gün İsrail bağımsızlığını ilan etmiştir. Bundan bir gün sonra yani 15 Mayıs 1948 tarihinde de İngiliz mandası sona ermiştir. Hemen ardından İsrail, Kudüs'ün batısını işgal etmiştir<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, BM'de Filistin Sorunu'nun Tarihi Arka Planı (1947 – 1975), A/AC.183/L.3, 11 Mart 1976 Tarih, Palestine question at the UN (1947-1975)/CEIRPP Historical backgrounder (A/AC.183/L.3) - Question of Palestine, (Erişim Tarihi: 14.05.2024); II. Dünya Savaşı esnasında Almanya'ya karşı Ortadoğu'da ki sömürgelerini yanında tutmak isteyen İngiltere, Araplara vaatler verir. Bu vaatlerden birisi de, Filistin'de Yahudi devleti kurdurulmayacağı vaadidir. Bu vaat, "beyaz belge vaadi" olarak anılır. Bu vaade Yahudiler, ciddi şekilde tepki gösterir ve İngiltere aleyhe propaganda yapmaya başlarlar. Bu durum, İngiltere'nin manda yönetimini sona erdirmesinin başlıca sebeplerinden birisini oluşturmuştur, bkz. BEYAZ BELGE VAADI, Churchill White Paper (1922) (jewishvirtuallibrary.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024); Bu konuda ayrıca bkz. **KASALAK**, Kadir: "İngilizlerin Filistin Politikası ve Filistin Mandası", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 25, 2016, s. 73.

<sup>24</sup> Bu talep, Genel Komite tarafından reddedilmiştir, açıklamalar için bkz. **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, BM'de Filistin Sorunu'nun Tarihi Arka Planı (1947 – 1975), A/AC.183/L.3, 11 Mart 1976 Tarih, Palestine question at the UN (1947-1975)/CEIRPP Historical backgrounder (A/AC.183/L.3) - Question of Palestine, (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>25</sup> **DAĞ**, s. 90.

<sup>26</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 181(II) sayılı Karar, 29 Kasım 1947 Tarih, NR003888.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>27</sup> Bu karar İsrail tarafından kabul edilmekle birlikte Filistin halkı tarafından kabul edilmemiş, açıkça reddedilmiştir, bkz. **GÜMÜŞ**, s. 76; **SAPERIA**, s. 177; **CATTAN**, s. 4.

<sup>28</sup> **ÇİÇEK**, Fehmi, İsrail'in Filistin Devletinde Yerleşimcilik Politikasının Uluslararası Hukuk ve Devletin Unsurları Bakımından Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı, İstanbul, 2022, s. 36; Filistinliler bugünü felaket (El Nakba) günü olarak kabul ederler, açıklamalar için bkz. **DAĞ**, s. 82; "İsrail kuruluş tarihi olan 15 Mayıs 1948'den önce ya da sonra, Birleşmiş Milletler'in çizdiği haritaya saygı göstermedi.

Bunun üzerine İsrail ile Mısır, Suriye, Ürdün ve Lübnan devletleri arasında savaş başlamıştır. Arap devletleri ile İsrail arasında meydana gelen bu ilk savaş, 1949 yılında imzalanan ateşkes andlaşmaları ile durmuştur<sup>29</sup>. Andlaşmalar neticesinde Filistin toprakları; Mısır, Ürdün ve İsrail arasında bölüşülmüştür. Ateşkes andlaşmalarının Kudüs bakımından önem taşıyan kısmında ise şehrin batısı İsrail'e, doğusu Ürdün'e bırakılmıştır<sup>30</sup>. Ancak bu taksimat, taraflar arasında kalıcı bir barışa hizmet etmemiştir. Gerginliğin tırmanması üzerine 5 Haziran 1967 tarihinde İsrail; Mısır, Suriye, Ürdün ve Filistin'e saldırmıştır. Altı gün süren savaş neticesinde İsrail; Mısır'dan Sina Yarımadası'nı, Suriye'den Golan Tepeleri'ni, Filistin'den Gazze ve Batı Şeria bölgelerini ele geçirmiştir<sup>31</sup>. Ayrıca Kudüs'ün doğusunu da bu savaş neticesinde Ürdün'den almıştır<sup>32</sup>. Son haliyle Kudüs'ün tamamı İsrail'in eline geçmiştir<sup>33</sup>. Bu savaşlar, sorunları sona

---

*Yahudi devleti toprağı olarak bilinen bölgeyi işgal ettiği gibi, gene önerilen Arap devletine ait olacak toprakların önemli bir bölümüne de el koydu", bkz. ATAÖV, s. 41; SAPERIA, s. 177 – 178.*

- <sup>29</sup> Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne sunulan 1949 Ateşkes Andlaşmaları şu şekildedir: İsrail – Mısır Genel Ateşkes Andlaşması (24 Şubat 1949) Egyptian-Israeli General Armistice Agreement | UN Peacemaker (Erişim Tarihi: 14.05.2024); İsrail – Lübnan Genel Ateşkes Andlaşması (22 Mart 1949) Israeli-Lebanese General Armistice Agreement | UN Peacemaker (Erişim Tarihi: 14.05.2024); İsrail – Ürdün Genel Ateşkes Andlaşması (3 Nisan 1949) Hashemite Jordan Kingdom-Israel General Armistice Agreement | UN Peacemaker (Erişim Tarihi: 14.05.2024); İsrail – Suriye Genel Ateşkes Andlaşması (20 Temmuz 1949) Israeli-Syrian General Armistice Agreement | UN Peacemaker (Erişim Tarihi: 14.05.2024).
- <sup>30</sup> Ne var ki, böyle bir bölünme hukuken egemenlikten vazgeçme anlamına gelmez, bkz. ATAÖV, s. 46; ayrıca bkz. KURT, Rıza, The Impact of The United States of America's Decision on Jerusalem on the Future of International Law and the United Nations, Bahcesehir University Social Sciences Institute Global Affairs Master Program Master Thesis, İstanbul, 2018, s. 41; DAĞ, s. 95; GÜMÜŞ, s. 77; İsrail savaştan hemen sonra 1949'da Kudüs'ün batısını başkent olarak ilan etmiş, parlamentosunu buraya taşımıştır. Buna karşın Ürdün, Kudüs'ün doğusunu ilhak ettiğini açıklamıştır. Ancak bu ilan ve ilhak girişimleri uluslararası toplum tarafından kabul görmemiştir, açıklamalar için bkz. SAPERIA, s. 178.
- <sup>31</sup> BATUK, Cengiz/MERT, Rabia: "Çatışan Kutsalların Ortasındaki Şehir: Kudüs", Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi, C.17, S. 2, 2017, s. 137.
- <sup>32</sup> SAPERIA, s. 178; GÜMÜŞ, s. 79; CATTAN, s. 4.
- <sup>33</sup> Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, İsrail'in işgal ettiği topraklardan çekilmesini talep etmiştir, Karar için bkz. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ, 242 sayılı Karar, 22 Kasım 1967 Tarih, NR024094.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024); Doktrinde bu Kararın açıkça Kudüs'e yer verilmediğinden ötürü bir belirsizliğin olduğu ileri sürülmüştür, bkz. SAPERIA, s. 178.

erdirmemiş, aksine günümüze kadar devam eden Kudüs sorununu miras bırakmıştır. Aşağıda, Kudüs'e dair ortaya çıkan sorunlara, tarafların buna ilişkin görüşlerine ve uluslararası hukuk bakımından çözüm önerilerine yer verilmiştir.

## II. KUDÜS SORUNUNUN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası hukuk bakımından Kudüs'e dair üç ana sorun bulunmaktadır. Bunlardan ilki *self determinasyon hakkı* üzerinde düğümlenmektedir. Filistin görüşü, kendi kaderini tayin etme hakkı üzerinden yükselmektedir. Bir başka ifade ile Filistin tarafı, manda yönetiminin sona ermesi ile birlikte kendi toprakları üzerinde başkenti Kudüs olan bağımsız bir devlet kurma görüşüne sahiptir<sup>34</sup>. Buna karşın İsrail tarafı, kendi görüşünü oluştururken tarihi arka plana yaslanmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere İsrailoğulları; yüzyıllar önce ve boyunca Filistin topraklarında yaşamış, çeşitli zulüm ve baskılar neticesinde bu topraklardan sürgün edilmişlerdir. Tarihi, kültürel ve hukuki haklar iddiasıyla Filistin topraklarında başkenti Kudüs olan bağımsız bir İsrail devleti görüşünü savunagelmışlerdir<sup>35</sup>. Birleşmiş Milletler'in 181(II) numaralı kararını da, Yahudilerin *self determinasyon* hakkına sahip olduğu yönüyle referans almışlardır<sup>36</sup>. İkinci ana sorun, *kuvvet kullanma yasağı* üzerinden ortaya çıkmaktadır. Filistin tarafı, Birleşmiş Milletler Şartı m. 2/4'e aykırı bir şekilde topraklarının işgal edilerek kuvvet kullanıldığı görüşünderken<sup>37</sup>; İsrail tarafı ise Birleşmiş Milletler Şartı m. 51'de yer alan meşru savunma ilkesi kapsamında kuvvet kullanıldığı görüşündedir<sup>38</sup>. Üçüncü ve son ana sorun ise *Birleşmiş Milletler kararlarının uygulamaya konması* hakkındadır. Filistin tarafı; Birleşmiş Milletler tarafından alınan kararların uygulamaya konmadığını, uluslararası hukukun çiğnendiğini ileri sürmekte ve bu kapsamda haklarının iade edilmesini talep etmektedir<sup>39</sup>. Buna karşın

<sup>34</sup> REÇBER, s. 294; ATAÖV, s. 35.

<sup>35</sup> GÜMÜŞ, s. 73; ÇEVİKLİ-FANDAJ, s. 43; ŞEVİLİ, s. 37.

<sup>36</sup> BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU, 181(II) sayılı Karar, 29 Kasım 1947 Tarih, NR003888.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024); İsrail bir yandan bu kararın referans alırken diğer yandan Kudüs'ü işgal ederek bu kararı yok saymaktadır.

<sup>37</sup> ÇİÇEK, s. 36.

<sup>38</sup> CÖMERT, İbrahim, Önleyici Meşru Savunma ve Uluslararası Hukuktaki Yeri, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Çankaya, 2006, s. 89.

<sup>39</sup> ATAÖV, s. 34.

İsraail tarafı, Birleşmiş Milletler tarafından alınan kararların kendi ulusal yetkisi kapsamında olduğunu dolayısıyla Birleşmiş Milletler'in bu konuda karar alamayacağını, bu hususun baştan Birleşmiş Milletler Şartı m. 2/7'e aykırı olduğu görüşündedir<sup>40</sup>. Bunun yanı sıra Birleşmiş Milletler kararlarının genel olarak bağlayıcı olmadığını bu kararların tavsiye niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür<sup>41</sup>. Bu üç ana soruna aşağıda sırasıyla ve kapsamlı bir şekilde değinilmiştir.

### A. Self Determinasyon Hakkı Bakımından

Milletler Cemiyeti Misakı'nın 22. maddesine göre daha önce kendilerini yöneten devletlerin egemenliğinden çıkmış, çağdaş dünyanın özellikle güç koşulları altında kendi kendilerini yönetme yeteneğinden henüz yoksun halklarının oturduğu sömürgelere ve ülkelere manda rejimi uygulanır<sup>42</sup>. Bu topluluklar, kendi kendini yönetme yeteneğine haiz oldukları vakitte bağımsız bir devlet olma hakkını elde ederler<sup>43</sup>. Bu toplulukları geçici olarak yönetecek mandater devletin belirlenmesinde her şeyden önce bu toplulukların dilekleri göz önünde bulundurulur<sup>44</sup>. Milletler Cemiyeti'nden sonra kurulan Birleşmiş Milletler, Şartında yer verdiği hüküm ile vesayet altındaki halkların kendi kendilerini yönetebilme yeteneğine sahip olmalarını ve bağımsızlıklarına kavuşmalarını amaç edinmiştir<sup>45</sup>. Şu hâlde manda ya da vesayet sisteminin amacı; bu statü altına konan toplulukların kendi kendini yönetebilme yeteneğini kazanabilmelerine ve bağımsızlıklarını elde edebilmelerine yardım etmektir. Misak ve Şart ile getirilen self determinasyon hakkından başka bir şey değildir. Self determinasyon hakkı, bir halkın kendi geleceğini tayin etmesi hakkıdır<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> ATAÖV, s. 34.

<sup>41</sup> ATAÖV, s. 34.

<sup>42</sup> MİLLETLER CEMİYETİ MİSAKI 22. madde 1. fıkra.

<sup>43</sup> MİLLETLER CEMİYETİ MİSAKI 22. madde 4. fıkra.

<sup>44</sup> MİLLETLER CEMİYETİ MİSAKI 22. madde 4. fıkra son cümle.

<sup>45</sup> BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ŞARTI 76. madde (b) bendi; Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1 ve 55. maddelerinde self determinasyon hakkı tanınmıştır.

<sup>46</sup> AURELİU, Critescu: The Right To Self-Determination Historical And Current Development on the Basis of United Nations Instruments: New York, United Nations, 1981, s. 3; DOĞAN, İlyas, Devletler Hukuku, Ankara 2013, s. 181; PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara 2018, s. 156; KOÇAK, Mustafa: "Self Determinasyon Hakkı Ve Self Determinasyon Hakkı Teorileri", DÜHFD, C. 23, S. 38, 2018, s. 94; KÜTÜKÇÜ, M. Akif, "Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi S. 12, 2004, s. 261; Aykırı görüş olarak Reçber Hocamız self determinasyon hakkının günümüzde

Bir halkın bağımsız devlet kurmak dâhil dilediği devlete bağlı olmayı seçme hakkını belirtmektedir. Uygulamada yalnızca sömürgelelikten kurtulma durumunda self determinasyon hakkının varlığı kabul edilmektedir. Bunun yerine bir devletten ayrılıp bağımsız bir devlet kurulması halinde bu hak geçerli olmaz, zira ülkelerin bütünlüğü ihlal edilmektedir<sup>47</sup>.

Self determinasyon hakkına ilişkin genel açıklamalar bunlar olmakla birlikte hem Filistin tarafı hem de İsrail tarafı kendilerinin self determinasyon hakkına sahip oldukları iddiasındadır. Bununla beraber uluslararası hukuk veçesi ile soruna yaklaşıldığında gerek İngiltere'nin gerekse de Milletler Cemiyeti ile Birleşmiş Milletler idarelerinin self determinasyon hakkına aykırı davrandıkları açıktır<sup>48</sup>. Bunun sebepleri şu şekilde ifade edilebilir:

- İngiltere 2 Kasım 1917 tarihinde Balfour Deklarasyonu'nu kabul etmiştir. Bu deklarasyon ile Filistin'de Yahudiler için milli bir vatan kurulmasına sıcak bakıldığını, Filistin'de bulunan Yahudilerin tüm haklarına sahip çıkılacağını açıklamıştır<sup>49</sup>. Deklarasyon sonrası İngiltere, 9 Aralık 1917 tarihinde Kudüs'ü ele geçirip burayı işgal etmiştir. Bu işgalin ardından 24 Temmuz 1922 tarihinde Milletler Cemiyeti'nin onayıyla İngiliz mandası dönemi başlamıştır<sup>50</sup>. Ancak bu sürecin Milletler Cemiyeti Misakı'na aykırı olduğu açıktır. Zira Filistin halkı, kendi toprakları üzerinde Yahudiler'e bazı haklar veren İngiltere'yi mandater devlet olarak kabul etmemesine rağmen Milletler Cemiyeti bu kabulsüzlüğü/rızasızlığı

---

yalnızca sömürge altındaki topluluklara özgü olduğu anlayışının anlamını yitirdiğini ileri sürmüştür, bkz. **REÇBER**, s. 265.

<sup>47</sup> **AURELİU**, s. 3; **DOĞAN**, s. 156; **KOÇAK**, s. 94; **KÜTÜKÇÜ**, s. 261; **REÇBER**, s. 265.

<sup>48</sup> Self determinasyon hakkının hukuki olmaktan çok siyasi yönü bulunmaktadır, bkz. **BATIR**, Kerem/**ARAS**, İlhan: "Self-Determinasyon Hakkı ve Filistin Devleti Bağlamında Filistin Sorunu", Nevşehir Hacı Bektaş Veli Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi C. 1, S. 1, 2011, s. 154 vd.; **KILINÇ**, Doğan, "Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1 – 2, 2008, s. 976; **DOĞAN**, s. 184; **CATTAN**, s. 5 vd.

<sup>49</sup> **SAPERIA**, s. 176; İngiltere, I. Dünya Savaşı'nda Amerika Birleşik Devletleri'nin kendi safında savaşa girmesini istemiştir. Bunun yolunun Amerika'da yaşayan Siyonistlerden geçtiğini anlamış, dolayısıyla Filistin'de bağımsız bir Yahudi devleti kurma fikrini taahhüt etmiştir, bu yönde açıklamalar için bkz. **DAĞ**, s. 85; **ŞEVLİ**, s. 43.

<sup>50</sup> **HAYYAR**, s. 117.

görmezden gelmiştir<sup>51</sup>. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere mandater devletin seçiminde manda altına alınan topluluğun rızasının alınması gerekirdi<sup>52</sup>. Bu rıza alınmamıştır<sup>53</sup>.

- Manda sisteminin amacı, manda altına alınan topluluğun kendi kendini yönetme yeteneğini kazanması ve bağımsızlığını elde etmesidir. Daha da somutlaştırmak gerekirse İngiltere, manda ilanı ile Filistin halkının kendi kendini yönetebilme ve bağımsız bir devlet kurabilme becerisini güçlendirmeyi vazife edinmiş olmalıdır. İngiltere, bağımsız Filistin devletinin kurulmasına yardım etmeyi taahhüt altına girmiş olmalıdır. Ancak İngiltere bu şekilde davranmamış, Milletler Cemiyeti tarafından manda yönetiminin onaylandığı 22 Temmuz 1922 tarihinden manda yönetiminin sona erdiği 15 Mayıs 1948 tarihine kadar Kudüs topraklarına Yahudilerin göç etmesini teşvik etmiş, bunların Kudüs'ten toprak almaları yönünde yasalar çıkarmış, Kudüs'ün 1200 yıllık demografisini değiştirmiştir<sup>54</sup>. Dolayısıyla manda sistemi ile kurulmak istenen amaca aykırı davranmıştır<sup>55</sup>. Günümüze kadar devam eden çatışmaların, hukuki ihtilafların önünü açmıştır.

- İngiltere'nin manda sisteminin sona erdirilmesi için Birleşmiş Milletlere başvurması neticesinde ortaya çıkan 29 Kasım 1947 tarih ve 181(II) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı da uluslararası hukuka aykırıdır<sup>56</sup>. Zira gerek Milletler Cemiyeti Misaki'nin 22. maddesine göre

<sup>51</sup> TOK, Abdulkadir: "Uluslararası Hukuka Göre Kudüs'ün Statüsü", İNSAMER Araştırma, 126, 2020, s. 6; REÇBER, s. 294; ATAÖV, s. 35; HAYYAR, s. 117.

<sup>52</sup> MİLLETLER CEMİYETİ MİSAKI 22. madde 4. fıkra son cümle.

<sup>53</sup> "(Buna rağmen), manda idaresi süresince düzenlemenin yahut yönetimin hukukiliğine dair ciddi ve sürekli bir itirazın söz konusu olmadığı göz önünde bulundurulduğunda bahse konu manda düzenlemesinin hukuken geçersiz olduğunu ileri sürmek oldukça güçtür", açıklamalar için bkz. HAYYAR, s. 117.

<sup>54</sup> DOĞAN, s. 186; TOK, s. 2.

<sup>55</sup> DOĞAN, s. 186; TOK, s. 2.

<sup>56</sup> Karar şu şekildedir: "Kudüs şehri bir corpus separatum olarak özel bir uluslararası rejim altına sokulacak ve Birleşmiş Milletler tarafından yönetilecektir. Sorumlulukları Birleşmiş Milletler adına ve Yönetici Otorite olarak Vesayet Kurulu yükleneyecektir' ... 'Kudüs şehri bugünkü Kudüs belediyesini ve... çevresindeki köy ve kasabaları içerecektir' ... 'Vesayet Kurulu, bu tasarrufların kabulünden sonra beş ay içinde... aşağıdaki özellikleri içine alan, ayrıntılı bir şehir statüsünü hazırlayacak ve kabul edecektir' ... 'Yöneten Otorite şu amaçlara ulaşmaya çaba gösterecektir: 1- Üç büyük tek Tanrılı dinlerin... kendine özgü manevi ve dinsel çıkarlarını korumak, 2- Şehrin tüm sakinleri arasında işbirliğini geliştirmek' ... 'Vesayet Kurulu Kudüs şehrine bir vali atayacaktır... 'Yöresel özerk birimler ...yöresel hükümet ve yönetimin geniş yetkilerine sahip olacaktır' ... 'Kudüs şehri askersizleştirilecek, tarafsızlığı ilan edilecek

gerekse de Birleşmiş Milletler Şartı 76 ve devam eden maddelerine göre manda ya da vesayet altına alınan bir bölgenin kendi bağımsızlığını eline alması ve kendi kendini yönetme becerisini kazanması amaçlanır<sup>57</sup>. Bu amaca göre 181(II) sayılı kararın içeriği başkenti Kudüs olan bağımsız bir Filistin devletinin kurulması olmalıydı<sup>58</sup>. Oysa 181(II) sayılı karar, Araplar ve Yahudilerden oluşan iki ayrı devletin kurulmasını ve Kudüs'ün uluslararası bir rejim (*corpus seperatum*) altına konmasını içeren hükümler içermiştir. Kudüs için getirilen 181(II) sayılı kararın Misak ve Şart bakımından hukuka aykırı olduğu ifade edilmelidir. Doktrindeki genel yönelim de bu şekildedir<sup>59</sup>.

*ve korunacak, sınırları içinde yarı-askeri birliklere, onların talimlerine ya da eylemlerine izin verilmeyecektir' ... 'Vali özel bir polis kuvveti oluşturacaktır' ... 'Bir Yasama Kurulunun yasa çıkarma ve vergi toplama yetkileri olacaktır' ... 'Statü bağımsız bir adalet sistemi kuracaktır' ... 'Arapça ve İbranice şehrin resmi dilleri olacaktır'... 'Şehrin sakinleri, inanç, din ve tapınma, dil, eğitim, söz ve basın; toplantı ve dernek kurma ve dilekçe hakları da dahil olmak üzere, insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanacaklardır. Sakinler-arasında ırk, din, dil ve cinsten ötürü hiçbir çeşit ayırım yapılmayacaktır' ... 'Her toplum kendi üyelerini kendi okullarında kendi dilleriyle eğitecektir' ... 'Kutsal yerlerden özgürce yararlanacaktır. Kutsal yerler ve dinsel yapılar ya da mahaller korunacaktır. Onların kutsal niteliğini bozacak hiçbir eyleme izin verilmeyecektir"', bkz. **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 181(II) sayılı Karar, 29 Kasım 1947 Tarih, NR003888.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).*

<sup>57</sup> "1917'deki işgalinden önce Filistin, Osmanlı İmparatorluğunun bir parçasıydı ve Filistinliler, İmparatorlu bünyesinde yaşayan diğer Araplar gibi, Türklerle eşit haklara sahipti. İster Arap ister Türk olsun, İmparatorluğun tüm vilayetleri üzerinde egemenliği paylaşmıştır. Birinci Dünya Savaşı'nı sona erdiren barış anlaşması, diğerlerinin yanı sıra, o zamana kadar Türkiye'nin bir parçasını oluşturan Arap vilayetlerinin bağımsızlığının tanınmasını öngörüyordu. Milletler Cemiyeti Antlaşması'nın 22. maddesinin dördüncü fıkrasında şöyle deniliyordu: Eskiden Osmanlı İmparatorluğu'na ait olan bazı topluluklar, bağımsız milletler olarak varlıklarını sürdürecekleri ana kadar manda sistemi zorunludur. Bu topluluklar, mandater devleti seçmede tercih sahibi olmalıdır. Sonuç olarak, beş yeni devlet ortaya çıktı: Irak, Lübnan, Filistin, Suriye ve Ürdün (daha sonra adını Ürdün Haşimi Krallığı olarak değiştirdi). Sözleşmenin 22. maddesinin uygulanmasında, Milletler Cemiyeti bu yeni devletleri mandalar altına aldı: Lübnan ve Suriye için Fransız mandası Irak, Filistin ve Ürdün için İngiliz mandası kuruldu. Uluslararası hukuka göre, manda sisteminin amacı Filistin'i ulusların hukukuna göre ülke üzerinde egemenlik kazanılmış bir devlet haline getirmektir. Filistin'in bir manda altına alınması, Filistin devletinin bağımsızlığını etkilemez. Zira manda kavramı, Sözleşme'nin 22. maddesinin sözleriyle, manda altındaki bölge halklarına, tek başlarına ayakta kalabilecekleri zamana kadar bir Mandater tarafından idari tavsiye ve yardım sağlamayı amaçlayan geçici bir düzenlemeydi", açıklamalar için bkz. **CATTAN**, s. 5 vd.

<sup>58</sup> Benzer görüşler için bkz. **BATIR/ARAS**, s. 154 vd; **TOK**, s. 2.

<sup>59</sup> "1948 savaşı ve Kudüs'ün askeri işgali, Filistinlilerin Manda'nın sona ermesiyle egemenliklerini etkin bir şekilde kullanmalarını engellemiş olsa da, göreceğimiz gibi, egemenlikleri; ne Kudüs'ü uluslararasılaştıran Birleşmiş Milletler kararı ne de Kudüs'ün işgali ve ilhakının

Bu kapsamda gerek İngiltere'nin gerekse de Milletler Cemiyeti ile Birleşmiş Milletler idarelerinin aldıkları kararlar ile uluslararası hukuka aykırı hareket ettikleri, Filistin'in self determinasyon hakkını ihlal ettikleri son derece açıktır<sup>60</sup>. Zira 181(II) sayılı karar ile Kudüs'e getirilen uluslararası statü, self determinasyon hakkı ihlal etmiştir. Bu karar, dönemin bağımsız Arap ülkeleri (*Irak, Mısır, Suriye, Lübnan, Ürdün, Suudi Arabistan ve Yemen*) tarafından tepkiyle karşılanmış ve self determinasyon hakkının ihlali olarak görülmüştür<sup>61</sup>. Arap ülkeleri, kararın kesinlikle kabul edilemeyeceğini, bu karara karşı sonuna kadar mücadele edeceklerini deklare etmişlerdir.

### B. Kuvvet Kullanma Yasağı Bakımından

---

*bir sonucu olarak kaybedilmemiştir. Filistinlilerin egemenlik hakkının devam eden varlığı göz önüne alındığında, işgalci gücün Kudüs'ün Eski Şehri'nin Arap sakinleri de dâhil olmak üzere Filistinlilere bir tür "özerklik" vermesini sağlamayı amaçlayan Eylül 1978 tarihli Camp David Anlaşması'nın anlamsızlığına hayret etmeden duramıyor insan. Aslına bakılırsa, sorunun özü Filistinlilerin her zaman sahip oldukları özerkliği ve hatta egemenliği elde etmeleri değil, sadece bu özerkliğin meşru sahipleri tarafından yeniden kullanılmasıdır", açıklamalar için bkz. CATTAN, s. 7.*

<sup>60</sup> Uygulamada self determinasyon hakkı yalnızca sömürge altında olan topluluklara tanınmaktadır. Bir devletten ayrılma yoluyla yeni bir devletin kurulması hususunun bu kapsamda değerlendirilmediği görülmektedir. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 24.10.1970 tarihli ve 2625(XXV) sayılı "Devletlerarasında İşbirliğine ve Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi" bu uygulamayı tescillemektedir. Şu hâlde, uluslararası hukuk uygulamasına paralel olarak Filistin'in başka bir devletten ayrılmak suretiyle yeni bir devlet kurma kapsamında olmadığı İngiliz mandası sona ererken yani sömürgelikten çıkarken bu hakka sahip olduğu açıktır, benzer yönde açıklamalar için bkz. PAZARCI, s. 148; KÜTÜKÇÜ, s. 274; KILINÇ, s. 976; BATIR/ARAS, s. 154 vd.; DOĞAN, s. 186.

<sup>61</sup> TOK, s. 3.



Birleşmiş Milletler, uygulanan haklı savaş uygulamasını ortadan kaldırmış ve ilke olarak evrensel düzeyde “*kuvvet kullanma yasağı*” getirmiştir<sup>62</sup>. Bu kapsamda kesin yasak içeren hüküm şu şekildedir<sup>63</sup>:

*“Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin Amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar.”*

Şu hâlde, devletlerin kuvvet kullanmaları yasaktır. Bunun tek istisnası meşru savunma halidir. Birleşmiş Milletler Şartının 51. maddesinde yer alan hükme göre;

*“Bu Andlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri almaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hâle getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyine bildirilir ve Konseyin işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez”.*

Bir devletin başka bir devlet topraklarına saldırması, burayı işgal etmesi, fetih yoluyla toprak kazanması kesin olarak yasaklanmıştır. Bunun tek istisnası, bir devlete yönelen saldırı halinin varlığıdır<sup>64</sup>. Saldırı

<sup>62</sup> Kuvvet kullanma yasağı Birleşmiş Milletler’den çok önce bir teamül kuralı olarak vardı, açıklamalar için bkz. **CZAPLIŃSKI**, Władysław: “Customary International Law On The Use of Force”, Wrocław Review, C. 8, S. 2, 2018, s. 99; **PETRESKI**, Milorad: “The International Public Law And The Use of Force By The States”, Journal of Liberty and International Affairs | C. 1, S. 2, 2015, s. 2; **PETERS**, Katie: “International Law And The Use of Force”, QUTLJJ, C. 4, S. 2, 2004, s. 2; **KARADAĞ**, Ulaş: “Birleşmiş Milletler Antlaşması’na Göre Meşru Savunma Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2016, s. 174; **ACER**, Yücel/**KAYA**, İbrahim, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Ankara 2021, s. 370; **BEYOĞLU**, Cem Ümit, Kuvvet Kullanma Yasağı Kapsamında Devletlerin Bireysel Meşru savunma Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, 2016, s. 12; **CÖMERT**, s. 6; **GÜNDÜZ**, Aslan, Milletlerarası Hukuk, Ankara 2018, s. 87; **PAZARCI**, s. 553; **DOĞAN**, s. 133.

<sup>63</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ŞARTI** 2. madde 4. fıkra.

<sup>64</sup> Saldırının tanımına ilişkin bir uluslararası andlaşma bulunmamakla birlikte bu konuda Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 3314 (XXIX) sayılı, 14 Aralık 1974 tarihli “Saldırının Tanımlanması” Kararı yol göstericidir. İlgili Karar’da saldırının tanımı yapılmıştır. Buna göre saldırı, bir devletin diğer devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu tanımda belirtildiği üzere Birleşmiş

halinde, saldırıyı durduracak oranda bir kuvvet kullanılması hukuken geçerlidir.

Filistin tarafı, Kudüs'ün işgal edilmesinin kuvvet kullanma yasağının ihlali (*Birleşmiş Milletler Şartı m. 2/4*) kapsamında olduğu görüşündeyken; İsrail tarafı bu durumun meşru savunma ilkesi (*Birleşmiş Milletler Şartı m. 51*) kapsamında olduğu görüşündedir. Ancak uluslararası hukuk bakımından İsrail'in görüşünün desteklenmesi mümkün görünmemektedir. Şöyle ki;

- Birleşmiş Milletler, 181(II) sayılı karar ile Filistin'de iki yapılı bir devlet kurulmasını ve Kudüs'ün uluslararası statü altına alınarak kendi yönetimi tarafından idare edilmesini kararlaştırmıştır. Bu karar, yukarıda da ifade edildiği üzere Filistin halkının self determinasyon hakkını ihlal eden bir karardır. Buna rağmen İsrail tarafının bu karara aykırı hareket ettiği ve kuvvet kullanma yasağı kapsamında eylemlere giriştiği açıktır<sup>65</sup>. İngiliz askerleri 14 Mayıs 1948'de Filistin topraklarından çekilir çekilmez, İsrail bağımsızlığını ilan etmiştir. Ancak bu ilan, 181(II) sayılı karara aykırı olarak Kudüs'e müdahaleyi içeren bir ilandır. Kudüs'e yapılan müdahale üzerine Mısır, Suriye, Ürdün ve Lübnan devletleri İsrail'e savaş ilan etmiş, böylece ilk Arap – İsrail savaşı patlak vermiştir. İsrail, savaş neticesinde Kudüs'ün batısını ele geçirmiştir<sup>66</sup>. İsrail, Kudüs'e ilişkin Birleşmiş Milletler kararlarını reddederek savaşta işgal ettiği Kudüs topraklarını kendi egemenliği altında tutmak için Kudüs'ün batısına önce

---

Milletler Şartı ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır, bkz. **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 3314 (XXIX) sayılı Karar, 14 Aralık 1974 Tarih, nr073916.pdf (un.org) (Erişim Tarihi:14.05.2024).

<sup>65</sup> Doktrinde, self determinasyon ilkesinin bir sonucu olarak Kudüs üzerinde Filistinlilerin egemenlik hakkı olduğu, 181(II) sayılı Kararın bu egemenlik yetkisine halel getiremeyeceği ileri sürülmüştür, bkz. "*Şimdi üzerinde düşünülmesi gereken soru, Kudüs'ün 181 sayılı kararla ulusallaştırılmasının Birleşmiş Milletler'e veya Vesayet Konseyi'ne egemenlik verip vermediği veya Filistin halkının Kudüs üzerindeki egemenliğini etkileyip etkilemediğidir. Cevap, kararın bu iki etkiden herhangi birine sahip olmadığıdır. Karar, Birleşmiş Milletler'e veya Vesayet Konseyi'ne Kudüs konusunda bir ayrıcalık vermemiştir. Kararın Vesayet Konseyi'ne Kudüs'ü Birleşmiş Milletler adına yönetme yetkisi atfetmesi, Vesayet Konseyi'ne veya Birleşmiş Milletler'e Şehir üzerinde egemenlik kazandırma etkisine sahip değildir*", açıklamalar için bkz. **CATTAN**, s. 8.

<sup>66</sup> Bu savaşta Kudüs'ün batısını İsrail, doğusunu Ürdün ilhak etmiştir. Ancak bunlardan yalnızca İsrail'in eylemi kuvvet kullanma yasağı kapsamında değerlendirilebilir. Zira Ürdün'ün ilhak eylemi self determinasyon hakkına sahip olan Filistin halkının ulusal meclisince kararlaştırılmıştır, açıklamalar için bkz. **CATTAN**, s. 10; Ayrıca bkz. **ÇİÇEK**, s. 36; **BATUK/MERT**, s. 136.

Yüksek Mahkemesini, sonra *Knesset'i* (Parlamento) taşımıştır<sup>67</sup>. 23 Ocak 1950'de Knesset, Kudüs'ün kendisine düşen kesimini, diğer bir ifadeyle Kudüs'ün batısını İsrail devletinin başkenti ilan etmiştir<sup>68</sup>. İşgal ile ele geçirilen Kudüs'ün batısı üzerindeki bu tasarrufların kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiği açıktır<sup>69</sup>.

- İsrail, 1948'de işgal yoluyla ele geçirdiği Kudüs'ün batısı ile yetinmemiş, doğusunu da ele geçirmek üzere hazırlıklara girişmiştir. Arap devletlerinin kendisine saldıracağı iddiasıyla 5 Haziran 1967 tarihinde Mısır, Suriye, Ürdün ve Filistin'e saldırmıştır. Altı gün süren savaşlar neticesinde İsrail; Mısır'dan Sina Yarımadası'nı, Suriye'den Golan Tepeleri'ni, Filistin'den Gazze ve Batı Şeria bölgelerini ele geçirmiştir<sup>70</sup>. Yanı sıra; batısına hükmettiği Kudüs'ün doğusunu da bu savaş neticesinde Ürdün'den almıştır. Nihayetinde 1967'de meydana gelen savaş neticesinde İsrail, Kudüs'ün tamamını ele geçirmiştir<sup>71</sup>. Bu durum kuvvet kullanma yasağının ihlali niteliğindedir. Bu ihlallere karşın İsrail'in geliştirdiği meşru savunma tezi uluslararası hukuk uygulaması ile çelişmektedir<sup>72</sup>. Birincisi; meşru savunma ilkesine dayanmak için öncelikle İsrail'e bir saldırının gerçekleşmesi gerekir<sup>73</sup>. Ancak saldırı şartı gerçekleşmemiştir<sup>74</sup>. İkincisi; İsrail tarafından ileri sürülen önleyici meşru savunma tezi, varlığı tartışmalı bir tezdır<sup>75</sup>. Zira önleyici meşru savunma tezinde, çok güçlü bir

<sup>67</sup> ATAÖV, s. 42.

<sup>68</sup> ATAÖV, s. 43; TOK, s. 3.

<sup>69</sup> ÇİÇEK, s. 36.

<sup>70</sup> DAĞ, s. 97.

<sup>71</sup> KURT, s. 42.

<sup>72</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ile Güvenlik Konseyi, İsrail'in meşru savunma hakkına başvuramayacağını, şartların oluşmadığını ileri sürse de İsrail'in saldırısı özel olarak kınanmamıştır, bkz. CÖMERT, s. 89.

<sup>73</sup> GÜNDÜZ, s. 126; ACER/KAYA, s. 374.

<sup>74</sup> Örneğin silahlı saldırı şartı gerçekleşmemesine rağmen İsrail, 27.6.1976 tarihinde Uganda'nın Entebbe Havaalanı'na kaçırılan uçaktaki vatandaşlarını ve iç savaş çıkan Etiyopya'daki Yahudiler'i kurtarmak için kuvvet kullanma yoluna başvurmuş ve bunu meşru savunma ilkesi kapsamında yaptığını ileri sürmüştür. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi silahlı saldırının gerçekleşmediğinden bahisle bu tezi reddetmiş ancak buna rağmen herhangi bir yaptırım kararı almamıştır, bkz. CÖMERT, s. 13.

<sup>75</sup> Doktrinde ağırlıklı görüş, silahlı saldırı şartı gerçekleşmeden meşru savunma hakkına başvurulamayacağını ileri sürmektedir. Birleşmiş Milletler Şartı 51. maddeden de önleyici meşru savunmayı kapsar bir tanım çıkmamaktadır, bkz. NUHİÇ, Hazir, Uluslararası Hukuk ve Birleşmiş Milletler Kararları Çerçevesinde Saldırı Kavramı,

saldırı tehdidinin varlığı halinde saldırı gerçekleşmeden de meşru savunma ilkesi kapsamında kuvvet kullanılması söz konusudur<sup>76</sup>. Üçüncüsü; meşru savunma ilkesi saldırıya uğrayan bir devletin saldırı ile orantılı (*saldırını durduracak ve etkilerini ortadan kaldıracak ölçüde*) kuvvet kullanmasını içerir, bunun yerine işgal yoluyla toprak kazanılmasını içermez<sup>77</sup>.

Anlaşılabacağı üzere İsrail, kuvvet kullanma yasağını ihlal ederek önce Kudüs'ün batısını ardından doğusunu ele geçirerek şehrin tamamını işgal etmiştir<sup>78</sup>. 23 Ocak 1950'de Kudüs'ün batısını başkenti ilan etmiş, 30 Temmuz 1980 tarihinde çıkardığı Tek Yasa ile batı ile doğuyu içerecek şekilde Kudüs'ün başkenti olduğunu kanun hükmü ile tescillemiştir<sup>79</sup>. Bu ilan ve tescil, uluslararası hukuka aykırıdır ve geçerliliği bulunmamaktadır. Zira kuvvet kullanma yasağı, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesi kapsamında uluslararası kamu düzenine ilişkin jus cogens kuralıdır<sup>80</sup>. Jus cogens kurallar, uluslararası normlar

---

Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s. 28; ÇULLU, Fatih, Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Programı Uluslararası Çatışma Hukukuna Göre Önleyici Meşru Savunma Doktrininin Gelişimi ve Örnek Olay İncelemesi, Yüksek Lisans Tezi, Milli Savunma Üniversitesi Alparslan Savunma Bilimleri ve Milli Güvenlik Enstitüsü Müdürlüğü Güvenlik Araştırmaları Anabilim Dalı, Ankara, 2022, s. 65; DEĞDAŞ, Ulaş Can: "Uluslararası Hukukta Önleyici Meşru savunma Hakkı" Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 6, 2018, s. 37; CÖMERT, s. 78; DAĞ, s. 97.

<sup>76</sup> DEĞDAŞ, s. 30; NUHİÇ, s. 28; CÖMERT, s. 68; DOĞAN, s. 165; GÜNDÜZ, s. 126; ACER /KAYA, s. 374; ÇULLU, s. 65.

<sup>77</sup> GÜNDÜZ, s. 126; PAZARCI, s. 561; ACER/KAYA, s. 374.

<sup>78</sup> "1948'de Kudüs'ün batısı İsrail, doğusu Ürdün tarafından ilhak edildi. Ancak bu iki ilhak eylemi birbirleriyle aynı anlamı taşımaz. İsrail'in ilhaki, uluslararası ilişkilerin açık bir ihlalidir, işgal eylemidir. Ürdün'ün ilhaki ise 24 Nisan 1950'de Amman'da eşit sayıda Filistinli ve Ürdünlüden oluşan bir ulusal meclis tarafından kabul edilen bir karara uygun olarak gerçekleştirilen Ürdün ve Filistin birliğinin sonucudur. Haziran 1967'de İsrail, Kudüs'ün tamamını işgal etti", açıklamalar için bkz. CATTAN, s. 10; ATAÖV, s. 44; KURT, s. 42.

<sup>79</sup> NOVİANİ, Riktin/PRATAMA, Garry Gumelar: "Legitimization of Jerusalem Embassy Act According to International Law", *Diponegoro Law Review* C. 6, S. 1, 2021, s. 119; TOK, s. 4; KURT, s. 51.

<sup>80</sup> Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne ilişkin taslak metin üzerinde çalışılırken, Uluslararası Hukuk Komisyonu üyelerinin jus cogens kurallarının ne olduğuna dair verdikleri örnekler madde şerhinde yer almaktadır. Bu örnekler arasında kuvvet kullanma yasağı da sayılmıştır, bkz. YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 1966: 248. [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1966\\_v2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf), (Erişim Tarihi: 14.05.2024); Uluslararası Adalet Divanı vermiş olduğu bir kararda kuvvet kullanma yasağının jus cogens kuralı olduğunu kabul etmiştir, bkz. ULUSLARARASI ADALET DİVANI, "Nikaragua'ya Karşı Askeri ve

hiyerarşisinin tepesinde bulunur<sup>81</sup>. Bu kurallar, diğer kurallardan önce uygulanır ve bunlara aykırı kurallar batıldır<sup>82</sup>. Şu hâlde İsrail'in, kuvvet kullanma yasağına aykırı olarak Kudüs'ün hem doğusunu hem batısını işgal etmesi uluslararası hukuk bakımından batıldır<sup>83</sup>.

### C. Birleşmiş Milletler Kararlarına Riayet Bakımından

Birleşmiş Milletler 1948 yılından günümüze kadar Kudüs üzerine pek çok sayıda kararlar almıştır. Bunları şu şekilde özetlemek mümkündür<sup>84</sup>:

- Birleşmiş Milletler tarafından ilk olarak 181(II) sayılı karar alınmıştır<sup>85</sup>. Bu karar; self determinasyon hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna rağmen İsrail bu karara uymamış ve bunun neticesinde

---

Paramiliter Faaliyetler Hakkında Dava”, 27.6.1986, prg. 190, s. 90, 070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf (icj-cij.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024); ayrıca bkz. **TOSUN**, Fatih: “Uluslararası Hukuk'ta “Kuvvet Kullanma ve Karışma” Kavramlarının Değişen Anlamı”, Güvenlik Stratejileri Dergisi, C. 5, S. 9, 2009, s. 98; **CÖMERT**, s. 42; **BEYOĞLU**, s. 21 vd.

<sup>81</sup> **GÜNDÜZ**, s. 29.

<sup>82</sup> **VİYANA ANDLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ** 53. madde.

<sup>83</sup> 1948'de Kudüs'ün batısı İsrail tarafından doğusu Ürdün tarafından ilhak edilmiştir. Ancak her ikisi birbirinden farklıdır. Yalnızca İsrail tarafından uygulanan ilhak, kuvvet kullanma yasağı kapsamında değerlendirilebilir. Zira “1948'de Kudüs'ün batısı İsrail, doğusu Ürdün tarafından ilhak edildi. Ancak bu iki ilhak eylemi birbiriyle aynı anlamı taşımaz. İsrail'in ilhaki, uluslararası ilişkilerin açık bir ihlalidir, işgal eylemidir. Ürdün'ün ilhaki ise 24 Nisan 1950'de Amman'da eşit sayıda Filistinli ve Ürdünlüden oluşan bir ulusal meclis tarafından kabul edilen bir karara uygun olarak gerçekleştirilen Ürdün ve Filistin birliğinin sonucudur. Haziran 1967'de İsrail, Kudüs'ün tamamını işgal etti”, açıklamalar için bkz. **CATTAN**, s. 10.

<sup>84</sup> “...(Birleşmiş Milletler 1947-1967 arasında Kudüs'ün statüsüne dair daha net bir tavır sergilerken, 1967 sonrası doğu Kudüs'ün de İsrail tarafından işgaliyle daha çok işgale karşı ateşkes ve kınama kararlarıyla gündeme gelmiştir.”, açıklamalar için bkz. **TAŞBAŞI-ABUSENENH**, Sema Nur, Birleşmiş Milletler Kararları Çerçevesinde Kudüs'ün Hukuki Statüsü, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Araştırmaları Enstitüsü Ortadoğu Ülkeleri Hukuk Sistemleri Anabilim Dalı, İstanbul, 2021, s. 33; ayrıca bkz. **KALKAN-ÖZHELVACI**, Esra, A Study of The United Nations' Peace Initiatives on the Palestinian- Israeli Issues, Yüksek Lisans Tezi, Social Sciences University of Ankara Institute of Graduate Studies Master of Arts in Quds, Ankara, 2022, s. 69 – 84.

<sup>85</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 181(II) sayılı Karar, 29 Kasım 1947 Tarih, NR003888.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

1948 Arap – İsrail savaşı çıkmıştır. Savaşın sonunda İsrail, Kudüs'ün batısını işgal etmiştir<sup>86</sup>.

- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 54(1948) sayılı Karar ile 15 Temmuz 1948 tarihinde taraflara ateşkes çağrısında bulunmuştur<sup>87</sup>. Taraflar bu ateşkes çağrısını 17 Temmuz 1948 tarihinde kabul etmiştir<sup>88</sup>. 20 Temmuz 1948 tarihinde Mütareke Komisyonu aracılığıyla Kudüs'te Arap ve Yahudi kesimlerini ayıran bir sınır andlaşması yapılmıştır. Bu andlaşma, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 181(II) sayılı kararına dayanırılmış olsa da andlaşma uygulamaya konmamış, hatta bunu teftiş etmek için bölgeye gönderilen Birleşmiş Milletler arabulucusu *Kont Folke Bernadotte*, 17 Eylül 1948 tarihinde Kudüs'teki Yahudi terör örgütü "*Stern*" teröristleri tarafından öldürülmüştür<sup>89</sup>.

- İsrail, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 15 Temmuz 1948 tarihli ateşkes çağrısını kabul etmesine rağmen işgal girişimlerine devam etmiştir. Bunun üzerine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 11 Aralık 1948'de 194 (III) sayılı karar kabul edilmiştir<sup>90</sup>. Bu karara göre Kudüs, ayrı bir statü altına alınmış (*corpus separatum*), askerden arındırılmış ve Birleşmiş Milletler gözetimine bırakılmıştır. Uzlaştırma Komisyonu'nun bu planı Kudüs'ün bölünmüşlüğüne esas aldığı için Genel Kurul'da benimsenmemiş; ardından Genel Kurul 9 Aralık 1949'da 303 (IV)21

<sup>86</sup> Doktrinde ileri sürülen görüşe göre Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından alınan 181(II) sayılı Karar, Filistin'in Kudüs üzerindeki egemenlik hakkına hanel getirilmemiştir. Şu hâlde İsrail'in işgali başta kuvvet kullanma yasağına ve self determinasyon ilkesine aykırıdır. Doktrindeki görüşlerden bir tanesi şu şekildedir: "*Şimdi üzerinde düşünülmesi gereken soru, Kudüs'ün 181 sayılı kararla ulusallaştırılmasının Birleşmiş Milletler'e veya Vesayet Konseyi'ne egemenlik verip vermediği veya Filistin halkının Kudüs üzerindeki egemenliğini etkileyip etkilemediğidir. Cevap, kararın bu iki etkiden herhangi birine sahip olmadığıdır. Karar, Birleşmiş Milletler'e veya Vesayet Konseyi'ne Kudüs konusunda bir ayrıcalık vermemiştir. Kararın Vesayet Konseyi'ne Kudüs'ü Birleşmiş Milletler adına yönetme yetkisi atfetmesi, Vesayet Konseyi'ne veya Birleşmiş Milletler'e Şehir üzerinde egemenlik kazandırma etkisine sahip değildir*", açıklamalar için bkz. CATTAN, s. 8.

<sup>87</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 54 (1948) sayılı Karar, 15 Temmuz 1948 Tarih, Karar 54 (1948) / (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>88</sup> TOK, s. 3; ÇEVLİKLİ-FANDAJ, s. 57.

<sup>89</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından alınan bir kararla arabulucu atanması kararı verilmiş, arabulucu olarak İsveç Kralı'nın yeğeni ve İsveç Kızılhaç Örgütü Başkanı Kont Bernadotte seçilmiştir, ilgili Genel Kurul kararı için bkz. **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 186 (II) sayılı Karar, 20 Mayıs 1948 Tarih, nr004124.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 14.05.2024); Doktrindeki görüşler için bkz. TOK, s. 3.

<sup>90</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 194 (III) sayılı Karar, 11 Aralık 1948 Tarih, NR004365.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

sayılı kararı almıştır<sup>91</sup>. Kararda daha önce alınan 181(II) ve 194 sayılı kararlara atıfta bulunulmuş ve Kudüs'ün kalıcı olarak uluslararası bir sistemin kontrolünde, ayrı bir yönetimle (*corpus seperatum*) idare edileceği vurgulanmıştır. İsrail, Kudüs'e ilişkin bu kararları uygulamayacağını ilan etmiştir. Bu kapsamda savaşta işgal ettiği Kudüs topraklarını kendi egemenliği altında tutmak için Kudüs'ün batısına önce Yüksek Mahkemesini, sonra Knesset'i taşımıştır. 23 Ocak 1950'de Knesset, Kudüs'ün batısını İsrail devletinin başkenti ilan etmiştir<sup>92</sup>.

- 1967 yılına kadar Kudüs'ün statüsünde herhangi bir değişiklik olmamıştır. Ancak 1967 Arap - İsrail Savaşı'nda İsrail, Kudüs'ün doğusunu da işgal etmiştir<sup>93</sup>. Kudüs bu tarihten sonra tamamen İsrail'in kontrolüne girmiştir. Bunun üzerine, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Pakistan'ın başvurusu ile 4 Temmuz 1967 tarihinde İsrail'in Kudüs'ün statüsünü değiştirmeye yönelik faaliyetlerinden derin endişe duyduğunu, Kudüs bakımından İsrail'in kendi iç hukukunda aldığı kararların geçersiz olduğunu beyan eden 2253 (ES-V) sayılı kararı almıştır<sup>94</sup>. Ardından 14 Temmuz 1967 tarihinde İsrail'i kınayan ve Kudüs'ün statüsünü değiştirecek türden eylemlerden vazgeçmesini isteyen 2254 (ES-V) sayılı kararı kabul etmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 1967'deki savaşın ardından güç kullanarak toprak ilhakını engelleyen 242 sayılı kararı almıştır<sup>95</sup>. Kararda, İsrail'in Kudüs'ün doğusu dâhil olmak üzere işgal ettiği topraklardan çekilmesi istenmiştir. Bu karar İsrail'in Kudüs'ün doğusundaki egemenliğini işgal olarak görmekte, buna karşın Kudüs'ün batısındaki İsrail varlığını meşrulaştırmaktadır<sup>96</sup>. Bu da Kudüs'ün hukuki statüsünü zedelemektedir. Buna rağmen İsrail, 242 sayılı karara uymamış, işgalini devam ettirmiştir.

- İzleyen yıl Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi yeni bir karar alarak; askerî fetih yoluyla toprak kazanmanın kabul edilemez olduğunu

<sup>91</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 303 (IV)21 Karar, 9 Aralık 1949 Tarih, NR005122.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>92</sup> **KURT**, s. 51.

<sup>93</sup> **CATTAN**, s. 10; **KURT**, s. 42.

<sup>94</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 2253 (ES-V) sayılı Karar, 4 Temmuz 1967 Tarih, NR020913.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>95</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 242 sayılı Karar, 22 Kasım 1967 Tarih, NR024094.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>96</sup> **TOK**, s. 4.

açıklamıştır<sup>97</sup>. Aynı kararda, İsrail'in daha önceki kararlara uymadığı hatırlatılarak, Kudüs'ün uluslararası hukuk statüsünü değiştirmek amacıyla topraklara el koyma faaliyetlerinin geçersiz olduğu ve İsrail'in bu eylemlerinden vazgeçmesi gerektiği belirtilmiştir. Karar da, aynı zamanda Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından daha önce alınmış olan 2253(ES-V) ve 2254(ES-V) sayılı kararlar da hatırlatılmıştır. Bu karar 1967 işgali sonrasında Kudüs konusunda alınan ilk karar olma özelliği taşımaktadır. İsrail bu karara da uymamış ve Kudüs üzerindeki işgalini sürdürmüştür.

- 1967 savaşı sonrası İsrail'in Kudüs'ün hukuki statüsünü değiştirmeye yönelik eylemlerinin hız kazanması üzerine, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Temmuz 1969'da İsrail'in "Kudüs'ün statüsünü değiştirmeye yönelik" girişimlerini kınayan ve 252 sayılı kararındaki ifadeleri tekrar eden 267 sayılı kararı almıştır<sup>98</sup>. Ancak İsrail bu karara uymak bir kenara dursun, Kudüs'te Müslümanların kutsal mekânı Mescid-i Aksa'nın 12 Ağustos 1969'da kundaklanmasına neden olan politikalar yürütmüştür. Bu saldırıdan sonra Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından, İsrail'in izlediği yıkıcı tutumdan vazgeçmesi ve uluslararası hukuk kurallarını gözetmesi gerektiğini belirten 271 sayılı yeni bir karar alınmıştır<sup>99</sup>.

- 30 Temmuz 1980'de Knesset, Kudüs'ü "*tam ve birleşik*" olarak ilan edip doğu ve batı ayrımını kaldıran Tek Yasa'yı onaylamış ve Kudüs'ü İsrail'in ebedi başkenti ilan ederek ilhak etmiştir<sup>100</sup>. Bu Yasa üzerine Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 20 Ağustos 1980 tarihinde 478 sayılı Kararı almış; ilgili Karar'da Knesset kararının uluslararası hukuku ihlal ettiğini vurgulanmıştır<sup>101</sup>. Kudüs'ün karakterini ve statüsünü değiştiren ya da değiştirmeye yönelik tüm kanuni, idari tedbir ve benzeri faaliyetlerin geçersiz ve hükümsüz olduğu bildirilmiştir. İsrail'in 1949 Cenevre Konvansiyonu'nu ihlal ettiği ifade edilmiştir. Zira 4. Cenevre

<sup>97</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 252 sayılı Karar, 21 Mayıs 1968 Tarih, Resolution 252 (1968) / (un.org) (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>98</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 267 sayılı Karar, 3 Temmuz 1969 Tarih, Resolution 267 (unscr.com), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>99</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 271 sayılı Karar, 15 Eylül 1969 Tarih, Security Council Resolution 271 - UNSCR, (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>100</sup> **SAPERIA**, s. 178; **KURT**, s. 51; **CATTAN**, s. 4.

<sup>101</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 478 sayılı Karar, 20 Ağustos 1980 Tarih, Security Council Resolution 478 - UNSCR, (Erişim Tarihi: 14.05.2024).



Sözleşmesi'ne göre, bir bölgeyi işgal eden devlet, işgalci güç olarak savaş süresince o bölgeyi kendi topraklarına katamayacağı gibi, işgal altındaki toprakların sadece geçici yöneticisi olarak hareket edebilir. Bu sözleşme doğrultusunda, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi; Knesset kararının geçersiz olduğunu açıklamış ve Kudüs'te diplomatik çalışma yürüten devletleri, çalışmalarını geri çekmeye davet etmiştir<sup>102</sup>. Doktrinde de İsrail tarafından Kudüs'ün tam ve birleşik ilanı ile ebedi başkent olarak duyurulması eleştirilmiştir<sup>103</sup>. Ancak buna rağmen İsrail, Yasayı uygulamaya devam etmiştir.

- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 6 Aralık 1990 tarihinde alınan 45/69, 16 Aralık 1991 tarihinde alınan 46/82, 14 Aralık 1993 tarihinde alınan 48/59, 6 Aralık 1995 tarihinde alınan 50/29 ve 9 Aralık 1997 tarihinden alınan 52/53 sayılı Kararlar ile öncekilerde olduğu gibi, İsrail'in Kudüs'teki varlığının uluslararası hukuka aykırı olduğu teyit edilmiş ve şehrin statüsünü değiştirmeye yönelik girişimler reddedilmiştir. Ancak bu kararlar İsrail'in devlet uygulamalarını değiştirmemiştir<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin bu çağrısı etkili olmuş ve 13 Devlet Büyükelçiliklerini Kudüs'ün batısına geri çekmiştir. 1982'te Kosta Rika, akabinde El Salvador bu kapsamda örnek verilebilir, açıklamalar için bkz. **SAPERIA**, s. 178.

<sup>103</sup> "181 sayılı Genel Kurul Kararı, uluslararası hukukun resmi bir kaynağıdır, çünkü kararda yer alan hükümler, uluslararası teamül hukuku, yani *opinio juris*'in oluşturulması gibi gereklilikleri yerine getirmiştir. Uluslararası hukukun resmi bir kaynağı olarak bağlayıcı bir özelliğe sahiptir ve bu nedenle İsrail, Filistin ve Amerika Birleşik Devletleri gibi devletleri bağlar. (...) İsrail hala BM üyesi bir devlet olarak karara bağlıdır. Kudüs Büyükelçilik Yasası, özellikle 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ve ilgili BM kararlarında yer alan hükümleri ihlal ettiği için uluslararası hukuka göre geçersizdir. Kudüs, İsrail'in bölgesel egemenliği altında değildir, çünkü Kudüs, 181 sayılı Karara göre bir *corpus separatum*'dur, bu nedenle şehir üzerindeki herhangi bir egemenlik iddiasını geçersiz kılar. Dahası, işgalci bir güç olarak İsrail, Kudüs'ün egemenliği olduğunu iddia edemez, çünkü Kudüs uluslararası insancıl hukukun hükümlerini, özellikle de 1917 Lahey Sözleşmesi ve Cenevre Sözleşmesi I - IV'ü ihlal etmiştir. VCDR, diplomatik bir misyonun kabul eden devletin topraklarında kurulması gerektiğini belirttiğinden, bu durum, Kudüs Büyükelçiliği Yasasını yasadışı hale getirmiştir. Filistin ve İsrail sorununun hala çözümsüz bırakılması ve anlaşmazlıkların çözümü hala devam eden bir süreç olması nedeniyle, uluslararası barış ve güvenliği korumak için Kudüs Büyükelçiliği Yasası'nın ABD parlamentosu tarafından geri çekilmesi gerektiğini belirtmek en iyisidir", açıklamalar için bkz. **NOVIANİ/ PRATAMA**, s. 119.

<sup>104</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararlar bununla sınırlı değildir. Birleşmiş Milletler'in 1947'den günümüze kadar almış olduğu kararların listesi için bkz. **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER**, Filistin Sorunu, Resolution Archives - Page 69 of 69 - Question of Palestine (un.org) (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

- Aralık 2017’de Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Trump, Kudüs’ü İsrail’in başkenti olarak kabul ettiğini açıklamıştır<sup>105</sup>. Trump’ın uluslararası hukuka aykırı olan Kudüs kararına karşılık, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 21 Aralık 2017 tarihli 10/19 sayılı Karar alınmıştır<sup>106</sup>. Kararda, Kudüs’ün uluslararası statüsünü, karakterini veya demografik yapısını değiştirme niyetindeki kararların yasal bir etkisi olmadığı belirtilerek, şehrin nihai statüsünün Birleşmiş Milletler kararları çerçevesinde yürütülecek müzakereler sonucunda belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ancak buna rağmen Amerika Birleşik Devletleri Büyükelçiliği’ni Kudüs’e taşımıştır.

Anlaşılabileceği üzere 1948’den günümüze kadar Birleşmiş Milletler tarafından alınan onlarca karar bulunmaktadır. Ancak İsrail bu kararların hiçbirine uymamıştır<sup>107</sup>. İsrail bu noktada iki görüşten hareket etmiştir. İlk olarak; İsrail’e göre Kudüs sorunu İsrail’in ulusal yetkisi kapsamındadır, Birleşmiş Milletler Şartı m. 2/7 gereğince Birleşmiş Milletlerin bu konuda karar alma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak bu görüş kendi içerisinde sorunludur. Zira kuvvet kullanma yasağının ihlali ile Kudüs’ün hem batısının hem doğusunun işgal edilmesi “ulusal yetki” sınırları içerisinde değerlendirilemez<sup>108</sup>. Kaldı ki İsrail, Birleşmiş Milletler üyeliğine başvurduğunda, başvurunun kabulü için ileri sürülen şartlar arasında sunulan - *Kudüs’ün uluslararası rejim statüsünün tanınması ve bunun ulusal yetki içerisinde görülmemesi*- şartını kayıtsız şartsız kabul etmiştir<sup>109</sup>. Bu kabul ile 11

<sup>105</sup> Bu kararın dayanağı 1995 tarihli Kudüs Büyükelçiliği Yasası’dır. Yasa çıkarıldığı vakit uygulamaya koyulmayıp yürürlüğü ertelenmiştir, açıklamalar için bkz. SAPE-RIA, s. 178; TOK, s. 5; KURT, s. 81.

<sup>106</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 10/19 sayılı Karar, 21 Aralık 2017 Tarih, a\_res\_es\_10\_19.pdf (securitycouncilreport.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>107</sup> İsrail egemen bir devlet olmasına rağmen Kudüs’te askeri işgal ile çoğu defa hareket etmiştir. Bu kapsamda şehrin yasal statüsünü bozacak şekilde demografik, fiziksel, tarihi unsurları değiştirmiş ve bu uygulamayı sürekli hale getirmek için sert tedbirler almıştır. Bu şekilde uluslararası hukuk ve Birleşmiş Milletler kararları ihlal edilmiştir, bkz. CATTAN, s. 4.

<sup>108</sup> Doktrinde yapılan açıklamalar ve ileri sürülen görüşlerden bu sonuç çıkmaktadır, bir örnek için bkz. GILMOUR, D. R.: “The Meaning of “Intervene” within Article 2 (7) of the United Nations Charter – An Historical Perspective”, Cambridge University Press C. 16, S. 2, 2008, s. 338.

<sup>109</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 3. Oturum Resmi Kayıtları, Ad Hoc Siyasi Komite, 2. Bölüm, 1949 s. 302, erişim için bkz. Genel Kurul Resmi Kayıtları, 3. oturum Bölüm II, Ad Hoc Siyasi Komite, 1949: ekler (un.org), (Erişim Tarihi 14.05.2024).

Mayıs 1949 tarihinde Birleşmiş Milletler'e üye olmuş, üyelik kabulünü içeren 273 sayılı Karar'da verdiği taahhütler yinelenmiştir. Buna rağmen İsrail bu taahhütlerine aykırı davranmıştır. Bunun yanı sıra İsrail tarafı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından alınan kararların bağlayıcı olmadığını bunların tavsiye niteliğinde olduğunu ileri sürmüş, dolayısıyla bu kararlara uymayacağını ilan etmiştir<sup>110</sup>.

İsrail'in bu görüşlerinin yanı sıra Birleşmiş Milletler sisteminin kitli olduğu, sorunların çözümünde yetersiz kaldığı, Birleşmiş Milletler tarafından alınan kararlara hiçbir şekilde riayet edilmediği ya da bu kararlara riayet edilmesi için gereken mekanizmaların uygulamaya sokulmadığı açıktır. Doktrin görüşleri de bu yöndedir<sup>111</sup>.

### III. KUDÜS'ÜN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN ÖNERİLER

Kudüs, sırasıyla 600 yıl kadar Yahudiler tarafından 400 yıl kadar Hristiyanlar tarafından, 1200 yıl kadar Müslümanlar tarafından idare edilmiştir<sup>112</sup>. Müslümanların son idaresini Osmanlı İmparatorluğu üstlenmiştir. Osmanlı İmparatorluğu, şehri ele geçirdiği 1516 yılından 1917 yılına kadar Kudüs'te herhangi bir karışıklık baş göstermemiş, üç dinin temsilcileri de barış ve refah içerisinde yaşamışlardır. Ancak bu barış ortamı 9 Aralık 1917 tarihinde Kudüs'ü ele geçiren İngiliz hâkimiyeti ile bozulmuştur.

İngiltere, manda sisteminin kendisine yüklemiş olduğu self determinasyon hakkına aykırı davranmış, Filistin halkına bu hakkını teslim etmemiştir. Bunun yanı sıra 1200 yıllık Kudüs demografisini değiştirmek için Yahudiler'in Kudüs'e yerleşmelerine ve buradan toprak satın almalarına izin vermiştir. Yanı sıra Milletler Cemiyeti, kendi Misak'ına aykırı

<sup>110</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bütçeye ve bazı iç yönetime ilişkin kararları hariç kararları bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğindedir, bkz. **GÜNDÜZ**, s. 94; Ancak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Güvenlik Konseyi'nin veto nedeniyle karar alamaması neticesinde kendisini yetkili kılmış, 3.11.1950 tarihinde 377(V) sayılı "Barış İçin Birlik" adı verilen bir karar almıştır. Karar neticesinde Genel Kurul, Güvenlik Konseyi'nin yerine geçerek Kore savaşı bağlamında barışın sağlanması için bağlayıcı kararlar almıştır, bkz. **PAZARCI**, s. 202.

<sup>111</sup> "Bu çalışma Birleşmiş Milletler'in çabalarının ve uluslararası düzeydeki konumunun önemini ve bu çabaları Filistin davasına hizmet etmek ve tarihi yerleri ve kutsal yerleri korumak için harcamanın önemini vurgulamaktadır. Ayrıca, BM kurumlarının etkisinin işgali caydırmak ve daha fazla suç işlenmesini önlemek için hala savunmasız olduğunu gösteriyor", açıklamalar için bkz. **ABU OUN**, Mohammed: "Al-Quds As Mentioned In Un Resolutions", Journal of Islamic Jerusalem Studies C. 23, S. 1, 2023, s. 25.

<sup>112</sup> **ATAÖV**, s. 34.

davranmış, Filistin'in manda altına alınan topluluk olmaktan kaynaklanan haklarını çiğnemiştir. Birleşmiş Milletler, aynı şekilde Filistin halkının self determinasyon hakkını ihlal etmiş, buna aykırı olacak şekilde Kudüs'ün uluslararası bir rejim altına alınması yönünde bir karar almıştır. Makalede açıklandığı üzere gerek mandater devlet İngiltere gerekse de Milletler Cemiyeti ile Birleşmiş Milletler; Filistin halkının self determinasyon hakkına aykırı kararlar almış, bu durum Kudüs'ün Filistin halkının elinden yitip gitmesini sonuçlamıştır.

İsrail, Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan ve bugün uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan jus cogens kuralı niteliğindeki kuvvet kullanma yasağını defalarca ihlal etmiş ve bu kapsamda Kudüs'ün tamamını 5 Haziran 1967 tarihinde ele geçirmiştir<sup>113</sup>. Uluslararası barış ve güvenliği sağlamakla yükümlü olan Birleşmiş Milletler ise bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğinde kararlar almış ancak bu kararları uygulamaya sokamamıştır<sup>114</sup>. Bağlayıcı karar alma yetkisi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde olmasına rağmen Konsey'in karar alabilmesi için beş daimî üyesinden birisinin veto yetkisini kullanmaması gerekmektedir<sup>115</sup>. Daimî üyelerden birisi mandater devlet İngiltere'dir. Bu kapsamda Konsey'in; Kudüs'ün asıl sahiplerine teslim edilmesi yönünde karar almasının imkânsız olduğu açıktır. Bunun yanı sıra Aralık 2017'de Kudüs'ü başkent kabul ederek Büyükelçilik Binasını bu şehre taşıyan Amerika Birleşik Devletleri de Konsey'in daimî üyesidir. Bu devletin Kudüs'ün asıl sahiplerine teslim edilmesi yönünde karar alınmasını veto edeceği de açıktır.

15 Mayıs 1948 tarihi esas alındığında Kudüs şehri, batısıyla doğusuyla, Filistin toprağıdır. Self determinasyon hakkı kapsamında bu şehrin Filistin halkına ait olması gerekmektedir. Ancak uluslararası sistemin Kudüs'ün statüsünü, aslına uygun şekilde tesis etmeye ya da korumaya

<sup>113</sup> CATTAN, s. 10; ABU OUN, s. 25

<sup>114</sup> "Her ne kadar Genel Kurul'un BM'de merkezî rolü olsa da bu organ karar alıcı pozisyonunda değildir. Genel Kurul karar alma sürecine katılmak için çaba gösterebilir veya çeşitli şekillerde etkili olmaya çalışabilir; ancak bu girişimlerin BM sistemini zorlayacak nitelikte olduğu söylenemez", açıklamalar için bkz. DEMİREL, Ege, Uluslararası İlişkilerde Güç Kavramı Kapsamında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2021, s. 200; Ayrıca bkz. ABU OUN, s. 25.

<sup>115</sup> BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ŞARTI 27. madde 3. fıkra.

isteksiz olduğu açıktır<sup>116</sup>. Şu hâlde, Filistin'in Kudüs'e dair meşru savunma hakkı kapsamında aktif bir eylem planı kabul etmesi zorunludur<sup>117</sup>. Zira Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesi kapsamında meşru savunma halinin şartları oluşmuştur. Bu şartlar; i-) silahlı saldırı, ii-) zorunluluk, iii-) orantılılık olup bunların bir arada meydana gelmesi gerekmektedir<sup>118</sup>.

- İlk şart bakımından; Kudüs şehri neredeyse bir asırdır İsrail'in işgali altındadır ve bu işgal silahlı saldırı olarak kabul edilmelidir<sup>119</sup>. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesinin 4. fıkrasından ve Genel Kurul'un 14.12.1974 Tarih ve 3314(XXXIX) sayılı Kararı'nın 3. maddesinden aynı sonuca ulaşılabilir<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> Doktrinde corpus seperatum ilkesinden hareket edilerek Kudüs'ün Filistin ve İsrail tarafından ortak bir şekilde yönetilmesi, kamu hizmetlerinin ortak yüklenilmesi, kutsal yerlerin ortaklaşa korunması şeklinde bir öneri bulunmakla birlikte, aynı öneri içerisinde bunun hayata geçmesinin "imkânsız" olduğuna dikkat çekilmiştir, bkz. **SAPERIA**, s. 194.

<sup>117</sup> Doktrinde uluslararası mahkeme yoluna gitme önerisinde bulunulmuştur. Açıklamalar için bkz. "*İşgale karşı uluslararası mahkemelerde dava açmak ve İsrail'in Uluslararası Hukuku ihlal ettiği ve Kudüs'ü işgale devam ettiği ve kutsal şehrin demografik yapısını değiştirdiği gerekçesiyle kovuşturma yapmak*", açıklamalar için bkz. **ABU OUN**, s. 26; ancak uluslararası mahkeme kararlarının uygulamaya konması sorunu, uluslararası hukukun başlıca sorunlarından birisidir, bu durum göz önünde bulundurulmalıdır.

<sup>118</sup> Meşru savunma şartları arasında aciliyet şartına da yer verilmiştir. Bu şarta göre silahlı saldırı ile meşru savunma arasında süre bakımından zamansal bir kopukluğun olmaması gerekir. Şu hâlde meşru savunma kapsamındaki kuvvet eylemi, ilk saldırıdan hemen sonra ya da mantıklı bir süre içerisinde gerçekleştirilmelidir. Bunun yanı sıra taraflar arasında süren barışçıl çözüm arayışları zarfında geçen sürede saldırıya uğrayan devletin meşru savunma hakkını ortadan kaldırmaz. Sonuç olarak zorunlu zamansal gecikmeler, aciliyet şartına uyulmadığı ve meşru savunma hakkına dayanarak kuvvet kullanılmadığı anlamına gelmez, bkz. **ÇETİN**, Burak, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında Kuvvet Kullanma Yasağının İstisnası Olarak Bireysel Meşru savunma Hakkının İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2006, s. 69; **CÖMERT**, s. 47; İsrail'in Kudüs'ü işgal ettiği tarihten bu yana barış görüşmelerinin sürmesi, Birleşmiş Milletler'in arabuluculuğa girişmesi, çözüm önerisi sunması gibi faktörler Kudüs özelinde aciliyet şartının aranmayacağına işaret etmektedir; Meşru savunmanın şartları için ayrıca bkz. **ÇETİN**, s. 66; **GÜNDÜZ**, s. 126; **PAZARCI**, s. 561; **ACER/KAYA**, s. 370; **DAĞ**, s. 33 vd.; **DEĞDAŞ**, s. 26; **KARADAĞ**, s. 174 vd.

<sup>119</sup> **GÜNDÜZ**, s. 126; **ACER/KAYA**, s. 370.

<sup>120</sup> İlgili kararda, "*bir devletin ülkesinin başka bir devlet silahlı kuvvetlerince saldırıya ya da işgale uğraması*" hali silahlı saldırı olarak nitelendirilmiştir, bkz. **BİRLEŞMİŞ**

- İkinci şart bakımından; Filistin halkının Kudüs'ü işgalden kurtarabilmesi için meşru savunmaya başvurması zorunludur<sup>121</sup>. Zira İsrail, söylem ve eylemleriyle Kudüs işgalinden vazgeçmeyeceğini, Birleşmiş Milletler tarafından alınan kararları tanımayacağını ilan etmiştir. Şu hâlde Filistin'in meşru savunma hakkına başvurmaktan başka çaresi kalmamıştır.

- Üçüncü şart bakımından; Filistin halkı, Kudüs'ü ve diğer topraklarını işgalden kurtaracak oranda kuvvet kullanmalıdır<sup>122</sup>. Uluslararası hukukta bakımından bu durum meşrudur, haktır.

Filistin, meşru savunma hakkını kullanırken aynı zamanda kendisine yardım etmek üzere bazı devletleri kendi topraklarına davet edebilir, bu kapsamda kolektif meşru savunma hakkını işletebilir<sup>123</sup>. Kolektif meşru savunma hakkı, bir silahlı saldırıya uğrayan devletin yardım çağrısına giden bir grup devletin bu hakkı kullanmasıdır<sup>124</sup>. Kolektif meşru savunma hakkının işletilebilmesi için Filistin'in daveti zorunludur. Aksi halde hiçbir devletin böyle bir hakkı söz konusu olmaz<sup>125</sup>.

Kolektif meşru savunma hakkının uygulamaya konması neticesinde Filistin ile İsrail arasındaki askeri güç dengesizliği ortadan kalkmış olacaktır.

Neredeyse bir asırdır süren Kudüs sorununun çözümü ve işgalin sona erdirilmesi ancak bu şekilde sağlanabilir. Zira Birleşmiş Milletler öncülüğündeki uluslararası sistemin harekete geçmesini beklemek anlamsız görünmektedir<sup>126</sup>. Bu sistemin uluslararası hukuku korumaya yönelik

---

**MİLLETLER GENEL KURULU**, 3314(XXXIX) sayılı Karar, 14 Aralık 1974 Tarih, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı 3314 (XXIX) (umn.edu) (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

<sup>121</sup> Zorunluluk koşulu, saldırıyı engellemek için saldırıya uğrayan tarafın askeri kuvvet kullanmaktan başka bir seçeneğinin olmamasını ifade eder, bkz. **CÖMERT**, s. 47.

<sup>122</sup> Orantılılık şartı, meşru savunmaya neden olan silahlı saldırı ile buna karşılık yapılan meşru savunma eylemi arasında orantı olmasını, kullanılan kuvvetin mevcut tehlikeyi önlemeye yetecek ölçüde olmasını ve aşırılığa kaçmamayı ifade eder, bkz. **CÖMERT**, s. 48.

<sup>123</sup> **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ŞARTI** 51. madde.

<sup>124</sup> **CÖMERT**, s. 34.

<sup>125</sup> **CÖMERT**, s. 34.

<sup>126</sup> **YALÇIN**, Cüneyt, Müzmin Bir Kriz Olarak Filistin-İsrail Krizi: Tarihsel, Politik ve Hukuksal Bir Değerlendirme, Yüksek Lisans Tezi, Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Kırşehir, 2022, s. 66; **ALTINER**, Bilal: "Birleşmiş Milletler: Amacı, Gelişimi, Etkinliği, Uluslararası

hizmet etmediği de şüphe götürmez bir hakikattir<sup>127</sup>. Şu halde Filistin halkı, uluslararası hukukun kendisine verdiği hakkı kullanmalı, işgal altındaki Kudüs topraklarını kurtarmak için meşru savunma hakkı kapsamında güç kullanmalıdır.

## SONUÇ

Kudüs; üç monoteist din için kutsal kabul edilmektedir. Şöyle ki; Yahudiler için Hz. İbrahim'e verildiği iddia edilen "*vaat edilen topraklar*" yaklaşımı nedeniyle öneme haizdir. Hz. Süleyman tarafından inşa edilen Tapınak da Kudüs sınırları içerisinde yer almaktadır. Bu Tapınak Yahudilerin ilk kiblesi ve en kutsal mekânıdır. Hristiyanlar için önem taşıma nedeni, Hz. İsa'nın bu şehirde çarmıha gerildiğine inanılmasından ileri gelmektedir. Bu sebeple Kudüs, Hristiyanlar bakımından önem arz etmektedir. Müslümanlar içinse İslam'ın ilk kiblesinin Mescidi Aksa olması, yapının Kudüs'te bulunması nedenleriyle bu şehir; Mekke ve Medine'den sonra Müslümanlar için en kutsal şehirdir. Yahudiler Kudüs şehrini 600 yıl kadar, Hristiyanlar 400 yıl kadar, Müslümanlar ise 1200 yıl kadar yönetmişlerdir. Müslümanlar adına son idareyi Osmanlı İmparatorluğu üstlenmiş, 1516 ile 1917 yılları arasında toplamda 401 yıl boyunca Kudüs'ü yönetmiştir. Bu yönetim esnasında Kudüs'te üç dinin temsilcileri barış ve huzur içerisinde yaşamışlardır. Ancak bu ortam, modern/siyasi Siyonizm fikrinin yeşermesi ve İngilizler'in Kudüs'ü işgal etmesi ile bozulmuştur.

19. yüzyılın son çeyreğine doğru ortaya çıkan modern/siyasi Siyonizm fikri, Yahudilerin Kudüs'e dönmeleri ve tarihi yurtlarında devlet kurma idealini içermiştir. İngiltere, II. Dünya Savaşı'nda Amerika Birleşik Devletleri'ni kendi saflarında savaşa çekmek için Siyonistler'in desteğine ihtiyaç duymuş, bu kapsamda 2 Kasım 1917 tarihinde Balfour Deklarasyonu'nu yayınlamıştır. İngiltere bu deklarasyon ile Filistin'de Yahudiler

---

Güvenliğe Katkısı ve Geleceği", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, 2014, s. 7; ARAL, Berdal: "Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik", SETA Yayınları, S. 72, 2013, s. 12.

<sup>127</sup> "...uluslararası barışı ve güvenliği sağlamanın yanında yaşanacak sorunlara barışçıl ve adaleli çözümler getirmek iddiası ile kurulmuştur. Ancak, belirlenen hedef ile gerçekleştirilememiştir. BM, tarafsız bir örgüt olmaktan çıkmıştır. Bunun en iyi örneğini BM'in Filistin meselesinde takındığı tavırda görülmektedir.", açıklamalar için bkz. SHAWAMREH, Mo-hammad, Türk Dış Politikasında Filistin Meselesi 1948-2010, Yüksek Lisans Tezi, Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Uluslararası Politik Ekonomi Anabilim Dalı, Karabük, 2021, s. 55.

için milli bir vatan kurulmasına sıcak bakıldığını, Filistin’de bulunan Yahudilerin tüm haklarına sahip çıkılacağını açıklamıştır.

9 Aralık 1917 tarihinde Kudüs’teki 401 yıllık Osmanlı İmparatorluğu idaresi ve 1200 yıllık İslam hâkimiyeti sona ermiş, ardından işgal ile birlikte İngiliz dönemi başlamıştır. Bu tarihte Kudüs’te hâkim nüfus Arap nüfusu olmuştur. Demografik yapıyı değiştirmek için İngiltere bazı kararlar almış; bu kararlar neticesinde Kudüs’e yoğun bir Yahudi göçü başlamıştır. İngiltere, Yahudilere toprak edinme hakkı vermiştir. 1945 yılı itibariyle Yahudi nüfusu Filistin’de 600 bin, Kudüs’te ise 100 bine ulaşmıştır. Filistin’in özellikle Kudüs’ün demografik yapısını değiştiren bu göçler, bölgenin yerlisi olan Araplar’ın tepkisini çekmiş, ardından Arap – Yahudi çatışmaları başlamıştır. Çatışmalar, İngiltere’yi zor durumda bırakmıştır. Askerlerinin öldürülmeye başlaması ile İngiltere, mandater devlet olarak 2 Nisan 1947 tarihinde sorunu Birleşmiş Milletler’e taşımıştır. Birleşmiş Milletler almış olduğu 181(II) sayılı Karar ile Filistin’de iki yapılı bir devlet kurulmasını ve Kudüs’ün uluslararası özel bir rejim (*corpus separatum*) altına konmasını kararlaştırmıştır. Bu karar üzerine İngiliz askerleri 14 Mayıs 1948 tarihinde Filistin topraklarından çekilmeye başlamış, aynı gün İsrail bağımsızlığını ilan etmiştir. Bir gün sonra yani 15 Mayıs 1948 tarihinde de İngiliz mandası sona ermiştir. Aynı gün İsrail; Kudüs’ün batısını, 5 Haziran 1967 tarihinde ise Kudüs’ün doğusunu işgal ederek ele geçirmiştir.

İsrail’in bu işgallerine uluslararası sistemin katkı sunduğu açıktır. Zira İngiltere, manda sisteminin kendisine yüklemiş olduğu self determinasyon hakkına aykırı davranmış, Filistin halkına bu hakkını teslim etmemiştir. Bunun yanı sıra 1200 yıllık Kudüs demografisini değiştirmek için Yahudiler’in Kudüs’e yerleşmelerine, buradan toprak satın almalarına izin vermiştir. Bunun yanı sıra Milletler Cemiyeti kendi Misak’ına aykırı davranmış, Filistin halkının manda altına alınan topluluk olmaktan kaynaklı haklarını çiğnemiştir. Milletler Cemiyeti’nin ardılı olan Birleşmiş Milletler de, aynı şekilde Filistin halkının self determinasyon hakkına aykırı kararlar almış, bu kapsamda Kudüs’ün uluslararası bir rejim altına alınması yönünde bir karar almıştır. Makalede açıklandığı üzere gerek mandater devlet İngiltere, gerekse de Milletler Cemiyeti ile Birleşmiş Milletler; Filistin halkının self determinasyon hakkına aykırı kararlar almış, bu durum Kudüs’ün Filistin halkının elinden yitip gitmesine neden olmuştur.



Bilindiği üzere, uluslararası hukuk bakımından kuvvet kullanma yasağı söz konusudur. Bu durum Birleşmiş Milletler Şartı m. 2/4'te düzenlenmiştir. Bunun tek istisnası, m. 51 kapsamında yer alan meşru savunmadır. İsrail, kuvvet kullanarak 1948 yılında Kudüs'ün batısını, 1967 yılında Kudüs'ün doğusunu ele geçirmiş, yasağa aykırı davranmıştır. Her ne kadar İsrail tarafından bu durum meşru savunma ilkesine dayandırılmış olsa da, meşru savunmanın şartları oluşmamıştır. Saldırının yokluğu, önleyici meşru savunma görüşünün saldırı yokluğu nedeniyle tartışmalı olması, meşru savunmanın toprak kazanma yolu olmaması, orantısız olması bu kapsamda sayılabilir. Meşru savunmanın şartları oluşmadığına göre İsrail'in, kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiği açıktır. Bu yasağı içeren kural, uluslararası hukuk uygulamasında jus cogens niteliğini haiz bir kuraldır. Uluslararası normlar hiyerarşisinin tepesinde, öncelikle uygulanan, emredici bir kuraldır. Aksine kural ve uygulamalar batıldır. Şu hâlde İsrail'in, kuvvet kullanma yasağına aykırı olarak Kudüs'ün hem doğusunu hem batısını işgal etmesi batıldır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kararları bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğindedir. Bunların Kudüs'te ihlal edilen uluslararası hukuk ilke ve kurallarını tesis etmesi mümkün görünmemektedir. Bağlayıcı karar verme yetkisi Güvenlik Konseyi'ne aittir. Ancak İsrail'in Kudüs işgaline aykırı çıkarılacak her kararın Konsey'in daimî üyelerinden Amerika Birleşik Devletleri ile İngiltere'nin vetosunu takılacağı kuvvetle muhtemeldir. Bu haliyle, Birleşmiş Milletler sisteminin Kudüs sorununu çözmekten uzak kaldığı açıktır. Bu sistemin, Kudüs'teki uluslararası hukuka aykırı uygulamaları önlemekten ya da durduraktan aciz kaldığı şüphe götürmez bir hakikattir.

Şu hâlde; Filistin halkının Kudüs'te devam eden işgale karşı meşru savunma hakkı kapsamında aktif bir eylem planını harekete geçirmesi zorunludur. Zira meşru savunma hakkının şartları oluşmuştur. Bunun yanı sıra Filistin, meşru savunma hakkını kullanırken aynı zamanda kendisine yardım etmek üzere bazı devletleri Filistin topraklarına davet edebilir, bu kapsamda kolektif meşru savunma hakkını işletebilir. Kolektif meşru savunma hakkı, bir silahlı saldırıya uğrayan devletin yardım çağrısına giden bir grup devletin bu hakkı kullanmasıdır. Kolektif meşru savunma hakkının işletilebilmesi için Filistin'in daveti zorunludur. Aksi halde hiçbir devletin böyle bir hakkı söz konusu olmaz. Kolektif meşru savunma hakkının uygulamaya konması neticesinde Filistin ile İsrail arasındaki askeri güç dengesizliği ortadan kalkmış olacaktır.

## KAYNAKÇA

- ABU OUN**, Mohammed: "Al-Quds As Mentioned In Un Resolutions", Journal of Islamic Jerusalem Studies C. 23, S. 1, 2023, s. 19 – 28.
- ACER**, Yücel/**KAYA**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı: Ankara, 2021.
- ALTINER**, Bilal: "Birleşmiş Milletler: Amacı, Gelişimi, Etkinliği, Uluslararası Güvenliğe Katkısı ve Geleceği", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, s. 1 – 9.
- ARAL**, Berdal: "Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik", SETA Yayınları, S. 72, 2013, s. 8 – 26.
- ATAÖV**, Türkkaya: "Kudüs ve Devletler Hukuku", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1 – 4, 1980, s. 29 – 54.
- AURELİU**, Critescu: The Right To Self-Determination Historical And Current Development on the Basis of United Nations Instruments: New York, United Nations, 1981.
- BATIR**, Kerem/**ARAS**, İlhan: "Self-Determinasyon Hakkı ve Filistin Devleti Bağlamında Filistin Sorunu", Nevşehir Hacı Bektaş Veli Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.1, S.1, 2011, s. 146 – 164.
- BATUK**, Cengiz/**MERT**, Rabia: "Çatışan Kutsalların Ortasındaki Şehir: Kudüs", Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi, C.17, S. 2, 2017, s. 129 – 149.
- BEYOĞLU**, Cem Ümit: Kuvvet Kullanma Yasağı Kapsamında Devletlerin Bireysel Meşru savunma Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, 2016.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER**, Filistin Sorunu, Resolution Archives - Page 69 of 69 - Question of Palestine (un.org) (Erişim Tarihi: 14.05.2024).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 3. Oturum Resmi Kayıtları, Ad Hoc Siyasi Komite, 2. Bölüm, 1949 s. 302, erişim için bkz. Genel Kurul Resmi Kayıtları, 3. oturum Bölüm II, Ad Hoc Siyasi Komite, 1949: ekler (un.org), (Erişim Tarihi 14.05.2024).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, BM'de Filistin Sorunu'nun Tarihi Arka Planı (1947 – 1975), A/AC.183/L.3, 11 Mart 1976 Tarih, Palestine question at the UN (1947-1975)/CEIRPP Historical

backgrounder (A/AC.183/L.3) - Question of Palestine, (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 194 (III) sayılı Karar, 11 Aralık 1948 Tarih, NR004365.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 303 (IV)21 sayılı Karar, 9 Aralık 1949 Tarih, NR005122.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 3314(XXXIX) sayılı Karar, 14 Aralık 1974 Tarih, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı 3314 (XXIX) (umn.edu) (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 478 sayılı Karar, 20 Ağustos 1980 Tarih, Security Council Resolution 478 - UNSCR, (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 3314 (XXIX) sayılı Karar, 14 Aralık 1974 Tarih, nr073916.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 10/19 sayılı Karar, 21 Aralık 2017 Tarih, a\_res\_es\_10\_19.pdf (securitycouncilreport.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 267 sayılı Karar, 3 Temmuz 1969 Tarih, Resolution 267 (unscr.com), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 2253 (ES-V) sayılı Karar, 4 Temmuz 1967 Tarih, NR020913.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 271 sayılı Karar, 15 Eylül 1969 Tarih, Security Council Resolution 271 - UNSCR, (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 242 sayılı Karar, 22 Kasım 1967 Tarih, NR024094.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ**, 252 sayılı Karar, 21 Mayıs 1968 Tarih, Resolution 252 (1968) / (un.org) (Erişim Tarihi: 14.05.2024).

- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 181(II) sayılı Karar, 29 Kasım 1947 Tarih, \_NR003888.pdf (un.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURULU**, 186 (II) sayılı Karar, 20 Mayıs 1948 Tarih, nr004124.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 14.05.2024).
- CATTAN**, Henry: "The Status Of Jerusalem Under International Law And United Nations Resolutions", *Journal of Palestine Studies*, C. 10, S. 3, 1981, s. 3 – 15.
- CÖMERT**, İbrahim: Öncü Meşru savunma ve Uluslararası Hukuktaki Yeri, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Çankaya, 2006.
- CZAPLIŃSKI**, Władysław: "Customary International Law On The Use of Force", *Wroclaw Review*, C. 8, S. 2, 2018, s. 97-111.
- ÇETİN**, Burak: Birleşmiş Milletler Andlaşmasında Kuvvet Kullanma Yasasının İstisnası Olarak Bireysel Meşru Savunma Hakkının İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2006.
- ÇEVLİKLİ-FANDAĞ** Ezgi: Uluslararası Alanda Kudüs'ün Siyasi ve Hukuki Statüsü, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı, Bursa, 2017.
- ÇİÇEK**, Fehmi: İsrail'in Filistin Devletinde Yerleşimcilik Politikasının Uluslararası Hukuk ve Devletin Unsurları Bakımından Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı, İstanbul, 2022.
- ÇULLU**, Fatih: Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Programı Uluslararası Çatışma Hukukuna Göre Öncü Meşru Savunma Doktrininin Gelişimi ve Örnek Olay İncelemesi, Yüksek Lisans Tezi, Milli Savunma Üniversitesi Alparslan Savunma Bilimleri ve Milli Güvenlik Enstitüsü Müdürlüğü Güvenlik Araştırmaları Anabilim Dalı, Ankara, 2022.
- DAĞ**, Akın: Birleşmiş Milletler Antlaşması Kapsamında Bireysel Meşru Savunma Hakkı Örnek Olay İsrail - Filistin Çatışması, Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bölümler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İzmir, 2014.

- DEĞDAŞ**, Ulaş Can: “Uluslararası Hukukta Önleyici Meşru savunma Hakkı”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 6, 2018, s. 21 – 40.
- DOĞAN**, İlyas: Devletler Hukuku, Ankara, 2013.
- DEMİREL**, Ege: Uluslararası İlişkilerde Güç Kavramı Kapsamında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Kırıkkale, 2021.
- GILMOUR**, D. R.: “The Meaning of “Intervene ” within Article 2 (7) of the United Nations Charter— An Historical Perspective”, Cambridge University Press C. 16, S. 2, 2008, s. 330 – 351.
- GÜMÜŞ**, Abdurrahman: The Status of Palestine In The United Nations And Its Implications for The Israeli–Palestinian Conflict, Doktora Tezi, Boğaziçi University Institute of Social Sciences Political Science and International Relations, İstanbul, 2020.
- GÜNDÜZ**, Aslan: Milletlerarası Hukuk, Ankara, 2018.
- HAYYAR**, M, Emre: Uluslararası Hukukta Kudüs Sorunu, Kayhan, Ali Kerem/Karaoğlu, Ali Osman (Editörler), Ankara, 2023.
- KALKAN - ÖZHELVACI Esra**: A Study of The United Nations' Peace Initiatives on the Palestinian- Israeli Issues, Yüksek Lisans Tezi, Social Sciences University of Ankara Institute of Graduate Studies Master of Arts in Quds, Ankara, 2022.
- KARADAĞ**, Ulaş: “Birleşmiş Milletler Antlaşması’na Göre Meşru savunma Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2016, s. 171 – 186.
- KARAKÖSE**, Hasan: “Filistin ve Kudüs Meselesine Genel Bir Bakış (XIX. Yüzyılın Ortasından XX. Yüzyıl Ortalarına Kadar)”, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (AEÜSBED), C. 4, S. 2, 2018, s. 150 – 165.
- KASALAK**, Kadir: “İngilizlerin Filistin Politikası ve Filistin Mandası”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi S. 25, 2016, s. 65 – 78.
- KILINÇ**, Doğan: “Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1 – 2, 2008, s. 949 – 982.

- KOÇAK**, Mustafa: "Self Determinasyon Hakkı ve Self Determinasyon Hakkı Teorileri", *DÜHFD*, C. 23, S. 38, 2018, s. 85 – 148.
- KOŞAL**, Yusuf: İsrail Devleti'nin Kuruluşu ve Filistin Direniş Örgütleri, Yüksek Lisans Tezi, Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Ana Bilim Dalı, Bingöl, 2021.
- KÖFTÜRCÜ**, Hüseyin: "Semavi Dinler Bağlamında Kudüs Jerusalem in The Context of Abrahamic Religions", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 13, S. 71, 2020, s. 1054 – 1061.
- KÜTÜKÇÜ**, M. Akif: "Uluslararası Hukukta Self-Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 12, 2004, s. 259 – 276.
- KURT**, Rıza: The Impact of The United States of America's Decision on Jerusalem on the Future of International Law and the United Nations, Yüksek Lisans Tezi, Bahcesehir University Social Sciences Institute Global Affairs, İstanbul, 2018.
- NOVIANİ**, Riktin/**PRATAMA**, Garry Gumelar: "Legitimization of Jerusalem Embassy Act According to International Law", *Diponegoro Law Review* C. 6, S. 1, 2021, s. 108 – 122.
- NUHİÇ**, Hazir: Uluslararası Hukuk ve Birleşmiş Milletler Kararları Çerçevesinde Saldırı Kavramı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, İstanbul, 2010.
- PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Ankara, 2018.
- REÇBER**, Kamuran: Uluslararası Hukuk, Bursa, 2014.
- PETERS**, Katie: "International Law And The Use of Force", *QUTLJJ*, C. 4, S. 2 (2004): 1 – 14.
- PETRESKİ**, Milorad: "The International Public Law And The Use of Force By The States", *Journal of Liberty and International Affairs* | C. 1, S. 2, 2015, s. 1 – 9.
- SAPERIA**, Jordie: "Jerusalem: Legal Status, Condominium and Middle East Peace", *JEAIL*, C. 1, 2010, s. 175 – 198.
- SHAWAMREH**, Mohammad: Türk Dış Politikasında Filistin Meselesi 1948-2010, Yüksek Lisans Tezi, Karabük Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Uluslararası Politik Ekonomi Anabilim Dalı, Karabük, 2021.

- ŞEVLİ**, Samet: İsrail Devleti'nin Kuruluşunda İngiliz Mandasının Rolü, Yüksek Lisans Tezi, Bandırma Onyedü Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Bandırma, 2021.
- TAŞBAŞI-ABUSENENH**, Sema Nur: Birleşmiş Milletler Kararları Çerçevesinde Kudüs'ün Hukuki Statüsü, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Araştırmaları Enstitüsü Ortadoğu Ülkeleri Hukuk Sistemleri Anabilim Dalı, İstanbul, 2021.
- TETİK**, Asiye Derya: 7. YY'dan Haçlı Hâkimiyetine Kadar Kudüs Tarihi, Yüksek Lisans Tezi, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Ortaçağ Tarih Programı, Manisa 2018.
- TOK**, Abdulkadir: "Uluslararası Hukuka Göre Kudüs'ün Statüsü", İNSAMER, Araştırma 126, 2020, s. 1 – 7.
- TOSUN**, Fatih: "Uluslararası Hukuk'ta "Kuvvet Kullanma ve Karışma" Kavramlarının Değişen Anlamı", Güvenlik Stratejileri Dergisi, C. 5, S. 9, 2009, s. 89 – 118.
- ULUSLARARASI ADALET DİVANI**, "Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler Hakkında Dava", 27.6.1986, erişim için bkz. 070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf (icj-cij.org), (Erişim Tarihi: 14.05.2024).
- YALÇIN**, Cüneyt: Müzmin Bir Kriz Olarak Filistin-İsrail Krizi: Tarihsel, Politik ve Hukuksal Bir Değerlendirme, Yüksek Lisans Tezi, Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Kırşehir, 2022.
- YILDIZ-BAYRAK**, Handan: Kur'an'da Kudüs ve Mescid-i Aksa, Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Tefsir Anabilim Dalı, Konya, 2019.





## ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İŞÇİ SENDİKASINA ÜYE OLMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Dr. Öğr. Üyesi Hamide Merve GÜÇLÜ\*

### Öz

6356 sayılı Kanun'da kabul edilmiş olan sendika özgürlüğü ilkesi, sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendikalar arasında tercih yapabilme özgürlükleriyle beraber, sendikaların da varlıklarını koruyabilmek için çalışmalar yapabileme özgürlüğünü kapsamaktadır. 6356 sayılı Kanun m. 3 uyarınca sendikaların kurulabilmeleri için önceden izin almalarına gerek yoktur. Dolayısıyla sendikaların kurulması serbestlik esasına dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere birden fazla sendika kurulabilir. Buna ise sendika çokluğu ilkesi denir. Sendikal özgürlükler bireysel ve kolektif olmak üzere ikiye ayrılır. Çalışmamızda bu özgürlüklerle ilgili bilgi verildikten sonra, işçi sendikasına üye olma özgürlüğü Anayasa Mahkemesi'nin kararları ışığında incelenecektir.

### Anahtar Kelimeler

• Bireysel Sendika Özgürlüğü • Sendikaya Üye Olma Güvencesi • Pozitif Sendika Özgürlüğü • Negatif Sendika Özgürlüğü • Kolektif Sendika Özgürlüğü

\* Dr. Öğr. Üyesi. Selçuk Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Private Law, Labour and Social Security Law Department, Konya, Türkiye.

✉ hmerveguclu@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0003-1573-8449.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: GÜÇLÜ, Hamide Merve: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşçi Sendikasına Üye Olma Özgürlüğü", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 1999-2043.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## FREEDOM TO BE A MEMBER OF A LABOR UNION IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

### Abstract

The principle of union freedom adopted in Law No. 6356 includes the freedom to establish a union, to become a member of a union and to choose between unions, as well as the freedom to work to protect the existence of unions. Pursuant to Article 3 of Law No. 6356, trade unions do not require prior authorization to be established. Therefore, the establishment of trade unions is based on the principle of freedom. As a result, more than one union may be established to operate in a branch of business. This is called the principle of trade union plurality. Trade union freedoms are divided into two as individual and collective freedom of association. In our study, after giving information about these freedoms, the freedom to become a member of a labor union will be examined in the light of the decisions of the Constitutional Court.

### Keywords

• Individual Freedom of Association • Guarantee of Union Membership • Positive Freedom of Association • Negative Freedom of Association • Collective Freedom of Association

### GİRİŞ

Sendika hakkı hak türleri arasında, pozitif statü hakları içinde bulunan sosyal haklar arasında yer alır. Sendika özgürlüğü Anayasa'da ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan bir haktır. Bu özgürlük, işçilerin ve işverenlerin, kanunda düzenlenen kuruluş şartlarını taşıyan ve faaliyetlerine devam eden diledikleri sendikayı seçerek üye olabilmelerine veya başka bir sendika kurabilmelerine imkân sağlar.

Sendika özgürlüğü bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü olarak ikiye ayrılır. Bireysel sendika özgürlüğü, işçilerin ve işverenlerin sendika kurabilmeleri, daha önce kurulmuş olan sendikalara üye olabilmeleri, sendikal faaliyetlere katılabilmeleri ve istedikleri zaman sendika üyeliğinden ayrılabilme haklarını kapsar. Kolektif sendika özgürlüğü ise, sendikaların varlıklarını korumaları, kuruluş amacına özgü faaliyetlerde bulunabilmeleri ve bağımsızlıklarının korunması anlamına gelir.

Çalışmamızda sendika özgürlüğünün bireysel ve kolektif boyutu üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda pozitif sendika özgürlüğünün sonuçları olan sendika kurma ve üye olma özgürlükleri ile negatif sendika

özgürlüğünün sonuçları olan herhangi bir sendikaya üye olmama veya üye olunan sendikadan serbestçe ayrılabilme özgürlükleri incelenecek olup, bu özgürlüğün güvencesinin Anayasa Mahkemesi kararlarındaki görünümü üzerinde durulacaktır. Sendikanın kendi varlığını korumak ve sendikaya üye kazandırmak için çalışmalar yapma hakkı, kolektif sendika özgürlüğü başlığında incelenecektir. Sendikal güvencelerden işçi sendikası üyesi olma özgürlüğü ise işçilerin işe alınmalarında, iş sözleşmelerinin devamı sırasında ve iş sözleşmesinin feshinde sendikal ayrımcılık yasağı başlıkları altında ayrı ayrı incelenecektir.

## I. SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

### A. Genel Olarak

Sendika kurma ve sendikaya üye olma özgürlüğü Anayasal güvence altındadır. Anayasa<sup>1</sup> m. 51/1 uyarınca; “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>2</sup> m. 25/1 de buna uygun olarak “İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.” şeklinde kaleme alınmıştır. Söz konusu hükümler hem bireysel hem de kolektif sendika özgürlüklerini kapsar niteliktedir<sup>3</sup>. Şöyle ki, söz konusu hükümler sadece işverenlerin ve çalışanların bireysel sendika özgürlüklerini

<sup>1</sup> RG., 9/11/1982, 17863 (Mükerrer).

<sup>2</sup> RG., 7/11/2012, 28460.

<sup>3</sup> “Anayasa’nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir. AYM, 16.2.2023, E.2021/92, K.2023/27, § 80; AYM, 22.10.2014, E. 2013/1, K.2014/161, AYM, 12.07.2017, E.2017/27, K.2017/117, § 18; AYM, 16.02.2023, E.2021/27, K.2023/26, §32; AYM, 1.6.2023, E.2020/56, K.2023/108, §79, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/27?KelimeAra%5B%5D=sendika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC>, Erişim Tarihi: 19.4.2024.)

sağlamakla kalmaz, aynı zamanda kurulan sendika ve konfederasyonların varlıklarını ve etkinliklerini de güvence altına almayı hedefler<sup>4</sup>.

## B. Bireysel Sendika Özgürlüğü

### 1. Pozitif Sendika Özgürlüğü

#### a. Genel Olarak

Pozitif sendika özgürlüğü kişilere, sendika kurma, dilediği sendikaya üye olma ve birden çok sendika arasından dilediği sendikayı seçme özgürlüğü tanıyan haktır<sup>5</sup>. Anayasa m. 10/1’de düzenlenen eşitlik ilkesi

<sup>4</sup> ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, İstanbul, 2022, s. 827; TUNCAY, Can/SAVAŞ KUTSAL, Burcu, Toplu İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2019, s. 34; SÜMER, Halûk Hâdi, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, 1. Baskı, Konya, 1997, s. 72. “Sendika hakkı, çalışanların ve çalıştıranların sadece istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmaları yolunda bir hakla sınırlı kalmamakta, aynı zamanda oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin garanti altına alınmasını da içermektedir.” AYM, 27.12.2023, E.2018/96, K.2023/222, § 235, aynı yönde AYM, 22.10.2014, E.2013/1, K.2014/161, § 24; AYM, 13.9.2023, E.2023/92, K.2023/156, § 10, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/222?Kelime-Ara%5B%5D=sendika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCr%C4%9F%C3%BC>, Erişim Tarihi: 19.4.2024.)

<sup>5</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 827; EKMEKÇİ, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, 2022, s. 33; DEMİR, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir 2018, s. 512; ARICI, Kadir, Türk İş Hukuku-II, Toplu İş İlişkileri Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2022, s. 16; EREN, Fikret, “Dernek ve Sendikaya Üye Olma”, AÜHFED., Y. 1974, C. 31, S. 1, s. 253; SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku, 26. Baskı, Ankara, 2022, s. 191; AKYİĞİT, Ercan, Toplu İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 72; AKTAY, Ahmet Nizamettin, Toplu İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 13; BAYCIK, Gaye, Özel Sektör ve Kamu Sektöründe Sendikal Ayrımcılığın Tespitine Yönelik Veri Toplama Sistemi Oluşturma Yöntemleri ve Türkiye için Model Önerisi, 1. Baskı, Ankara, 2019, s. 12; EKİN, Ali, Sendikal Kuruluşların İşleyişi ve Denetim, 1. Baskı, Ankara, 2019, s. 49-50; OKUR, Zeki, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 4, s. 71; ARGUN, Fazilet Nurel, “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği”, TBB Dergisi, Y. 1995, S. 1, s. 9; NANEÇİ ARICI, Aslı, “İşçi Sendika Özgürlüğünün Korunması”, ERÜHFED., Y. 2023, C. 18, S. 2, s. 526; BOYDAK, Alptekin Burak, Sendika Özgürlüğünün Güvencesi, 1. Baskı, Ankara, 2019, s. 37; ÖZGÜL EKİZ, Seda, “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Güvencesi ve Yargıtay Kararları Işığında Özgürlüğe Aykırılığın Tespiti”, TAAD., Y. 15, S. 58, Nisan 2024, s. 315; ÖKTEM SONGU, Sezgi, Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Sendika Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 12; CEYLAN, Ömer, Sendika Hakkı ve Özgürlüğü: ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Türk Yargı Organlarının Kararlarına Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2022, s.

uyarınca, pozitif sendika özgürlüğünden yararlananlar arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamaz<sup>6</sup>.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na<sup>7</sup> göre işçiler gibi işverenler de sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendika üyeliğinden ayrılma haklarına sahiptirler<sup>8</sup>. İşveren kavramı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bağlamında da 4857 sayılı İş Kanunu'nda<sup>9</sup> tanımlandığı gibidir (STİSK m. 2/3). Başka bir ifade ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre de, İş Kanunu'ndaki<sup>10</sup> gibi; işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir (İŞK m. 2/1). İşçi kavramı ise Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre İş Kanunu'na kıyasla daha geniştir. Şöyle ki, İş Kanunu'na göre, "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi....denir." STİSK m. 2/4'e göre ise, "İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız

---

17; ERDEM, Duygu, Sendika Özgürlüğünün AİHS ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2021, s. 22; ARSLAN, Başak, 6356 Sayılı Kanun'un Sendikalara İlişkin Hükümlerinin 87 Sayılı ILO Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, s. 29; AYDIN, Beyza, Sendika Hakkı ve Özgürlüğü Kapsamında ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Türk İş Hukukuna Uygulanması Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2023, s. 20; TÜYSÜZ, Cemre, Uluslararası Belgelerde Sendika Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 13; ZORLUTUNA, Dilara, Sendikalar Hukukunda Demokrasi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, s. 109.

<sup>6</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 828; NANECİ ARICI, s. 527; OKUR, s. 77; ERDEM, s. 17; BOYDAK, s. 27-28.

<sup>7</sup> 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bir madde atfı ile birlikte anıldığında STİSK kısaltması kullanılacaktır.

<sup>8</sup> BAYRAM, Fuat, "Avrupa Birliği İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler", Legal İSGHD., Y. 2007, S.13, s. 54; ÇÖLDEMLİ, Ali, Sendikaların Kuruluşu ve Organları, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 23; CEYLAN, s. 17; BOYDAK, s. 39; SES, Sencer Metin, Sendika Özgürlüğü ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2018, s. 68.

<sup>9</sup> RG., 10/6/2003, 25134.

<sup>10</sup> 4857 sayılı İş Kanunu, bir madde atfı ile birlikte anıldığında İŞK kısaltması kullanılacaktır.

olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır.” Dolayısıyla Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, İş Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>11</sup>, 854 sayılı Deniz İş Kanunu<sup>12</sup> ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştiranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’a<sup>13</sup> göre çalışan işçilerle beraber, vekâlet, eser, taşıma, komisyon, yayın ve adi şirket sözleşmesi ile çalışan kişiler de işçi sayılır<sup>14</sup>. Ancak toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı, STİSK m. 2/4 gereğince yalnızca iş sözleşmesi ile çalışanlara tanınmış olduğundan zikredilen diğer sözleşme türleri ile çalışanlar sendika üyesi olsalar dahi toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar ve yasal bir greve katılamazlar<sup>15</sup>.

STİSK m. 2/2’ye göre; “İşveren vekilleri, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır.” Aynı kanunda, işveren vekili ise İş Kanunu’ndan farklı şekilde tanımlanmıştır. Şöyle ki, STİSK m. 2/1-e’ye göre, “İşveren vekili: İşveren adına işletmenin bütünüünü yönetenleri, ... ifade eder.” Dolayısıyla bir işletmenin tamamını yönetme yetkisi olan işveren vekilleri Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu anlamında işveren sayılır ve işveren sendikasına üye olabilirler. İş Kanunu kapsamında işveren vekili olduğu halde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi kapsamında işveren vekili sayılmayanlar ise işçi sendikasına üye olabilirler<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> RG., 4/2/2011, 27836.

<sup>12</sup> RG., 29/4/1967, 12586.

<sup>13</sup> RG., 20/6/1952, 8140.

<sup>14</sup> AKYİĞİT, Ercan, “Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/2, s. 43; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 828; OKUR, s. 79; ÇÖLDEMLİ, s. 40; NANEÇİ ARICI, s. 529; BOYDAK, s. 36; SUR, Melda, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 325.

<sup>15</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 828; SUR, Değerlendirme, s. 325.

<sup>16</sup> KÜÇÜK, Karsu, Sendika Üyeliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 82; KARAAHMETOĞLU, Atanur, “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Önemi ve Ülkemizde İş Hayatında Sendikal Hak ve Özgürlükleri Zayıflatan Etkenler Üzerine Bir Değerlendirme”, İş ve Hayat, Y. 2020, C. 6, S. 11, s. 84 dn. 67.

## b. Sendika Kurma Özgürlüğü

Pozitif sendika özgürlüğü herhangi bir işçinin veya işverenin düşüncelerine uygun bir sendikaya üye olması veya başka işçilerle ya da işverenlerle birlikte yeni bir sendika kurulabilmesinin hukuki dayanağıdır.

Anayasa m. 51'de ve STİSK m. 3/1'de işveren ve işçi sendika ve konfederasyonlarının önceden izin alma zorunluluğu olmaksızın serbestçe kurulabileceği hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümlere göre, sendika ve konfederasyonların kuruluşlarında herhangi bir makamdan izin alınmasına gerek yoktur<sup>17</sup>. Ancak sendikanın serbestçe kurulabilmesi hiçbir usule tabi olmadan kurulabilmesi anlamı taşımaz. Sendikaların kuruluşu için izin almaları zorunlu değilse de, belirli bir usule uymaları ve gerekli belgeleri bir araya getirmeleri zorunludur<sup>18</sup>. Nitekim STİSK m. 7/1'e göre; *"Kuruluşlar, kurucularının kuruluşun merkezini bulunacağı ilin valiliğine dilekçelerine ekli olarak kuruluş tüzüğünü vermeleriyle tüzel kişilik kazanır."* Doktrinde sendika tüzüğünün, sendikanın kurulacağı ilin valiliğine verilmesi şartının, sendikaların serbest kuruluş ilkesinin ihlali anlamına geldiği, bu yüzden sendika kuruluşunda normatif sistemin geçerli olduğu görüşü ileri sürülmüştür<sup>19</sup>. Ancak baskın görüş, sendika kuruluşunda izin sistemi veya normatif sistemin değil, serbest kuruluş ilkesinin geçerli olduğu yönündedir<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> AYDIN, Mesut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü", TÜHİS, Şubat- Mayıs 2006, s. 1-2; ÖZVERİ, Murat, Sendikal Haklar ve 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, 1. Baskı, İstanbul 2012, 40; SAĞSÖZ, Uğur, Sendika Üyeliğinin Güvencesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018, s. 10; NANECİ ARICI, s. 531; KARAAH-METOĞLU, Sendikal Hak, s. 81; ARGUN, s. 8; AKYİĞİT, Yeni Sistem, s. 56; EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku, s. 35; BOYDAK, s. 36; SES, s. 70; AKAY PİŞKEN, Nursel, Sendika Özgürlüğü Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshedilmesinin Yargıtay Kararları Bağlamında İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2019, s. 10; TÜYSÜZ, s. 13.

<sup>18</sup> EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku, s. 36.

<sup>19</sup> ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 4. Baskı, İstanbul 1978, s. 57-58.

<sup>20</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 829. Kuruluş sistemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. MAKAS, Recep, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Sendikaların Kuruluş Esasları", TAAD., Y.4, S.15, 2013, s. 159 vd.; AKTAY, s. 15 vd., ARICI, s. 30 vd.; EREN, s. 253; EKİN, s. 25; ÇÖLDEMLİ, s. 23

Aynı iş kolunda faaliyette bulunmak üzere birden fazla sendika kurulması mümkündür. Buna sendika çokluğu ilkesi denir<sup>21</sup>. Bu ilke sadece sendikalar için değil; üst kuruluş olan konfederasyonlar için de geçerlidir. Bu ilkenin zıddı olan sendika tekliği ilkesi ise bir işkolunda birden fazla sendika kurulamayacağı anlamına gelmektedir<sup>22</sup>. Sendika tekliği ilkesi sendikacılığın ortaya çıkış sebebine ve gelişmesine uygun olmamakla beraber, bir kanunla veya idari bir kararla değil de kişilerin özgür iradeleri ile gerçekleşirse sendika özgürlüğüne aykırılık teşkil etmez<sup>23</sup>. Şöyle ki, bir ülkede oluşan sendika tekliği, farklı dini ve siyasi görüşteki kişilerin kendiliklerinden bir araya gelerek bir tek sendika kurmaları suretiyle de gerçekleşebilir. Bu durumda sendika özgürlüğünün ihlal edildiğini söylemek mümkün değildir<sup>24</sup>.

Kişilerin serbest iradesinden doğmayan, tam aksine kanun zoruyla değişik düşüncelere sahip işçi ve işverenlerin bir araya getirilmeleri ise, sendika kurma özgürlüğüne aykırılık teşkil eder. Sendikacılığın güçlendirilmesi için en etkili yöntem, işçilerin haklarını koruyabilmek için tek

---

vd; SES, s. 71 vd. Serbestlik ilkesinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndan önce de geçerli olduğu, 274 sayılı Sendikalar Kanunu m. 1/2 uyarınca sendikaların kurulmasının serbest ve ihtiyari olduğu yönünde bilgi ve görüş için bkz. **ERTEN**, Ali, "Sendikaların Mahiyeti, AÜHFD., Y. 1971, C. 28, S. 1, s. 331. Sendika kurucularının sendikanın kurulduğunu yetkili makama bildirdiği anda sendikanın tüzel kişilik kazandığı, bu aşamada kanuna aykırılıklar olsa da yetkili makamın sendikanın tüzel kişilik kazanmasına engel olamadığı, ancak sendikanın kapatılması için idari makamlara başvurabildiği, bu yüzden Türk hukukunda geçerli olan sistemin serbest kuruluş sistemi olduğu yönünde bilgi ve görüş için bkz. **ARICI**, s. 45.

<sup>21</sup> **SUR**, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Baskı, Ankara, 2022, s. 34; **ARICI**, s. 30; **DEMİR**, Uygulama, s. 496; **EKİN**, s. 50; **ÖZGÜL EKİZ**, s. 316; **ÇOBAN**, Nazlı, Türk İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyeliğinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 22; **ÇOLDEMLİ**, s. 27; **MAKAS**, s. 173; **NANECİ ARICI**, s. 512; **AYDIN**, Sendika Özgürlüğü, s. 4; **OKUR**, s. 83; **SAĞSÖZ**, s. 21; **KÜÇÜK**, s. 72; **CEYLAN**, s. 24; **ERDEM**, s. 23; **BOYDAK**, s. 36; **AYDIN**, Sendika Hakkı, s. 21; **TÜYSÜZ**, s. 14.

<sup>22</sup> **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 829; **DEMİR**, Fevzi, Sorularla Toplu İş Hukuku, C. 2, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 38; **ÇOLDEMLİ**, s. 28; **KÜÇÜK**, s. 72; **AYDIN**, Sendika Özgürlüğü, s. 4.

<sup>23</sup> **SÜMER**, Fatma, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, s. 68; **ÇOBAN**, s. 22; **CEYLAN**, s. 24.

<sup>24</sup> **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 830; **KÜÇÜK**, s. 8; **AYDIN**, Sendika Özgürlüğü, s. 4; **ÇOBAN**, s. 23.



sendikada birleşmeleri gerektiği fikrine sahip olmalarıdır<sup>25</sup>. Ülkemizin nüfusunun ve işgücüne katılan nüfusun kalabalık, yüzölçümünün ve işkolu kavramının da oldukça geniş olduğu göz önüne alındığında, bunun gerçekçi bir durum olmadığı aşikârdır. Ancak sendikacılığın güçlü olabilmesi için tek sendikada birleşmek mümkün olmasa bile, sendika sayısının çok da olmaması gerekir. Esasen, herhangi bir işkolunda çalışan işçilerin toplanabileceği birden fazla, ancak belirli sayıda sendika arasındaki hukuka uygun bir rekabet, sendika yöneticilerini daha dikkatli ve özenli olmaya zorlayacağından işçiler açısından oldukça faydalı olur<sup>26</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin 274 sayılı Sendikalar Kanunu<sup>27</sup> döneminde verdiği bir kararda da "... Türkiye çapında sendika kurma olanaksızlığı, bugün kurulmuş olan Türkiye çapındaki sendikalar yararına bir tekel yaratma sonucunu doğurur ki bu da Anayasa'mızın temel kurallarından bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesine, başka deyimle Anayasa'nın başlangıç kuralları ile 2 nci ve 153 üncü maddeleri kurallarına aykırıdır."<sup>28</sup>

Hukuk sistemimizde sendika özgürlüğü ve bunun beklenen sonucu olarak sendika çokluğu ilkelerine yer verilmiştir (Anayasa m. 51, STİSK m. 3). Bu yüzden ülkemizde tek veya belirli sayıda sendikacılığa gitme olasılığı yoktur<sup>29</sup>. Ancak çok sayıda sendikanın da güçlü sendikacılığı engellediği ve işçilerin örgütlenmesini zorlaştırdığı yadsınamaz bir gerçektir. Bu yüzden Anayasa'ya aykırı olmayacak şekilde sendikacılığın güçlendirilmesi için bazı tedbirler alınması mümkündür. Ülkemizde işyeri esasına göre değil; işkolu esasına göre sendika kurulabilmesi (STİSK m. 3/1), sendikacılığın güçlendirilmesi adına atılmış önemli bir adımdır<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 830.

<sup>26</sup> DEMİR, Fevzi, "Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi", Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 4, s. 26; DEMİR, Sorularla, s. 38-39; EKİN, s.51.

<sup>27</sup> RG., 24/7/1963, 11462.

<sup>28</sup> AYM, 9.2.1972, E.1970/48, K.1972/3, § 6, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1972/3?KelimeAra%5B%5D=sendika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCrl%C3%BCC%C4%9F%C3%BC>, Erişim Tarihi: 15.5.2024.)

<sup>29</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 830.

<sup>30</sup> Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SÜRAL, Nurhan, "Güçlü Sendikacılığın Sağlanmasında İşkolu Sendikacılığı İlkesi", Kamu-İş, Y. 1994, C.3, S.4, s. 45 vd.; BAYCIK, Gaye, "6356 Sayılı Kanun'un Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme

İşkolu sendikacılığı o işkolunda çalışan bütün işçileri en niteliksizinden en niteliklisine kadar aynı örgüt çatısı altında toplamayı amaçlayan ve bu şekilde işçiler arası dayanışmayı sağlayan örgütlenme modelidir<sup>31</sup>. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndan önce 2821 sayılı Sendikalar Kanunu<sup>32</sup> döneminde de sendikaların işkolu esasına göre örgütlenebileceği kabul edilmişti<sup>33</sup>. 2821 sayılı Kanun'dan önceki dönemde ise kanunda sendikalaşmanın ancak işkolu esasına göre olması gerektiği ile ilgili bir kısıtlama olmamasına, meslek ve işyeri esasına göre de sendikalaşma mümkün olmasına rağmen, o dönemde de sendikalaşma daha çok işkolu esasına göre gerçekleşmiştir<sup>34</sup>.

Söz konusu STİSK m. 3/1'in iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesi'nde açılan davada iptal talebinin gerekçeleri; Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda sendikaların yalnızca işkolu esasına göre örgütlenmesinin ve meslek ve işyeri esasına göre örgütlenmenin mümkün olmamasının "ağır, ölçüsüz, demokratik toplum niteliklerine aykırı bir sınırlama" getirmesi olarak sunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, yaptığı

---

Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", İnÜHFD., Y. 2014, C. 5, S. 2, s. 223; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 830; ÇÖLDEMLİ, s. 39; MAKAS, s. 161; KÜÇÜK, s. 67. Hükmün eleştirisi için bkz. GÜLMEZ, Mesut, "“Örgütlenme Özgür-SÜZlülüğü” Cephesinde Yeni Bir Şey yok! Olacağı da Yok!", Çalışma ve Toplum, Y. 2013, C. 2, S. 37, s. 17. "Sendikal hareketin ilk döneminde yaygın örgütlenme modeli meslek sendikacılığı iken, sanayileşme ile birlikte modern sendikacılık işkolu düzeyinde örgütlenmektedir...

Sendikaların işkolu esasına göre örgütlenmelerine ilişkin hükmün, sendikaların güçlü bir şekilde yapılanmaları amacını taşıdığı şüphesizdir... Sendikaların güçlü bir şekilde örgütlenmesi ise tabiiyle işçilerin haklarının daha iyi bir şekilde korunmasını sağlayacaktır. Diğer taraftan, üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak amacıyla kurulan sendikaların, belirtilen amacı gerçekleştirebilecekleri en iyi aracı serbest toplu pazarlık hakkı çerçevesinde bağtlanacak bir toplu iş sözleşmesi olduğu gözetildiğinde de, yukarıda ifade edilen 98 sayılı ILO sözleşmesinin 4 üncü maddesi gereği ihtiyari müzakere usûlünün geliştirilmesi için, sendikaların güçlü bir şekilde yapılanmaları gerektiğini belirtmek gerekir." Y. 9. HD, 25.2.2021, E.2021/614, K.2021/4941, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 21.5.2024.)

<sup>31</sup> DOĞAN YENİSEY, Kübra, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 44.

<sup>32</sup> RG., 7/5/1983, 18040.

<sup>33</sup> KUTAL, Metin, "Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulaması ve Sorunları)", Sicil İHD., Eylül 2006, s. 119; DOĞAN YENİSEY, s. 44.

<sup>34</sup> KUTAL, s. 119.

inceleme sonucunda hükmü iptal etmemiş ve gerekçeli kararında, “İşkolu sendikacılığı işyerindeki temel faaliyetin esas alındığı bir örgütlenme modeli olup, sendika işkolu esasına dayalı olarak kurulur ve mesleklerini dikkate almaksızın o işkolunda çalışan bütün işçilerin örgütlenmesini amaçlar. Bu çerçevede ele alındığında işkolu, örgütlenmenin hedefleri ve faaliyet alanı ile doğrudan ilgilidir. İşkolu düzeyinde örgütlenmiş sendikalar faaliyetlerini yerel, bölgesel veya ulusal farklı düzeylerde yürütebilir. İşkolu sendikacılığı lehine dile getirilen görüşlerin çoğu, haklar mücadelesinde etkili olabilmenin ve sonuç alabilmenin ancak güçlü bir sendika ile mümkün olabileceği, bunun ise daha fazla işçinin aynı sendikada örgütlenmesi ile mümkün olabileceği gerekçesine dayanmaktadır. Çalışanların ve işverenlerin ortak ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla kurdukları sendikalar, demokratik sosyal hukuk devletinin vazgeçilmez öğelerinden birini oluşturmaktadır.” ifadelerine yer vermiştir<sup>35</sup>.

İşkolu sayısının kademeli olarak düşürülerek Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda 20 olarak kabul edilmesi ve Kanun’da, 2821 sayılı Kanun’da olduğu gibi, federasyon türündeki kuruluşlara izin verilmemesi de güçlü sendikacılık için yapılan düzenlemelerden bazılarıdır<sup>36</sup>. Ayrıca yine güçlü sendikacılığı desteklemek amacıyla, bir sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olması bazı şartlarla mümkün kılınmıştır. Şöyle ki, STİSK m. 41/1’e göre; “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.”

<sup>35</sup> AYM, 22.10.2014, E.2013/1, K.2014/161, § 12, 17, 18, 19, (<https://normkararlarbilgiban-kasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/161?KelimeAra%5B%5D=sendika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCr%C4%9F%C3%BC>, Erişim Tarihi: 15.5.2024.) Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CEYLAN, s. 204; ARSLAN, s. 137-138.

<sup>36</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 830-831; KÜÇÜK, s. 68; SAĞSÖZ, s. 21. Kişilerin mesleklerinin ne olduğu ile ilgilenilmeksizin çalıştıkları işyerinin kapsamına girdiği işkolunda faaliyet gösteren sendikaya üye olmalarının, işçiler arasındaki dayanışmayı artırması ve sendikacılığın güçlenmesini sağlaması sebebiyle, en fazla tercih edilen örgütlenme türünün işkolu sendikacılığı olduğu yönündeki bilgi ve görüş için bkz. BAYCIK, İşkolu, s. 223. Hükmün eleştirisi için bkz. GÜLMEZ, s. 23.

### c. Sendikaya Üye Olma Özgürlüğü

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 17/3'e göre; "*Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamaz. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilir.*" Bu hükmün de dayanağı Anayasa m. 51'dir<sup>37</sup>.

Kural olarak, bir işçinin aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olması yasaktır. Ancak kısmi süreli çalışan işçiler için hükümde bir istisnaya yer verilmiştir: Bir işçi aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok işverene bağlı olarak çalışırsa, bu işçinin birden çok sendikaya üye olabilmesi de mümkün olur (STİSK m. 17/3, 4. cümle)<sup>38</sup>. STİSK m. 17/3'ün son cümlesi uyarınca ise; "*İşçi ve işverenlerin bu hükme aykırı şekilde birden çok sendikaya üye olmaları hâlinde sonraki üyelikler geçersizdir.*"

### 2. Negatif Sendika Özgürlüğü

Negatif sendika özgürlüğü kişilerin herhangi bir sendikaya üye olmama veya üyesi olduğu sendikadan istediği zaman ayrılabilme hakkını ifade eder<sup>39</sup>. STİSK m. 17/3'e göre; "*Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse*

<sup>37</sup> "Anayasa'nın 51. maddesinde ise bir örgütlenme biçimi olarak sendika kurma hakkı güvence altına alınmıştır. Anılan maddede çalışanların ve işverenlerin, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu maddede de hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı ifade edilmiştir." AYM, 11.10.2023, E.2022/96, K.2023/174, § 60, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/174?KelimeAra%5B%5D=sendika%20hakk%C4%B1>, Erişim Tarihi: 16.5.2024.)

<sup>38</sup> SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 498; OKUR, s. 76; NANECİ ARICI, s. 528; AKYİĞİT, Yeni Sistem, s. 45; ÇÖLDEMLİ, s. 32; ÖZGÜL EKİZ, s. 316; KÜÇÜK, s. 80-81; BOYDAK, s. 44, dn. 108. Düzenlemenin sadece kısmi süreli çalışan işçiler için olmadığı İş Kanunu ve Kısmi Çalışma Yönetmeliği uyarınca kısmi süreli çalışan sayılmayan işçiler için de uygulanabileceği yönünde bilgi ve görüş için bkz. CANIKLIOĞLU, Nurşen/YAMAKOĞLU, Efe, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Kısmi Süreli Çalışma", Çimento Endüstrisi İşveren, C.27, S.4, Temmuz 2013, s. 16; ÇOBAN, s. 83-84.

<sup>39</sup> SUR, Melda, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Sendika Hakkı", İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, Y. 1994, C. 16, S. 1, s. 43; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 831; DEMİR, Uygulama, s. 512; ARICI, s. 17; EREN, s. 262-263; SÜMER, İş Hukuku, s. 191; DEMİR, Sorularla, s. 59-60; EKİN, s. 51; ÇÖLDEMLİ, s.

sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz.” Buradan da anlaşılacaktır ki, Anayasa m. 51 ve STİSK m. 17 sadece pozitif sendika özgürlüğünün değil, negatif sendika özgürlüğünün de güvencesidir<sup>40</sup>. Ayrıca STİSK m. 19/1 hükmü olan “İşçi veya işveren, sendikada üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” ve STİSK m. 25/1 hükmü olan “İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.” düzenlemeleri de negatif sendika özgürlüğünü korumaktadır<sup>41</sup>.

Negatif sendika özgürlüğü, pozitif sendika özgürlüğünden sonra ortaya çıkmıştır<sup>42</sup>. Pozitif sendika özgürlüğünün amacı işçileri işverenlere karşı korumak iken, negatif sendika özgürlüğünün amacı işçileri sendikalara karşı korumaktır<sup>43</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, çalışanların sendika özgürlüğünün Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye alındığı belirtilmiş; sendika özgürlüğünün hem çalışanların her türlü baskıdan arı olarak istediği sendikaya üye olabilme hakkını içeren olumlu sendika özgürlüğünü hem de herhangi bir sendikaya üye olmama

---

15; BAYCIK, Sendikal Ayrımcılık, s. 13; AYDIN, Sendika Özgürlüğü, s. 12; NANEÇİ ARICI, s. 532; ÖZGÜL EKİZ, s. 316; ÖKTEM SONGU, s. 13; KARAAHMETOĞLU, Sendikal Hak, s. 85; AKYİĞİT, Yeni Sistem, s. 65; ARGUN, s. 9; SAĞSÖZ, s. 30; OKUR, s. 92; ERDEM, s. 24; BOYDAK, s. 46; SES, s. 110; AKAY PİŞKEN, s. 10; AYDIN, Sendika Hakkı, s. 21; ZORLUTUNA, s. 111.

<sup>40</sup> “Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı; çalışanları, istedikleri sendikayı kurma ve bunlara izin almaksızın üye olma haklarıyla (olumlu sendika hakkı) devlete ve işverene karşı koruduğu gibi istediklerinde sendika üyeliğinden ayrılma ve isterlerse hiçbir sendikaya üye olmama haklarıyla (olumsuz sendika hakkı) sendikalar a karşı da korumaktadır.” AYM, 27.12.2023, E.2018/96, K.2023/222, § 264; AYM, 30.12.2020, E.2020/57, K.2020/83, § 13; benzer değerlendirme için bkz. AYM, 14.5.2015, E.2014/177, K.2015/49, (<https://normkararlarbilgibankasi.a.nayasa.gov.tr/ND/2023/222?KelimeAra%5B%5D=sen-dika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC>, Erişim Tarihi: 19.4.2024.)

<sup>41</sup> AKYİĞİT, Yeni Sistem, s. 65; ÇOBAN, s. 24; KARAAHMETOĞLU, Sendikal Hak, s. 85.

<sup>42</sup> SUR, Sendika Hakkı, s. 49; ÇÖLDEMLİ, s. 15; NANEÇİ ARICI, s. 532-533, ZORLUTUNA, s. 110-111.

<sup>43</sup> EKİN, s. 52-53; ÇÖLDEMLİ, s. 15; NANEÇİ ARICI, s. 533; KÜÇÜK, s. 10; ÇOBAN, s. 24; SAĞSÖZ, s. 31; ERDEM, s. 24; AYDIN, Sendika Hakkı, s. 21; TÜYSÜZ, s. 15; ZORLUTUNA, s. 111.

serbestisini içeren negatif sendika özgürlüğünü kapsadığı ifade edilmiştir. Kararda sendikaya üye olmama özgürlüğünün, sendikaların gücüne karşı çalışmanı korumayı amaçladığının altı çizilmiştir<sup>44</sup>.

Toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanılabilmesi için sendikanın muvafakatine ihtiyaç olmaması (STİSK m. 39/4), negatif sendika özgürlüğünü sağlamaya yönelik konulmuş kuralardan biridir. 274 sayılı Kanun döneminde bu hükmün sendika özgürlüğüne aykırı olduğu iddiasıyla açılan bir davada Anayasa Mahkemesi şu karara varmıştır:

*“.....Bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı o toplu iş sözleşmesini yapan işçi kuruluşunun muvafakatine bağlayan bir hüküm bu maddede yer almış değildir. Bu hükme göre işçi kuruluşunun yetkisi kanundaki sınırı aşmamak üzere dayanışma aidatını saptamaktan ileri geçemez. Bundan başka bir işçi kuruluşunun kendi faaliyetiyle mensuplarına sağladığı hakların o kuruluşun mensubu olmayanlara teşmilini, kuruluşun yazılı muvafakatine bağlayan hüküm yasa meclislerince daha önce kabul edilmiş bir genel kural niteliği taşımaktadır. Dayanışma aidatına bağlı olan hüküm ise daha sonra kabul edilen 275 sayılı Kanunda yer almış bir özel kural niteliğindedir. Bir uyuşmazlığın çözülmesinde genel kuralın değil özel kuralın uygulanacağında kuşku yoktur. Kimi bilim çevrelerince de bu görüşler benimsenmiş bulunmaktadır. İşçi kuruluşlarının çabaları ile meydana gelen toplu iş sözleşmelerinden o kuruluşun üyesi olmayan işçilerin hiçbir külfete katlanmaksızın yararlanmaları adalet kurallarına da uygun düşmez. Bunların teşmil yetkisinin kullanılması ve dayanışma aidatı denen bir parayı ödemeleri yollarıyla bir toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları yasa ile sağlanmış bulunduğundan itiraz konusu hükmün sendika özgürlüğünü zedeleyen bir yanı yoktur.”<sup>45</sup>*

Sendikaların dayanışma aidatı miktarını üyelik aidatından daha yüksek belirleyememesi (STİSK m. 39/5) de, devletin negatif sendika

<sup>44</sup> AYM, 18.1.2024, E.2023/12, K.2024/12, § 31, (<https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/ND/2024/12?KelimeAra%5B%5D=sendika%20hakk%C4%B1>, Erişim Tarihi: 16.5.2024.)

<sup>45</sup> AYM, 2.3.1971, E.1970/46, K.1971/24, § 1, (<https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/ND/1971/24?KelimeAra%5B%5D=sendika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C4%9F%C3%BC>, Erişim Tarihi: 16.5.2024.)

özgürlüğünü korumaya yönelik olarak yaptığı düzenlemelerdendir<sup>46</sup>. Dayanışma aidatı toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmayan işçilerin akdedilen toplu iş sözleşmesinden faydalanabilmeleri için düzenlenmiş olan aidattır. STİSK m. 39/4'e göre; "Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz." Söz konusu düzenleme de sendika özgürlüğünü korumak için yapılmış düzenlemelerdendir. Çünkü işyerindeki toplu iş sözleşmesinden yalnızca taraf sendikaya üye olan işçilerin faydalandırılması, işçilerin hem pozitif hem de negatif sendika özgürlüklerine zarar verir<sup>47</sup>.

Taraf işçi sendikasına üye olmayan bir işçinin dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanması talep tarihinden itibaren geçerlidir (STİSK m. 39/4, 3. cümle) STİSK m. 39/4'ün 5. cümlesi olan "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur." düzenlemesinin Bakırköy 16. İş Mahkemesi tarafından Anayasa m. 51'e aykırı olduğu iddiası ile iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmü; görüşme ve toplu pazarlık sürecinde işyerinde çalışan, süresi içinde talepte bulunan ve dayanışma aidatı ödeyen ancak taraf sendikaya üye olmayan işçilerin, geçmişe yönelik parasal haklar bahşeden hükümlerinden yararlanamamasının, işçileri üye olmaya zorlayacağı, bu durumun da hem negatif sendika özgürlüğünü hem de toplu iş sözleşmesi

<sup>46</sup> ÇÖLDEMLİ, s. 15; NANECİ ARICI, s. 532; ERDEM, s. 24. "Üyelik aidat borcu, üyeliğe bağlı bir borç olduğundan üyelik devam ettiği sürece bu borcun varlığından bahsedilebilir. Nitekim yıl içinde yeni üye olunması halinde aidat borcunun kalan süreyle orantılı olarak ödeneceğine dair davacı sendika tüzüğü hükmü de bu esasa uygundur. Ayrıca aksinin kabulü sendika tüzüklerinde aidat ödeme periyodu olarak uzun bir zaman dilimi belirlenmesi halinde bu durum sendikadan ayrılmayı zorlaştıracağından negatif sendika özgürlüğünün ihlali anlamına da gelebilir. Bu sebeplerle somut olaydaki gibi yıl içinde ayrılma mevcut ise kistelyevm uygulanarak aidat borcu hesaplanmalıdır. Mahkemenin bu noktadaki tespiti ve nitelendirmesi yerindedir." Y. 22. HD, 7.5.2013, E. 2013/8182, K.2013/10042, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23.5.2024.)

<sup>47</sup> YILMAZ, İmge Hazal, "Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanmanın Başlangıcı -Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri", TAAD, Y. 12, S. 47, Temmuz 2021, s. 477.

hakkını sınırlayacağı gerekçesi ile oy çokluğu ile iptal etmiştir<sup>48</sup>. Kararın karşı oy yazısında ise toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın ancak taleple söz konusu olabildiği, STİSK m. 39/4'te yararlanmanın başlangıcı olarak talep tarihinin esas alındığı belirtilmiştir. Karşı oy yazısına göre; STİSK m. 39/4'ün 5. cümlesi olan “*İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur*” hükmünün iptali ile birlikte iki ihtimal ortaya çıkacaktır: Ya imzalanıp imzalanmayacağı belli olmayan bir toplu iş sözleşmesinden, imza tarihinden önce dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmak için başvuru şartı aranacak ya da toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlananlara, geçmiş etkili olarak yürürlüğe konulan hükümlerden yararlanma imkânı tanınması gibi adil olmayan ve sendikalar hukukunun üyeliği esas alan anlayışı ile uyuşmayan bir sonuç ortaya çıkacaktır. Çünkü imza tarihinden sonra taraf işçi sendikasına üye olarak yararlanmak isteyen işçiler açısından bile işverene bildirim esas alınmaktadır<sup>49</sup>.

Kanaatimizce söz konusu hükmün iptal edilmesi toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olan işçilerle, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçiler arasında tam bir eşitlik sağlamaktan uzaktır. Ayrıca toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geçmişe götürüldüğü hallerde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin ne zaman olması gerektiği, ödemenin hangi şekilde yapılacağı, geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatı ödeme zorunluğu olup olmadığı gibi konular da belirsizliğini korumaktadır<sup>50</sup>.

### C. Kolektif Sendika Özgürlüğü

Temelde bireysel bir hak olan sendika özgürlüğünün kolektif bir boyutu da vardır. Bireysel sendika özgürlüğü, kişilerin sendikaya üye olup üyelikten ayrılabilmesini ifade ederken, kolektif sendika özgürlüğü sendikaların bağımsızlıklarını ve varlıklarını koruyabilmek için kuruluş

<sup>48</sup> AYM, 30.12.2020, E.2020/57, K.2020/83, §8, (<https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/ND/2020/83?EsasNo=2020%2F57&KararNo=2020%2F83&KararTarihiIlk=30%2F12%2F2020&KararTarihiSon=30%2F12%2F2020>, Erişim Tarihi: 30.8.2024.)

<sup>49</sup> AYM, 30.12.2020, E.2020/57, K.2020/83, Karşı Oy Gerekçesi.

<sup>50</sup> Aynı yönde bkz. YILMAZ, s. 388-389.



amacına uygun sendikal faaliyetlerde bulunabilmesi anlamına gelir<sup>51</sup>. Bu yönüyle bireysel sendika özgürlüğü ve kolektif sendika özgürlüğü birbirini tamamlar<sup>52</sup>. Sendika özgürlüğünün anayasal güvencesini oluşturan Anayasa m. 51'e göre de sendika özgürlüğü hem bireysel hem de kolektif özellikleri bulunan temel bir insan hakkıdır<sup>53</sup>. Kolektif sendika

<sup>51</sup> EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku, s. 33; ARICI, s. 17; DEMİR, Uygulama, s. 513; SÜMER, İş Hukuku, s. 191; AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 73; BAYCIK, Sendikal Ayrımcılık, s. 13; EKİN, s. 53; ÇÖLDEMLİ, s. 16; CEYLAN, s. 17; ERDEM, s. 26; ARSLAN, s. 29-30; BOYDAK, s. 48, AYDIN, Sendika Hakkı, s. 22; TÜYSÜZ, s. 22.

<sup>52</sup> SÜMER, İş Hukuku, s. 191; AKTAY, s. 14; SUR, Toplu İlişkiler, s. 34; ÇÖLDEMLİ, s. 16; ZORLUTUNA, s. 113. "Bireysel sendika özgürlüğü kolektif sendika özgürlüğünün bir gereğidir ve bu ikisi bir bütünü oluşturur." Y. 9. HD, 22.1.2018, E.2016/35557, K.2018/802, kararın metni için bkz. SES, s. 114, dn. 415, aynı yönde Y. 9. HD, 24.3.2016, E.2016/8784, K.2016/7250, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23.5.2024.) AYM, 26-27.9.1967, E. 1963/336, K. 1967/29 sayılı kararı için AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 73, dn. 32.

<sup>53</sup> EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku, s. 31; AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 71; AKTAY, s. 12; ÇÖLDEMLİ, s. 13; AYDIN, Sendika Hakkı, s. 7. "Anayasanın 51. maddesinin incelenmesinden de sendika özgürlüğünün klasik ve en önemlisi sosyal bir temel hak olduğu ortaya çıkmaktadır. Anılan maddenin içeriğinden sendika özgürlüğünün bireysel ve toplu sendika özgürlüğünü kapsayan çifte temel hak özelliği anlaşılmaktadır. İşçinin sendika kurma sendikaya üye olma özgürlüğüne pozitif sendika özgürlüğü denir. İşçiler önceden izin almadan sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahip oldukları gibi, sendikalara serbestçe üye olabilecekler, üyelikten çekilebileceklerdir." Y. 22. HD, 16.4.2015, E.2015/9847, K.2015/13917; Y. 9. HD, 25.3.2014, E.2013/13993, K.2014/10049; Y. 9. HD, 12.10.2015, E.2015/19750, K.2015/28247; Y. 9. HD, 27.1.2016, E.2015/27870, K.2016/2122, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 18.5.2024.) Anayasa Mahkemesi, sendika hakkını temel hak olarak görmemekle birlikte, tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) sendika hakkının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen örgütlenme özgürlüğünün özel bir biçimini temsil ettiğini kabul etmesi, sendika hakkının Anayasa'nın 33. maddesindeki örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olması ve AİHS tarafından korunan bir temel hakın kapsamında kalması sebebiyle, bireysel başvurularda, sendikal hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarını da değerlendirmekte ve bu konularda gerekli kararları vermektedir. Bu konuda bkz. AYM, 28.2.2018, E.2016/141, K.2018/27 sayılı kararın karşı oy gerekçesi §8, (<https://normkararlarbilgi-bankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/27?KelimeAra%5B0%5D=sendika%20hakk%C4%B1&page=2>, Erişim Tarihi: 16.5.2024.) Ayrıca Anayasa Mahkemesi sendikal gerekçelerle iş sözleşmesi feshedildiği hâlde sendikal tazminat talebinin reddedilmesi nedeniyle sendika hakkının ihlal edildiği iddiası ile ilgili verdiği kararda şu ifadelere yer vermiştir: "Örgütlenme özgürlüğü bireylere siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını topluluk hâlinde gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil örgütlenme özgürlüğünün

özgürlüğünün sendikaların varlıklarını koruma özgürlüğü, sendikaya üye çekmek için çalışmalar yapma özgürlüğü ve sendikal faaliyetler düzenleme özgürlüğü olmak üzere üç farklı görünümü mevcuttur<sup>54</sup>.

Kolektif sendika özgürlüğünün sağlanabilmesi için öncelikle sendikaların varlığının devlete karşı korunması gerekir<sup>55</sup>. Anayasa m. 51/1'de ve STİSK m. 3/1'de serbest kuruluş ilkesinin benimsenmesi, sendikaları devlete karşı korumak için alınmış önlemlerden biridir. Sendikaların organlarını oluşturma ve tüzük hazırlamalarına ilişkin özgürlükleri, üyeleri hakkında disiplin cezası verebilme hürriyetleri, sendikaların üst kuruluşlara üye olabilmeleri ve idari yoldan kapatılmamaları da kolektif sendika özgürlüğünü güvence altına alan düzenlemelere örnek teşkil eder<sup>56</sup>.

## II. SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI

### A. Genel Olarak

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu sendika özgürlüğünün korunmasını üç başlık altında ele almıştır. STİSK m. 25'te sendikaya üye olmanın ve sendikal faaliyetlerde bulunma eylemlerinin güvencesi düzenlenirken, işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi STİSK m. 24'te, sendika yöneticiliğinin güvencesi ise STİSK m. 23'te ve STİSK m. 24/5'te hüküm altına alınmıştır. Konu sınırlaması bakımından bu makalede STİSK m. 25'te düzenlenen sendika üyeliğinin ve sendikal faaliyette bulunmanın güvencesi üzerinde durulacaktır.

---

*bir şekli veya özel bir yönü olarak görülmektedir." Anıl Pınar ve Ömer Bilge, B.No: 2014/15627, 5.10.2017, § 18, (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15627, Erişim Tarihi: 16.5.2024.) Kararın incelemesi için bkz. EKMEKÇİ, Ömer/GEMALMAZ, Burak/ASLAN, Volkan/YILMAZ, Hilal, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar, İstanbul 2022, s. 58; ÖZGÜL EKİZ, s. 334 vd; ÖKTEM SONGU, s. 342 vd.*

<sup>54</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 832 vd.; SÜMER, İş Hukuku, s. 191; EKİN, s. 54; ÇÖLDEMLİ, s. 16; CEYLAN, s. 18; AKAY PİŞKEN, s. 11; ZORLUTUNA, s. 114.

<sup>55</sup> SÜMER, İş Hukuku, s. 192; ÇÖLDEMLİ, s. 16; CEYLAN, s. 26; ERDEM, s. 17; ARSLAN, s. 37. Anayasa Mahkemesi'nin 14.10.1969, E.1968/34, K.1969/55 sayılı kararının incelemesi için bkz. EKİN, s. 54.

<sup>56</sup> SÜMER, İş Hukuku, s. 192; ÇÖLDEMLİ, s. 16; AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 74-75; BOYDAK, s. 49; AYDIN, Sendika Hakkı, s. 22.

## B. Sendika Üyeliğinin Güvencesi

### 1. İşçilerin İşe Alınmalarında Sendikal Ayrımcılık Yasağı

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25'te işçilerin işe alınmalarında sendikalı-sendikasız işçi ayırımının yapılamayacağı düzenlenmiştir. STİSK m. 25/1'e göre; "İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz." Söz konusu düzenleme mutlak emredici niteliktedir<sup>57</sup>. İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine bu hükme aykırı olarak konulan düzenlemeler geçersiz olacaktır (STİSK m. 25/8). Bu hüküm uyarınca işverenin bir pozisyon için başvuran adaylardan sadece belirli bir sendikaya üye olanlarla görüşme yapması veya sendika üyesi olan işçilerden hiçbirini işe almaması hem sendika özgürlüğüne hem de işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder<sup>58</sup>. İşverenin STİSK m. 25/1'e aykırı davranması halinde STİSK m. 25/4'te düzenlenen sendikal tazminatı ödemesi gerekeceği gibi sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu da oluşabilir<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> AKYIĞIT, Toplu İş Hukuku, s. 81; SUR, Değerlendirme, s. 333; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 117; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 833; TULUKÇU, Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 429; ÖZKARACA, Arcüment, "6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güveceler", Çalışma ve Toplum, 2013/3, s. 200; NANECİ ARICI, s. 538; DERELİ, Toker, "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Genel Bir Değerlendirme", Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 48; DERELİ, Toker, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Süreçler, Sorunlar ve Öneriler", Çimento İşveren Dergisi, C. 28, S. 1, Ocak 2014, s. 19; ASTARLI, Muhittin, "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları", GÜHFD., Y.2013, S. 1-2; s. 161; SES, s. 101.

<sup>58</sup> NANECİ ARICI, s. 539; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 427; EREN, s. 257; ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 198; ŞAHLANAN, Fevzi, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 132.

<sup>59</sup> ASTARLI, Hukuki Sonuçlar, s. 161; DEMİR, Uygulama, s. 555; NANECİ ARICI, s. 539; BOYDAK, s. 168. Türk Ceza Kanunu m. 118'e göre, "Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, sendika yöneticiliği görevi sona eren bazı işçiler eski işyerine yeniden çalışmak için başvurduğunda, işveren kıdem tazminatlarını ödeyerek iş sözleşmelerini feshetmiştir. Başvurucular, iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedildiği, başka sendikalara üye olan yöneticilerin işe başlatıldığı iddiası ile dava açmışlardır. İlk derece mahkemesi, işverenin başvuru işçilerle yeniden iş sözleşmesi yapmamasının, mahkemece işe başlatılması şeklinde ifaya yönelik hüküm kurulmasını gerektirmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Söz konusu karar Yargıtay tarafından da onanmıştır.

Başvurucular adil yargılanma ve çalışma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Mahkeme, Anayasa m. 51-54'te düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamı belirlenirken Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmelerinin, Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>60</sup>. Anayasa Mahkemesi ayrıca AİHM'nin başvuruların sendika özgürlüklerinin ihlal edildiği yönünde kararları bulunmakla beraber, AİHM'nin sendikadaki görevleri herhangi bir nedenle sona eren sendika üyelerine eski işlerine dönme hakkının, AİHS'in 11. maddesi kapsamında korunmayacağı sonucuna vardığını belirtmiştir<sup>61</sup>. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi objektif ve makul bir haklı neden olmaksızın işçilere üye oldukları sendikalar göz önünde bulundurularak farklı işlem yapılmasının meşru bir amacı olmadığını vurgulamış, söz konusu kararda Anayasa m. 10'da güvence altına alınan eşitlik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmış ve dosyayı yeniden yargılama yapılmak üzere ilk derece mahkemesine göndermiştir<sup>62</sup>.

---

(2) *Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.* Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **FİNCAN**, Müslüm, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", TBB Dergisi, 2018, S. 136, s. 39 vd.; **AYDIN**, Devrim, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", İnÜHFD., 12(2), 2021, s. 791 vd.; **SÜMER**, Sendikal Hak, s. 138 vd.

<sup>60</sup> Remezan Orak ve diğerleri, B. No: 2013/2229, 3/2/2016, § 30, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2229>, Erişim Tarihi: 31.8.2024.)

<sup>61</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ceyhan/Türkiye (k.k., B. No: 46330/99, 4.10.2005 atıf yapan kararı için bkz. Remezan Orak ve diğerleri, B. No: 2013/2229, 3.2.2016, § 31, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2229>, Erişim Tarihi: 31.8.2024.)

<sup>62</sup> Remezan Orak ve diğerleri, kararın metni için bkz. **EKMEKÇİ/GEMALMAZ/ASLAN/YILMAZ**, s. 549 vd.

İşverenin, iş sözleşmesi akdederken işe başvuranların sendikali veya sendikasız olması yönünden ayırım yapması halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir (STİSK m. 25/4). Ancak bu durumda iş sözleşmesi henüz kurulmadığı, başka bir ifadeyle başvuran henüz işçi niteliği kazanmadığı için alacağı ücret de belli değildir. Dolayısıyla bir yıllık ücret tutarındaki tazminatın hangi ücretin esas alınarak hesaplanacağı belirsizdir. Bir görüşe göre bu hesaplamada esas alınması gereken ücret, adayın niteliğine uygun olarak başvurduğu işin emsal ücretidir<sup>63</sup>. Başka bir görüşe göre ise, bu hesaplamada dikkate alınması gereken ücret, işyerinde bir toplu iş sözleşmesi varsa bu sözleşmede belirlenen asgari ücret, böyle bir toplu iş sözleşmesi yoksa veya mevcut toplu iş sözleşmesinde böyle bir hüküm yoksa kanuni asgari ücrettir<sup>64</sup>. Kanaatimizce bir yıllık sendikal tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması gereken ücret, başvuru iş için belirlenen ücret, başvuru işin ücretinin belli olmaması halindeyse emsal ücrettir.

Sendikal nedenle kendisi ile iş sözleşmesi akdedilmediğini iddia eden başvuran, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Ancak işe başvuran kişi, sendikal nedenle ayrımcılık yapıldığına dair güçlü bir durum ortaya koyduğu takdirde ispat yükü işverene geçmektedir (STİSK m. 25/7). Görüldüğü üzere burada 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>65</sup> m. 6 "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*" genel kuralı yumuşatılmış ve başvuran sendikal ayrımcılığa uğradığını düşündüren güçlü bir emare gösterdiğinde ispat yükü işverene yüklenmiştir<sup>66</sup>.

## 2. İş Sözleşmesinin Devamı Sırasında Sendikal Ayrımcılık Yaşığı

İşverenin, herhangi bir sendikaya üye olan işçilerle, hiçbir sendikaya üye olmayan işçiler veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında çalışma şartları ve iş sözleşmesinin sona ermesi açısından da ayırım yapması yasaktır (STİSK m. 25/2). Ancak, işverenin, işçiler arasında, eğitim

<sup>63</sup> TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 118; BOYDAK, s. 71; AYDIN, Sendika Hakkı, s. 81; SARIBAŞ ANSEN, Gizem, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Çerçevesinde Sendikal Güvenceler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2024, s. 23.

<sup>64</sup> AKYİĞİT, Yeni Sistem, s. 78.

<sup>65</sup> RG., 8/12/2001, 24607.

<sup>66</sup> BOYDAK, s. 165; ÖZVERİ, s. 92; ZORLUTUNA, s. 192.

ve kıdem gibi objektif nitelikleri göz önünde bulundurarak ayırım yapmasında herhangi bir hukuka aykırılık yoktur<sup>67</sup>. İşverenin, sendikalı ve sendikasıız işçiler arasında ayırım yapabileceği konular, ücret, ikramiye, prim gibi paraya ilişkin konulardır (STİSK m. 25/2). Kanun koyucu söz konusu hükümle işverenin ayrımcılık yasağına sınırlama getirmiş ve toplu iş sözleşmeleriyle sendika üyesi olan çalışanlar lehine özellikle ekonomi alanında yapılan düzenlemeleri ayrımcılık yasağının dışında tutmuştur<sup>68</sup>. Esasen STİSK m. 39/1 uyarınca da *“Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır.”*

İşveren sendikalı ve sendikasıız işçiler arasında, sırf bu özelliklerinden dolayı farklı işlemde de bulunamaz. STİSK m. 25/3'e göre; *“İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.”* Bu hükümden hareketle, herhangi bir işçinin sendikacılık faaliyetlerini işyeri dışında yürütebileceği gibi, işverenin izni ile işyerinde de yürütebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>69</sup>. Başka bir ifade ile işyerindeki sendikal hareketlere katılan bir işçi, sırf bu davranışından ötürü farklı muameleye tabi tutulamayacağı gibi işten de çıkarılamaz. İşçinin bu güvenceden faydalanabilmesi için faaliyetine katıldığı sendikanın üyesi olması da gerekmez<sup>70</sup>.

Bu konuda Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvuruda, başvuruçular Anıl Pınar ve Ömer Bilge bir şirkette çalışmakta iken İşK m. 17 ve m. 18'e göre performanslarının düşük olduğu gerekçesiyle iş sözleşmeleri

<sup>67</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 834; ŞAHLANAN, Değerlendirme, s. 133; ASTARLI, Hukuki Sonuçlar, s. 162; BOYDAK, s. 109. Y. 9. HD, 14.03.2011, E.2010/26762, K.2011/6747 sayılı kararın incelemesi için bkz. ZORLUTUNA, s. 74.

<sup>68</sup> ŞAHLANAN, Değerlendirme, s. 133; ŞAHLANAN, Toplu İş Hukuku, s. 199; DERELİ, Değerlendirme, s. 46; DERELİ, Öneriler, s. 16; BOYDAK, s. 75; NANEÇİ ARICI, s. 545; ÖNSAL, Naci/AĞBABA, Nuray/TERZİ, Suat, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Çerçevesinde Kolektif İş Hukuku Sorular/Yanıtlar, 1. Baskı, Ankara, 2020, s. 51; AKAY PİŞKEN, s. 21; SES, s. 104-105; SARIBAŞ ANSEN, s. 24.

<sup>69</sup> ŞAHLANAN, Değerlendirme, s. 133; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 835; SÜMER, Sendikal Neden, s. 107; AKAY PİŞKEN, s. 22; BOYDAK, s. 28; SES, s. 104.

<sup>70</sup> ŞAHLANAN, Değerlendirme, s. 133; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 835; BOYDAK, s. 28.

işveren tarafından feshedilmiştir. Başvurucular süresi içinde feshin sendikal nedenle yapıldığının tespiti ve sendikal tazminat talebi ile dava açmışlardır. Başvurucular, şirketin Düzce'deki işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kazanan sendikanın Manisa'daki işyerinde de örgütlenme çalışmalarına başladığını, kendilerinin de mesai saatleri dışında bu toplantılara katılmak suretiyle sendikal çalışmalar yaptıklarını, şirketin bu durumdan haberdar olması üzerine iş sözleşmelerini performans düşüklüğünü gerekçe göstererek feshettiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca şirketin Manisa'da bulunan şubesinde çok sayıda işçinin iş sözleşmelerinin sendikal faaliyetlerde bulunmaları nedeniyle feshedildiğini, açılan davaların işçilerin lehine sonuçlandığını vurgulamışlardır. İlk derece mahkemesi, Düzce'de söz konusu sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kazanmasından sonra Manisa'da çok sayıda işçi çıkardığı, öyle ki işyerinde sendikal işçi kalmadığı, sendika üyesi olmayan başvurucuların sendikaya üye olmalarının engellenmesi amacıyla iş sözleşmelerinin feshedildiği kanaatine varmış ve davayı kabul etmiştir. İlk derece mahkemesi STİSK m.25/5 uyarınca başvuruculara birer yıllık ücretleri tutarında tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Dosyayı temyiz mercii olarak inceleyen Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise ilk derece mahkemesinin, iş sözleşmesinin feshinde herhangi bir haklı neden olmadığı yönündeki tespitini isabetli bulsa da, sendikal fesih sebebinin yeterli ve inandırıcı bir şekilde ispat edilemediği gerekçesiyle sendikal tazminat talebini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede konuyu Anayasa m. 51'de düzenlenen sendika özgürlüğü yönünden ele almış ve sendikaya üye olma güvencesinin henüz sendikaya üye olmadığı halde sendikal faaliyetlere katılmayı da kapsadığını ifade etmiştir<sup>71</sup>. Anayasa Mahkemesi, işçilerin, sendikanın kendisine üye olunması amacıyla düzenlediği toplantılara katılması sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedilmesi halinde, sendika özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmış ve bu durumda devletin pozitif yükümlülükler kapsamında tedbir alması gerektiğini belirtmiştir<sup>72</sup>. Sonuçta Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin ikna edici ve yeterli değerlendirmesine karşılık Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinin

<sup>71</sup> Anıl Pınar ve Ömer Bilge, B. No: 2014/15627, 5.10.2017, § 35.

<sup>72</sup> Anıl Pınar ve Ömer Bilge kararı, § 42.

kararı gerekçesiz olarak bozduğu, bu durumda Anayasa m. 51'de düzenlenen sendika özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır<sup>73</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesine göre sendika özgürlüğü, içeriğinde sendikaların toplu iş sözleşmesi yapmaya yetecek çoğunluğa ulaşabilmeleri için işçileri üye olmaya ikna etme çalışmaları yapabilmelerini de barındıran oldukça geniş kapsamlı bir özgürlüktür<sup>74</sup>. AİHM de, verdiği kararlarda sendikanın çalışanları üyeliğe ikna etme hakkının sendikal haklar içinde olduğu yönünde görüş bildirmiş, sendikanın çalışanları üyeliğe ikna etme hakkını toplu işten çıkarma yoluyla bertaraf eden işverenin davranışının sendikal özgürlükleri ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM'ye göre sendikal tazminatın işçinin ücreti ve işverenin ekonomik gücü göz önünde bulundurulmadan asgari tutardan belirlenmesi işveren açısından caydırıcı etki doğuracak yeterlilikte değildir<sup>75</sup>.

Sendikaya üye olma özgürlüğü, üye olmayı tercih etme yetkisini de içermekte bu tercih de sendikanın işçiyi üye yapmak için yaptığı çalışmalara göre biçimlenmektedir. Başka bir ifade ile sendikal faaliyetlerde bulunma özgürlüğü yalnızca üyesi olunan sendikanın faaliyetlerine katılmayı değil, henüz üyesi olunmamış bir sendika tarafından yapılan bilgilendirilme ve ikna çalışmalarına katılabilme özgürlüğünü de kapsamaktadır<sup>76</sup>. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin yeterli

<sup>73</sup> Anıl Pınar ve Ömer Bilge kararı, § 47.

<sup>74</sup> ÖKTEM SONGU, s. 345.

<sup>75</sup> Anıl Pınar ve Ömer Bilge kararı, § 24. *"Mahkeme, toplu işten çıkarmalar gerçekleştiren işveren için yeterince caydırıcı yaptırımlar dayatmayan ulusal mahkemeler tarafından uygulanan söz konusu yasanın, başvuran sendikanın işçileri sendikaya katılmak için ikna etmeye çalışma özgürlüğünü ortadan kaldırdığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut davada ne kanun koyucular ne de mahkemeler, başvuran sendikanın, üyeleri adına söyleyeceklerini dinlemesi için işvereni ikna etmeye çalışma hakkından ve ilke olarak işverenle toplu sözleşme yapma hakkından etkin bir şekilde yararlanmasını sağlamak konusunda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir. Başvuran sendikanın ve toplumun çatışan menfaatleri arasında kurulması gereken adil dengeye mevcut davada riayet edilmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla söz konusu hususta, Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir."* AİHM, Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye kararı, B. No: 35009/05, 4.4.2017, § 56, kararın Türkçe çevirisi için bkz. (file:///C:/Users/dell/Downloads/CASE%20OF%20TEK%20GIDA%20%C4%B0%C5%9E%20SENDIKASI%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf, Erişim Tarihi: 31.8.2024.)

<sup>76</sup> ÖKTEM SONGU, s. 345; EYRENCİ, Öner, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 23-24 Kasım 2018, s. 421-422.



ve ikna edici bir şekilde gerekçelendirerek verdiği kararın Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından yeterli bir değerlendirme ve somut bir eleştiri olmadan bozulduğu kanaatini belirtmiştir<sup>77</sup>.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin başkanı Seracettin Göktaş, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını eleştirmiştir. Göktaş, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin başvuru iki işçi dışında bu olayla ilgili dairenin önüne gelen bütün dosyalarda, hem işe iade davalarını hem de sendikal tazminat taleplerini kabul ettiklerini ifade etmiştir. Sendikaya üye olmayan bu iki işçi hakkında ise, sendikal faaliyet sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedildiği iddialarını yeterince ve inandırıcı bir şekilde gerekçelendiremedikleri kanaatine ulaştıklarını ve bu yüzden sendikal tazminat talebini reddettiklerini belirtmiştir. Göktaş ayrıca sendika üyesi olmayan işçilere sendikal tazminat ödenmesi ile ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadı olduğunu ifade etmiş, söz konusu kararda bu içtihatlardan farklı bir yol izlediklerinin altını çizmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadına göre sendika üyesi olmayan bir işçiye sendikal tazminat ödenebilmesi için ya işveren işçiyi sendikalı zannederek iş sözleşmesini feshetmeli ya da işçi sendikal faaliyette bulunmalıdır. Göktaş, söz konusu kararda ikisinin de bulunmaması sebebiyle sendikal tazminat talebinin reddediğini, ancak karar gerekçesinin yeterli olmadığını, bu yüzden işçilerin gerekçeli karar hakkının ihlal edilmiş olabileceğini ifade etmiştir<sup>78</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama yapılması için dosyayı gönderdiği Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Göktaş'ın görüşlerine rağmen, mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkesi<sup>79</sup> uyarınca Anayasa

<sup>77</sup> Anıl Pınar ve Ömer Bilge kararı, § 49.

<sup>78</sup> **GÖKTAŞ**, Seracettin, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 23-24 Kasım 2018, s. 461-462; **ÖKTEM SONGU**, s. 346.

<sup>79</sup> Anayasa m. 153/5'e göre; "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar." Ayrıntılı bilgi için **ÖKTEM SONGU**, s. 130 vd; **GÖZTEPE ÇELEBİ**, Ece, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2016, C. 32, S. 1, s. 96; **KAHRAMAN**, Mehmet/**ŞAHİN**, Muhammet, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi", Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2019, C. 36, S. 2, s. 47; **BAYMUŞ**, Turgut/**ACAR**, Eray, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı Üzerine Bir Değerlendirme", Dumlupınar Üniversitesi İİBF Dergisi, Y. 2023, S. 11, s. 121; **KARAN**, Ulaş, Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme, İstanbul 2017, s. 11-12.

Mahkemesi'nin kararına uyarak, daha önce verilen kararın ortadan kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesinin kararına uyulmasına, başvurucu işçilerin işe iade talepleri ile birlikte sendikal tazminat taleplerinin de kabulüne karar vermiştir<sup>80</sup>.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin kararı yerindedir çünkü işçinin katıldığı sendikal faaliyet, sendikanın organize ettiği herhangi bir toplantı olabileceği gibi, bilgilendirilme ve üye olması için ikna edilme konulu bir toplantı da olabilir. Bu yüzden sendikaya üye olmadığı halde, sendikanın bilgilendirme toplantısına katılan başvurucu işçilerin işe iade ile birlikte sendikal tazminat taleplerini de olumlu karşılamak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadından sapma anlamına da gelmez. Kaldı ki işverenin, toplantılara katılan işçilerin hangilerinin sendika üyesi olduğunu kısa bir süre içinde tespit etmesi çok da mümkün olmadığından, sendika toplantılarına katılan herkesin iş sözleşmesini, sendika üyesi olduğu zannıyla feshetmiş olması da mümkündür. Bu yüzden sendika üyesi olmadığı halde, sendika toplantılarına katılan işçilerin sendikal tazminat taleplerinin reddi, işçilerin sendikalardan uzak durmalarına veya yeterince araştırmadan sendika üyesi olmalarına sebep olabilir. Bu durum da geniş anlamda sendika özgürlüğüne zarar verir.

İşverenin işçiler arasında sendikalı olup olmamalarına veya üyesi oldukları sendikaya göre ayırım yapması sendika özgürlüğüne aykırılık teşkil eder. Örneğin işverenin sendikaya üye olan işçilerle olmayan işçiler arasında işin dağılımı, terfi ve geçici görevlendirme gibi konularda sendikal nedenle ayırım yapması halinde ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olur<sup>81</sup>. Anayasa Mahkemesi de bu konuda verdiği bir kararda başvurucunun sendika temsilcisi olması dolayısıyla görev yerinin değiştirilmesinin sendika özgürlüğüne bir müdahale olduğunu belirtmiş, bu durumun demokratik toplum düzenine ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığını altını çizmiştir. Anayasa Mahkemesi yapılan incelemeler sonucunda verdiği kararda, sendika özgürlüğünün sadece sendikaya üye olmayı değil, yönetici ve temsilci olmayı da kapsadığı, bu yüzden bir sendika temsilcisinin, mensubu olduğu sendikanın faaliyetlerine katılması sebebiyle yaptırıma

<sup>80</sup> Y. 22. HD, 6.2.2018, E.2017/45758, K.2018/1846 (ÖKTEM SONGU, s. 347, dn. 861.)

<sup>81</sup> AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 82; NANEÇİ ARICI, s. 541; EREN, s. 259; ASTARLI, Hukuki Sonuçlar, s. 162.

veya farklı muameleye uğramasının örgütlenme özgürlüğünü zedeleyebileceğini vurgulamıştır<sup>82</sup>.

Başka bir kararda ise sendika üyesi olan başvuruçuların sendikal faaliyet çerçevesinde afiş asmaları sonucunda idari para cezası yaptırımına uğramalarının sendika özgürlüğüne aykırı olup olmadığı incelenmiştir. Davada Bakanlık afiş asmaya müdahale edilmesinin hukuki dayanağının 5326 sayılı Kabahatler Kanunu<sup>83</sup> m. 42 olduğunu belirtmiş, müdahalenin amacının başvuruçuların cezalandırılması değil; kamu düzeninin sağlanması olduğunu ifade ederek, müdahalenin amacının meşru olduğunu savunmuştur. Bakanlık ayrıca AİHM'nin *İsviçre Raelien Suisse Hareketi/İsviçre* kararına atıfta bulunarak afiş asmanın peyzajın korunması amacıyla izne bağlanabileceğini vurgulamıştır. Bakanlık afiş asma eyleminin izne bağlanması konusunda kamu makamlarının takdir yetkisi olduğunu belirterek, uygulanan yaptırımın miktarı ve adli sicile işlenmesi göz önünde bulundurulduğunda, müdahalenin demokratik toplum düzeni bakımından gerekli ve ölçülü olduğunu ileri sürmüştür<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Abdulkadir Akgün, B. No: 2015/19791, 20.3.2019, § 47, (<https://kararlarbilgiban-kasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/19791>, Erişim Tarihi: 4.7.2024.) Kararın incelemesi için bkz. **NANECİ ARICI**, s. 541. Kararın dayanağını teşkil eden AİHM kararına göre ise; *"...mevcut davanın koşullarının bütünü ışığında, AİHM, nakil kararının, ulusal makamların, başvuruçuların sendikal faaliyetlerini yürütme hakkına bir müdahale olarak kabul edilebileceğini tespit etmektedir. İlgiliyi, yasal olarak kurulmuş bir sendikaya üye olmasından dolayı, başka bir bölgede bulunan bir şehre göndermeye ilişkin bu şekil bir karar demokratik bir toplumda gerekli değildir. Dolayısıyla, AİHM'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir."* AİHM, Metin Turan/Türkiye kararı, B. No: 20868/02, 14.11.2006, § 31, 32, kararın özet çevirisi için bkz. ([file:///C:/Users/dell/Downloads/CASE%20OF%20MET%C4%B0N%20TURAN%20v.%20TURKEY%20-%20\[Turkish%20Translation\]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf](file:///C:/Users/dell/Downloads/CASE%20OF%20MET%C4%B0N%20TURAN%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf), Erişim Tarihi: 31.8.2024.)

<sup>83</sup> RG., 31/3/2005, 25772 (Mükerrer).

<sup>84</sup> Abdulvahap Can ve diğerleri, B. No: 2014/3793, 8.11.2017, § 28 (<https://kararlarbilgiban-kasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3793>, Erişim Tarihi: 4.7.2024.) *İsviçre Raelien Suisse Hareketi/İsviçre* ([BD], B. No: 16354/06, 13.7.2012) § 65'e göre; *"Yerel makamların, bir afişin, ahlakın korunması, yol güvenliği veya peyzajın korunması gibi çeşitli çıkarların korunması için, bazı yasal kriterleri karşılayıp karşılamadığını incelemesi, devletlerin takdir marjına girmektedir ve makamların, bu alanda izinler vermek için belli bir serbestisi bulunmaktadır."* Kararın çevirisi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-126620%22%5D%7D>, Erişim Tarihi: 1.9.2024.)

Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede AIHM'nin *Şişman ve diğerleri/Türkiye* kararına atıf yapmıştır<sup>85</sup>. Söz konusu davada sendika şube yöneticilerinin işyerlerinde sendikaya tahsis edilen panonun dışına 1 Mayıs gösterileri ile ilgili afiş asmaları nedeniyle disiplin soruşturması açılmıştır. Soruşturma afişlerin yasaklı olması ve görüntü kirliliğine sebep olmasına dayandırılmış ve soruşturma sonucunda başvuruçulara uyarma cezası verilmiştir<sup>86</sup>. AIHM, işverenin başvuruçulara erişilebilir bir sendika bilgi paneli tahsis ettiği kabul edilse bile başvuruçuların işyerinin tamamına afiş asmak suretiyle görüntü kirliliğine yol açan davranışlarının söz konusu olmadığı, afişlerde yasa dışı veya kamuyu rahatsız eden içeriğin olmadığı, fiilin 1 Mayıs İşçi Bayramı'nın organize edilmesi için çalışanlar arasında iletişim kurulabilmesi için işyerinin duvarlarının geçici bir süre kullanılması ile sınırlı kaldığı, verilen uyarma cezasının demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı yönünde görüş bildirmiştir<sup>87</sup>.

Sonuçta Anayasa Mahkemesi, sendika üyesi olan başvuruçuların sendikal faaliyet çerçevesinde afiş asmaları sonucunda idari para cezası yaptırımına uğramalarını sendika özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür. Kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 11'de yer alan sendika özgürlüğünün çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme hakkını ifade ettiği ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olduğu belirtilmiştir<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Şişman ve diğerleri/Türkiye kararı, B. No: 1305/05, 8.3.2012, kararın çevirisi için bkz. (CASE OF ŞİŞMAN AND OTHERS v. TURKEY - [Turkish Translation] by the Turkish Ministry of Justice.pdf, Erişim Tarihi: 1.9.2024.)

<sup>86</sup> Şişman ve diğerleri/Türkiye kararı, § 31.

<sup>87</sup> Abdulvahap Can ve diğerleri, § 22, 23; Şişman ve diğerleri/Türkiye kararı, § 32, 33, 35.

<sup>88</sup> Abdulvahap Can ve diğerleri, § 21, § 38. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 11'e göre; "Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernekkurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir. 2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncaya yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir." (<https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>, Erişim Tarihi: 13.7.2024.)

İşverenin iş sözleşmesinin devamı süresince sendikal ayrımcılık yasağına aykırı davranması halinde işçinin en az bir yıllık ücreti tutarındaki sendikal tazminatı ödemesine hükmedilir (STİSK m. 25/4). STİSK m. 25/7'ye göre; *“Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.”*<sup>89</sup>.

### 3. İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Ayrımcılık Yasağı

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/5'e göre, sadece iş sözleşmesinin kuruluşu ve devamında değil, iş sözleşmesinin feshinde de sendikal işçilerle sendikasız işçiler arasında sırf bu sebeple ayrımcılık yapılması yasaktır<sup>90</sup>. Sözleşmenin sendikal nedenle feshi durumunda işçi, sendikal tazminat talebiyle dava açabilir. İşçinin ayrıca 4857 sayılı İŞK m. 20 ve m. 21 hükümlerine dayanarak işe iade davası açması da mümkündür. İşçinin, sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği iddiası ile işe iade davası açabilmesi için, iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun uygulama alanında olması zorunlu değildir<sup>91</sup>.

Sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi işe iade davası açabileceği gibi, sendikal tazminat için de dava açabilir. Başka bir ifadeyle iş güvencesinden farklı olarak işçinin elinde iki seçenek mevcuttur: İş güvencesinde işçi ancak işe iade davası açabilir. Davayı kazanması halinde onu işe başlatmak veya iş güvencesi tazminatını ödemek işverenin takdirindedir. Oysa iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde, işe iade davası ile birlikte sendikal tazminatı da talep etmek işçinin takdirindedir. İşçi herhangi bir sebeple eski işinde çalışmak istemezse işe iade talep etmeksizin yalnızca sendikal tazminat da talep edebilir. Bu durum işçinin korunması ilkesi açısından yerinde bir düzenleme olup, ideal hukuk

<sup>89</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2022, s. 986; DERELİ, Değerlendirme, s. 47; SUR, Değerlendirme, s. 339; DERELİ, Öneriler, s. 18; NANECİ ARICI, s. 542; SAYIN, Ali Kemal, “Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, Haziran 2012, s. 72.

<sup>90</sup> BOYDAK, s. 108; AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 83; EREN, s. 261; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 119; ÖNSAL/AĞBABA/TERZİ, s. 50; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 202.

<sup>91</sup> NANECİ ARICI, s. 543; DEMİR, Uygulama, s. 538; AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku, s. 84; UÇKAN HEKİMLER, Banu, “Anayasa Mahkemesinin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Değerlendirmesi”, Çalışma ve Toplum, 2015/4, s. 25, ARSLAN, s. 135.

bakımından geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçlarının düzenlendiği İŞK m. 21'in de bu şekilde değiştirilmesi isabetli olacaktır<sup>92</sup>.

İşverenin sendikal faaliyette bulunan işçiyi bu sebeple işten çıkarılması halinde, sendikal tazminata hükmedilir (STİSK m. 25/4). Sendikal tazminatın miktarı işçinin bir yıllık ücret tutarından daha az olamaz. Bir yıllık ücret tutarındaki sendikal tazminatın hesabında hangi tür ücretin dikkate alınması gerektiği ile ilgili kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrindeki hâkim görüşe göre bu hesaplama brüt çıplak ücret esas alınarak yapılmalı ve prim, ikramiye ve komisyon gibi ücret ekleri dikkate alınmamalıdır<sup>93</sup>.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/4'te düzenlenen "*İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir*" düzenlemesi ile STİSK m. 25/5'te yer alan iş güvencesinin kapsamına ilişkin İŞK. m. 18'e atıfta bulunan hüküm sebebiyle iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal tazminat talep edip edemeyecekleri tartışma konusu olmuştu<sup>94</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2014'te STİSK m. 25/4'te geçen "*fesih dışında*" ibaresiyle STİSK m. 25/5'te geçen "*18*" ibaresini iptal etmesi, sorunu iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışındaki işçiler

<sup>92</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1112; BOYDAK, s. 181; NANEÇİ ARICI, s. 545.

<sup>93</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 988; ŞAHLANAN, Değerlendirme, s. 136; SÜMER, Uygulamalar, s. 516; TULUKÇU, s. 437; AKYİĞİT, Yeni Sistem, s. 78; NANEÇİ ARICI, s. 541; BOYDAK, s. 129; KÜÇÜK, s. 117; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.02.2022, E.2022/766, K.2022/1844 sayılı kararı ve kararın incelemesi için ÖZKARACA, Arcument, "Sendikal Tazminata Esas Ücret", Tekstil İşveren Hukuk Eki, S. 143, 2022, s. 6.

<sup>94</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 836; TULUKÇU, s. 431-432; UÇKAN HEKİMLER, s. 26; BOYDAK, s. 130; ARSLAN, s. 134. Mevcut düzenleme sebebiyle iş güvencesi kapsamında çalışmayan işçilerin sendikal tazminat taleplerinin mümkün olmadığı, oysa sendikal tazminatın 6356 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar hem iş güvencesi kapsamında olan hem de olmayan işçiler için sendika hakkının özünü koruyan vazgeçilmez bir güvence olarak mevzuatta yer aldığı, söz konusu düzenlemenin kazanılan haklar açısından bir geriye dönüş teşkil ettiği, bu durumun hukuk devleti ile bağlantılı olarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu, hükmün ilgili yerlerinin ivedilikle iptal edilmesi gerektiği ile ilgili bilgi ve görüş için bkz. SAĞLAM, Fazıl/SOYER, Polat, "İş Güvencesi İçinde Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Bu Açıdan Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu", Legal İSGHD., Y. 2013, S. 39, s. 22-23.

lehine çözüme kavuşturmuştur<sup>95</sup>. Bu sayede iş güvencesi hükümlerinin kapsamında olmayan işçiler de, işe girişlerinde, çalışma şartlarında ve iş sözleşmelerinin sona ermesinde sendikal nedenle ayrımcılığa uğramaları halinde sendikal tazminat kazanma hakkı elde etmiş oldu<sup>96</sup>. Ayrıca iş güvencesi hükümlerinin kapsamında olmayan işçilerin, iş sözleşmeleri sendikal nedenle feshedilirse, bu işçilerin işlerine geri dönmek için dava açabilmeleri de, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararı ile mümkün olmuştur<sup>97</sup>. Mahkeme iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedenle olduğuna karar verirse, iş güvencesi kapsamında olmayan işçi lehine de, tıpkı iş güvencesi kapsamında olan işçiler lehine olduğu gibi, dört aylık ücret tutarındaki boşta geçen süre ücretine ve sendikal tazminata hükmeder<sup>98</sup>. Sendikal tazminatın miktarı en az bir yıllık ücret tutarıdır (STİSK m. 25/4). İş güvencesi hükümlerinin kapsamının dışında olan bir işçi için işe iade davası açma hakkı, yalnızca iş sözleşmesinin sendikal nedenle fesihinde verildiğinden, sendikal neden ispatlanmadığında, fesih için hiçbir geçerli neden bulunmasa bile mahkemenin işe iade davasını reddetmesi gerekir<sup>99</sup>.

Sendikal tazminata hak kazanılabilmesi, iş güvencesi tazminatından farklı olarak, işçinin işe başlamak için işverene başvurmasından veya işverenin işçiyi işe başlatmasından bağımsızdır. Başka bir ifadeyle

<sup>95</sup> AYM, 22.10.2014, E.2013/1, K.2014/161, RG. 11.10.2015, 29529, (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/11/2015111111-10.pdf>, Erişim Tarihi: 18.7.2024.)

<sup>96</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 837; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021, s. 566; SÜMER, Uygulamalar, s. 509; NANEÇİ ARICI, s. 543; BOYDAK, s. 137; ARSLAN, s. 138. Söz konusu hüküm iptal edilmeden önce iş güvencesi hükümleri kapsamında olmayan işçilerin yalnızca kötüniyet tazminatı elde edebildikleri, dolayısıyla bu hükmün işçilere karşı, daha hafif bir ihlal olan ayrımcılığa uğramaları halinden bile daha az bir koruma sağladığı yönünde bilgi ve görüş için bkz. SAĞLAM/SOYER, s. 6.

<sup>97</sup> EKMEKÇİ, Ömer, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar," Çimento İşveren, C. 30, S. 3, Mayıs 2016, s. 20; SÜMER, Halûk Hâdi, "İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Güvencesi", Legal İHSGHD., Nisan 2016, Prof. Dr. Fevzi DEMİR'e Armağan, s. 246; TULUKÇU, s. 432; NANEÇİ ARICI, s. 543.

<sup>98</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 837; ASTARLI, Muhittin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sendika Hakkının Etkili Korunmasına İlişkin Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye Kararı\* ve Türk Hukuku Bakımından Çıkarımlar", Çalışma ve Toplum, 2019/2, s. 1248; TULUKÇU, s. 438; BOYDAK, s. 137.

<sup>99</sup> EKMEKÇİ, İptal Kararı, s. 21; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 837; SÜMER, İş Güvencesi, s. 246; BOYDAK, s. 117.

mahkeme, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini tespit etmesi halinde, işçinin çalışmak için işverene başvurması veya işverenin işe başlatmasına bağlı olmadan sendikal tazminata hükmeder<sup>100</sup>. Bu yüzden eski işyerinde herhangi bir sebeple çalışmak istemeyen işçinin iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilmişse, işe iade davası açmaksızın sadece sendikal tazminat için de dava açabilmesi mümkündür. Ancak sendikal tazminata karar verildiğinde, ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilemez<sup>101</sup>.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25/6'ya göre; “İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir.” Ancak bu durumda işverenin ispat yükü iş sözleşmesinin feshinin nedenine ilişkindir. Başka bir ifade ile işverenin feshin sendikal nedene dayanmadığını ispatlama yükümlülüğü yoktur. İşverenin fesih işleminin nedenini ispatlaması yeterli olup, ayrıca bu nedenin geçerli veya haklı olduğunu da ispatlaması koşulu yoktur<sup>102</sup>. İşçinin, feshin işverenin gösterdiği sebebe değil; sendikal sebebe dayandığını iddia etmesi halinde ispat yükü yer değiştirir. Feshin işverenin iddia ettiği sebeple yapılmadığını iddia eden işçi de feshin sendikal nedenle yapıldığını kanıtlamak zorundadır<sup>103</sup>.

Yargıtay içtihatlarına göre, iş sözleşmesinin sendikal nedene dayanıp dayanmadığının tespitinde, fesih tarihinde işyerinde çalışan işçilerin sendikalılık oranı, daha önce sendikaya üye olup da üyelikten çekilen işçilerden işyerinde çalışmaya devam eden işçi olup olmadığı, sendikal fesih iddiası ile iş sözleşmesi feshedilen başka işçi olup olmadığı ve hem

<sup>100</sup> SÜZEK, s. 566; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 837; SUR, Toplu İlişkiler, s. 59; TULUKÇU, s. 438; DEMİR, Uygulama, s. 552; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 208; BOYDAK, s. 137; UÇKAN HEKİMLER, s. 26; NANECİ ARICI, s. 544; ASTARLI, Türkiye Kararı, s. 1252.

<sup>101</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 836; BOYDAK, s. 121; KARAAHMETOĞLU, Atanur, “İş Güvencesinin Sendikal Güvencelere Etkisi ve Sendikal Güvencelerin Sağladığı Hukuki Korumalar Üzerine Bir Değerlendirme”, Toplum, Ekonomi ve Yönetim Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 2022, s. 17.

<sup>102</sup> TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 197, s. 13, (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss197.pdf> Erişim Tarihi: 18.7.2024.) ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 209, dn. 74; BOYDAK, s. 162; AKYİĞİT, Yeni Sistem, s. 84; ŞAHLANAN, Toplu İş Hukuku, s. 211; SARIBAŞ ANSEN, s. 40.

<sup>103</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 839; EKMEKÇİ, Toplu İş Hukuku, s. 178; DEMİR, Uygulama, s. 543; NANECİ ARICI, s. 545; SÜMER, Uygulamalar, s. 510; SAYIN, s. 72; SARIBAŞ ANSEN, s. 40.



sendika üyesi olup hem de işyerinde çalışmaya devam eden işçi olup olmadığı önem kazanmaktadır<sup>104</sup>. İş sözleşmesinin feshinin sendikal nedenle yapıldığının kabul edilebilmesi için, işverenin fesih işlemini işyerinde sendikayı etkisiz hale getirmek ve bu suretle toplu iş sözleşmesi yapılmasını engellemek için yaptığının belirlenmesi gerekir. Ancak çıkarılan işçilerin büyük çoğunluğunun sendikal olması her zaman feshin sendikal nedenle yapıldığını göstermez<sup>105</sup>. Özellikle yapılan fesihlerin temel sebebinin işyerinin verimliliğinin azalması ve küçülmeye gidilmesi gibi ekonomik sebepler olduğu durumlarda sendikal tazminat talepleri kabul edilmemektedir<sup>106</sup>. Bununla birlikte Yargıtay bir kararında, toplu iş sözleşmesi sürecinin başlamasından sonra çok sayıda işçinin çıkarıldığının belirlendiği bir davada, çıkarılan işçilerin çoğunluğunun sendikal olması ve hiçbir zaman sendika üyesi olmamış veya daha sonra sendika üyeliğinden ayrılmış olan işçilerin görev yerlerinin değiştirilerek çalıştırılmaya devam edilmesini göz önünde bulundurarak, yapılan fesih işlemlerinin sendikal nedenle yapıldığını kabul etmiştir<sup>107</sup>. Yargıtay işverenin, yetkili sendikanın değişmesini önlemek için işçileri ikna etmeye çalışmasını ve onlara menfaat sağlamasını ancak buna rağmen sendikasını

<sup>104</sup> Y. 9. HD, 4.4.2017, E.2017/9171, K.2017/5950; Y. 22. HD, 24.12.2019, E.2017/25076, K.2019/24324 (ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 841, dn. 167.); Y. 22. HD, 17.11.2011, 10439/4986, Y. 9. HD, 25.5.2011, 14308/15448, “İşçinin sendikasız olduğu bir aşamada işine son verilmiş olması feshin sendikal nedene dayanmadığını göstermez.” Y. 9. HD, 19.10.1998, 12272/14546 kararlar için bkz. TULUKÇU, s. 434, dn. 129. “Sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, iş yerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, iş yerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, iş yerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikal olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.” İstanbul BAM, 30. HD, 6.10.2020, E. 2020/381, K. 2020/19760 (SARIBAŞ ANSEN, s. 41-42.)

<sup>105</sup> Y. 9. HD, 4.10.2018, E.2018/5445, K.2018/17529, kararın incelemesi için bkz. ÖKTEM SONGU, s. 351. Y. 22. HD, 2.3.2020, E.2017/28035, K.2020/387 (ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 909.)

<sup>106</sup> DEMİR, Uygulama, s. 557. Y. 9. HD, 28.6.1994, E.1994/8277, K.1994/10145 (İşveren Dergisi, Ağustos 1994, s. 15); Y. HGK., 10.11.1999, E.1999/9-32, K.1999/943 (Tekstil İşveren, Mart 2000, s. 17-18.)

<sup>107</sup> Y. 22. HD, 11.6.2014, E.2014/15027, K.2014/16870 (Çalışma ve Toplum, 2015/3, s. 416 vd.)

değiştirmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini de sendikal nedenle fesih saymıştır<sup>108</sup>.

## SONUÇ

Sendikaların üyelerinin daha yüksek ücretlerle çalışması, onların çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve onlar için çeşitli sosyal, ekonomik ve kültürel imkânlar sağlanması için çalışmalar yapmak gibi görevleri vardır. Sendikaların bu görevlerini yerine getirebilmeleri, hem üyelerin serbestçe üye olup üyelikten ayrılabilmelerine hem de sendikaların serbestçe kurulup sendikal faaliyetlerde bulunabilmelerine bağlıdır. Bu durumların ilki bireysel sendika özgürlüğü, diğeri ise kolektif sendika özgürlüğüdür.

Bireysel sendika özgürlüğü pozitif ve negatif sendika özgürlüğü olmak üzere ikiye ayrılır. Pozitif sendika özgürlüğü işçilere ve işverenlere, dilediği sendikaya üye olma, kanundaki kuruluş şartlarını yerine getirerek sendika kurma ve birden çok sendika arasından istediğini seçme özgürlüğünü veren sosyal haktır. İşçi ve işverenlerin tercihte bulunabileceği birden fazla sendika kurulabilmesi ilkesine sendika çokluğu ilkesi denir. Bu ilke hem sendikalar için hem de üst kuruluş olan konfederasyonlar için geçerlidir. Bu ilkenin zıddı ise sendika tekliği ilkesidir. Sendika tekliği ilkesine göre aynı işkolunda birden fazla sendika kurulamaz.

Ülkemizde sendika özgürlüğünün doğal sonucu olarak sendika çokluğu ilkesi benimsenmiştir. Ancak çok sayıda sendikanın da bazı

<sup>108</sup> “Yine davalı işverenin bu süreçte işyerindeki yetkili sendika değişikliğini önlemek için işçilere para dağıtıldığının iddia edildiği ve bu iddiayı desteklemek için işyerindeki panolarda ilan edilen davalı işyerinin .....nin yazısının dosyaya ibraz edildiği ve ibraz edilen bilâ tarihli bu yazıda, “Hepimiz için olumsuz sonuçlar doğuracak sıkıntılı bir sürecin sağ duyulu davranan sizler sayesinde sona ermiş olması, iş disiplininin ve üretimin kesintisiz şekilde devam etmesi dolayısıyla işinize ve işyerinize sahip çıkmanız bizler için büyük önem taşımaktadır.” yönünde söylemlere yer verildikten sonra Mayıs ayı sonunda 1.000 TL tutarında destek ödemesi yapıldığı, 2015/Ağustos ayından itibaren toplam 4 ay içinde yapılacak ödemelere ilişkin bilgi verildiği görülmüştür. Açıklanan mevcut delil durumu itibariyle; davalı işyerindeki sendikal faaliyete ve sendikalar arasındaki çekişmeye davalı işverenin dahil olduğu açıktır. Fesih için neden göstermeyen, sendikalar arası çekişmeye dahil olan davalı işverenin, iş sözleşmesini sendikal nedenle feshettiği açık olup, bu durumun sendikalar arasındaki rekabetten kaynaklandığını söylemek yerinde değildir. Sendikal fesih iddiası ispatlanmış olup, sendikal tazminatın kabulü gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.” Y. 9. HD, 22.1.2018, E.2016/35810, K.2018/673 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 8.7.2024.)

sakıncaları vardır. Şöyle ki, sendikaların çok sayıda olması işçilerin örgütlenmesini zorlaştırır ve güçlü sendikacılığı engeller. Bu yüzden hukuk sistemimizde, güçlü sendikacılığın geliştirilmesi ve güçlendirilmesi için bazı tedbirler alınmıştır. Sendikaların işkolu esasına göre kurulabilmesi, işkolu sayısının sınırlı olarak belirlenmesi ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda 20'ye kadar düşürülmesi, Kanun'da federasyon türü yapılanmalara izin verilmemesi ve bir sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi alabilmesi için belirli oranda işçinin o sendikaya üye olması zorunluluğunun aranması, hukukumuzda sendikacılığın güçlendirilmesi için alınan tedbirlerden bazılarıdır.

İşçi ve işverenlerin kural olarak aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olabilmeleri yasaktır. Ancak bir işçi aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok işverene bağlı olarak çalıştığı takdirde, bu işçinin birden çok sendikaya aynı zamanda üye olabilmesi mümkündür. Bu düzenleme kısmi süreli çalışan işçilerle birlikte, çalışmanın türü Kısmi Çalışma Yönetmeliği'ne göre kısmi süreli çalışma sayılmayan süreler boyunca birden çok işte çalışan işçilere de uygulanabilir niteliktedir. Bu hükme aykırı olarak birden çok sendikaya üye olan işçi ve işverenlerin ise sonraki üyelikleri geçersiz olur.

Negatif sendika özgürlüğü ise işçi ve işverenlerin hiçbir sendikaya üye olmama veya üye olduğu sendikadan istediği zaman ayrılabilme özgürlüğüdür. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre sendikaya üye olmak gibi üye olmamak veya üyesi bulunduğu sendikadan ayrılmak da serbesttir. Negatif sendika özgürlüğünün amacı işçileri sendikalara karşı korumaktır. Kanun koyucunun bunu sağlayabilmek için de aldığı bazı tedbirler mevcuttur. Bir işçinin toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanabilmesi için, toplu iş sözleşmesini yapan sendikanın onayına ihtiyacının olmaması ve dayanışma aidatının üyelik aidatından daha yüksek belirlenmemesi bu tedbirlerden bazılarıdır.

Sendikaların varlıklarını koruyabilmeleri ve amaçlarına uygun çalışmalar yapabilmeleri için kolektif sendika özgürlüğünün de sağlanması gerekir. Kolektif sendika özgürlüğü ve bireysel sendika özgürlüğü temelde bir bütündür ve birbirlerini tamamlar. Sendikaların kendilerine üye çekmek için çalışmalar yapabilmeleri ve sendikal faaliyetlerde bulunabilmeleri kolektif sendika özgürlüğünün sonucudur.

Sendika özgürlüklerini güvenceye alabilmek için Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlemeler yapılmıştır. STİSK m. 23 sendika yöneticiliğinin, STİSK m. 24 işyeri sendika temsilciliğinin ve STİSK m. 25 de sendika üyeliğinin güvencesini düzenleyen hükümlerdir. STİSK m. 25'e göre, işe girişte, iş sözleşmesi devam ederken ve iş sözleşmesi sona ererken sendikalı işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında ayrımcılık yapılması yasaktır. Fesih dışında sendikal ayrımcılık yapıldığını ispat yükümlülüğü işçiye aitken, sendikal nedenle fesih yapıldığı iddiası ile açılan davada ispat yükümlülüğü işverene aittir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun eski düzenlemesinde sendikal nedenle feshin sonuçları iş güvencesi hükümleri içinde olan işçiler açısından farklı, olmayan işçiler açısından farklı düzenlenmişti. İş güvencesi hükümleri içinde olan işçiler iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açtıkları davada işe iadelerini talep edebilirken, iş güvencesi hükümleri içinde olmayan işçiler ancak sendikal tazminat talebi ile dava açabiliyorlardı. Anayasa Mahkemesi 22.10.2014'te verdiği kararla bu ayrımcılığı ortadan kaldırmış ve sendikal nedenle feshin sonuçlarını her iki tür işçi açısından eşit hale getirmiştir.

## KAYNAKÇA

- AKAY PİŞKEN**, Nursel: Sendika Özgürlüğü Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshedilmesinin Yargıtay Kararları Bağlamında İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2019.
- AKTAY**, Ahmet Nizamettin: Toplu İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- AKYİĞİT**, Ercan: “Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 2, 41-90 (Yeni Sistem).
- AKYİĞİT**, Ercan: Toplu İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020 (Toplu İş Hukuku).
- ARGUN**, Fazilet Nurel: “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği”, TBB Dergisi, Y. 1995, S. 1, s. 5-23.
- ARICI**, Kadir: Türk İş Hukuku-II, Toplu İş İlişkileri Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2022.
- ARSLAN**, Başak: 6356 Sayılı Kanun’un Sendikalara İlişkin Hükümlerinin 87 Sayılı ILO Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020.
- ASTARLI**, Muhittin: “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları”, GÜHFD., Y.2013, S. 1-2, s. 141-183. (Hukuki Sonuçlar).
- ASTARLI**, Muhittin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sendika Hakkının Etkili Korunmasına İlişkin Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye Kararı\* Ve Türk Hukuku Bakımından Çıkarımlar”, Çalışma ve Toplum, 2019/2, s. 1237-1258 (Türkiye Kararı).
- AYDIN**, Beyza: Sendika Hakkı ve Özgürlüğü Kapsamında ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Türk İş Hukukuna Uygulanması Sorunu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2023 (Sendika Hakkı).
- AYDIN**, Devrim: “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, İnÜHFD., 12(2), 2021, s. 791-807 (Engellenme).

- AYDIN, Mesut:** “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Özgürlüğü”, TÜHİS, Şubat- Mayıs 2006, s. 1-34 (Sendika Özgürlüğü).
- BAYCIK, Gaye:** “6356 Sayılı Kanun’un Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi”, İnÜHFD., Y. 2014, C. 5, S. 2, 209-258 (İşkolu).
- BAYCIK, Gaye:** Özel Sektör ve Kamu Sektöründe Sendikal Ayrımcılığın Tespitine Yönelik Veri Toplama Sistemi Oluşturma Yöntemleri ve Türkiye için Model Önerisi, 1. Baskı, Ankara 2019 (Sendikal Ayrımcılık).
- BAYMUŞ, Turgut/ACAR, Eray:** “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı Üzerine Bir Değerlendirme”, Dumlupınar Üniversitesi İİBF Dergisi, Y. 2023, S. 11, s. 119-128.
- BAYRAM, Fuat:** “Avrupa Birliği İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler”, Legal İSGHD., S.13, 2007, s. 51-96.
- BOYDAK, Alptekin Burak:** Sendika Özgürlüğünün Güvencesi, 1. Baskı, Ankara, 2019.
- CANIKLIOĞLU, Nursen/YAMAKOĞLU, Efe:** “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Kısmi Süreli Çalışma”, Çimento Endüstrisi İşveren, C.27, S.4, Temmuz 2013, s. 6-23.
- CEYLAN Ömer:** Sendika Hakkı ve Özgürlüğü: ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Türk Yargı Organlarının Kararlarına Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2022.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nursen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment:** İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, İstanbul, 2022.
- ÇOBAN, Nazlı:** Türk İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyeliğinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.

- ÇÖLDEMLİ**, Ali: Sendikaların Kuruluşu ve Organları, 1. Baskı, Ankara 2016.
- DEMİR**, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir 2018.
- DEMİR**, Fevzi: "Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi", Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 4, s. 17-42.
- DEMİR**, Fevzi: Sorularla Toplu İş Hukuku, C. 2, 1. Baskı, Ankara 2006.
- DERELİ**, Toker, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Süreçler, Sorunlar ve Öneriler", Çimento İşveren Dergisi, C. 28, S. 1, Ocak 2014, s. 10-33 (Öneriler).
- DERELİ**, Toker: "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Genel Bir Değerlendirme", Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 41-64 (Değerlendirme).
- DOĞAN YENİSEY**, Kübra: "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 43-68.
- EKİN**, Ali: Sendikal Kuruluşların İşleyişi ve Denetim, 1. Baskı, Ankara 2019.
- EKMEKÇİ**, Ömer: "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar" Çimento İşveren, C. 30, S. 3, Mayıs 2016, s. 8-21 (İptal Kararı).
- EKMEKÇİ**, Ömer: Toplu İş Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 2022 (Toplu İş Hukuku).
- EKMEKÇİ**, Ömer/**GEMALMAZ**, Burak/**ASLAN**, Volkan/**YILMAZ**: Hilal, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar, 1. Baskı, İstanbul 2022.
- ERDEM**, Duygu: Sendika Özgürlüğünün AIHS ve AIHM İçtihatları Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2021.

- EREN**, Fikret: “Dernek ve Sendikaya Üye Olma”, AÜHFD., Y. 1974, C. 31, S. 1, s. 245-278.
- ERTEN**, Ali: “Sendikaların Mahiyeti”, AÜHFD., Y. 1971, C. 28, S. 1, 323-340.
- EYRENCİ**, Öner: Toplu İş İlişkileri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 23-24 Kasım 2018, s. 399-460.
- FİNCAN**, Müslüm: “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, TBB Dergisi, 2018, S. 136, s. 39 -74.
- GÖKTAŞ**, Seracettin: Toplu İş İlişkileri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 23-24 Kasım 2018, s. 461-462.
- GÖZTEPE ÇELEBİ**, Ece: “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2016, C. 32, S. 1, s. 93-118 .
- GÜLMEZ**, Mesut: ““Örgütlenme ÖzgürSÜZlülüğü” Cepesinde Yeni Bir Şey yok! Olacağı da Yok!”, Çalışma ve Toplum, Y. 2013, C. 2, S. 37, s. 13-40.
- KAHRAMAN**, Mehmet/ŞAHİN, Muhammet: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2019, C. 36, S. 2, s. 37-61.
- KARAAHMETOĞLU**, Atanur: “İş Güvencesinin Sendikal Güvencelere Etkisi ve Sendikal Güvencelerin Sağladığı Hukuki Korumalar Üzerine Bir Değerlendirme”, Toplum, Ekonomi ve Yönetim Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 2022, s. 1-24. (İş Güvencesi).
- KARAAHMETOĞLU**, Atanur: “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Önemi ve Ülkemizde İş Hayatında Sendikal Hak ve Özgürlükleri Zayıflatan Etkenler Üzerine Bir Değerlendirme”, İş ve Hayat, Y. 2020, C. 6, S. 11, s. 75-99 (Sendikal Hak).



- KARAN**, Ulaş: Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme, İstanbul 2017.
- KUTAL**, Metin: “Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulaması ve Sorunları)”, Sicil İHD., Eylül 2006, s. 118-125.
- KÜÇÜK**, Karsu: Sendika Üyeliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.
- MAKAS**, Recep: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda Sendikaların Kuruluş Esasları”, TAAD., Y. 2013, S.15, s. 155-187.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2022.
- NANECİ ARICI**, Aslı: “İşçi Sendika Özgürlüğünün Korunması”, ERÜHFD., Y. 2023, C. 18, S. 2, s. 511-572.
- OKUR**, Zeki: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 4, s. 69-110.
- ÖKTEM SONGU**, Sezgi: Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Sendika Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2020.
- ÖZGÜLEKİZ**, Seda: “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Güvencesi ve Yargıtay Kararları Işığında Özgürlüğe Aykırılığın Tespiti”, TAAD., Y. 15, S. 58, Nisan 2024, s. 313-340.
- ÖNSAL**, Naci/**AĞBABA**, Nuray/**TERZİ**, Suat: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Çerçevesinde Kolektif İş Hukuku Sorular/Yanıtlar, 1. Baskı, Ankara 2020.
- ÖZKARACA**, Ercüment: “6356 Sayılı Kanun’da Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s. 173-216 (Sendikal Güvenceler).
- ÖZKARACA**, Ercüment: “Sendikal Tazminata Esas Ücret”, Tekstil İşveren Hukuk Eki, S. 143, 2022, s. 1-13 (Esas Ücret).

**ÖZSUNAY**, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 4. Baskı, İstanbul 1978.

**ÖZVERİ**, Murat: Sendikal Haklar ve 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası, 1. Baskı, İstanbul 2012.

**SAĞLAM**, Fazıl/**SOYER**, Polat: “İş Güvencesi İçinde Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Bu Açıdan Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, Legal İSGHD., Y. 2013, S. 39, s. 3-24.

**SAĞSÖZ**, Uğur: Sendika Üyeliğinin Güvencesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018.

**SARIBAŞ ANSEN**, Gizem: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Çerçevesinde Sendikal Güvenceler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2024.

**SAYIN**, Ali Kemal: “Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, Haziran 2012, s. 67-77.

**SES**, Sencer Metin: Sendika Özgürlüğü ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2018.

**SUR**, Melda: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 317-356 (Değerlendirme).

**SUR**, Melda: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Sendika Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, Y. 1994, C. 16, S. 1, s. 37-50 (Sendika Hakkı).

**SUR**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Baskı, Ankara 2022 (Toplu İlişkiler).

- SÜMER**, Fatma: Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015 (Sendikal Hak).
- SÜMER**, Halûk Hâdi: “İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Güvencesi”, Legal İHSGHD., Nisan 2016, Prof. Dr. Fevzi DEMİR’e Armağan, s. 229-250 (İş Güvencesi).
- SÜMER**, Halûk Hâdi: İş Hukuku, 26. Baskı, Ankara 2022 (İş Hukuku).
- SÜMER**, Halûk Hâdi: İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Ankara 2019 (Uygulamalar).
- SÜMER**, Halûk Hâdi: İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, 1. Baskı, Konya 1997 (Sendikal Neden).
- SÜRAL**, Nurhan: “Güçlü Sendikacılığın Sağlanmasında İşkolu Sendikacılığı İlkesi”. Kamu-İş, Y. 1994, C.3, S.4, s. 45-80.
- SÜZEK**, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021.
- ŞAHLANAN**, Fevzi: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 110-142 (Değerlendirme).
- ŞAHLANAN**, Fevzi: Toplu İş Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2020 (Toplu İş Hukuku).
- TULUKÇU**, Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, 1. Baskı, Ankara 2017.
- TUNCAY**, Can/**SAVAŞ KUTSAL**, Burcu: Toplu İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2019.
- TÜYSÜZ**, Cemre: Uluslararası Belgelerde Sendika Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.
- UÇKAN HEKİMLER**, Banu: “Anayasa Mahkemesinin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Değerlendirmesi”, Çalışma ve Toplum, 2015/4, s. 11-34.

**YILMAZ, İmge Hazal:** “Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanmanın Başlangıcı - Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri”, TAAD, Y. 12, S. 47, Temmuz 2021, 375-390.

**ZORLUTUNA, Dilara:** Sendikalar Hukukunda Demokrasi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015.

## İNTERNET KAYNAKLARI

CASE OF ŞİŞMAN AND OTHERS v. TURKEY - [Turkish Translation] by the Turkish Ministry of Justice.pdf

file:///C:/Users/dell/Downloads/CASE%20OF%20MET%C4%B0N%20TURAN%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf

file:///C:/Users/dell/Downloads/CASE%20OF%20TEK%20GIDA%20%C4%B0%C5%9E%20SENDİKASI%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-126620%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-126620%22]})

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3793>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/19791>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1971/24?Kelime-Ara%5B%5D=sen-dika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BC%C4%9F%C3%BC>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1972/3?Kelime-Ara%5B%5D=sen-dika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BC%C4%9F%C3%BC>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/161?Kelime-Ara%5B%5D=sen-dika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BC%C4%9F%C3%BC>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/174?Kelime-Ara%5B%5D=sendika%20hakk%C4%B1>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/222?Kelime-Ara%5B%5D=sen-dika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BC%C4%9F%C3%BC>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/27?Kelime-Ara%5B%5D=sen-dika%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BC%C4%9F%C3%BC>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2024/12?Kelime-Ara%5B%5D=sendika%20hakk%C4%B1>

<https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss197.pdf>



## DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA DİSİPLİN SUÇLARINDA ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR İLKESİ

Arş. Gör. Cavidan YEMEZ\*

### Öz

Disiplin hukuku, çalışılan kurumda düzenin tesis edilmesi, hizmetlerin verimli, etkili ve etkin şekilde yürütülmesi, düzeni bozan her türlü eylem ile mücadele edilmesi amacı üzerine inşa edilmiştir. Bu saikle kimi eylemler yasaklanmış ve yine bozulan düzenin yeniden tesis amacıyla, bahsi geçen bu eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde bu kimselere yönelik çeşitli müeyyideler öngörülmüştür. Bu müeyyideler ise ancak usulüne uygun bir soruşturmanın neticesinde söz konusu olabilecektir. Disiplin soruşturmasında, disiplin suçuna konu olan eylemin ispat faaliyeti için delillere başvurulmaktadır. Kimi hallerde soruşturma sürecinde delillerin, ceza yargılaması neticesinde toplanması, tesadüfi olması veya hukuka aykırı şekilde elde edilmesi gibi durumlarla karşılaşılabilir. İşte bu halde, verilen disiplin cezasının bahsedilen delillere dayandırılmasının hukukiliği tartışma konusu olacaktır. Bu çalışmada, maddi hakikatin tespiti için yeterli ve kesin delil olması gerekliliği ve aksi durumda ise suçsuzluk karinesinin ihlal edileceği anlayışıyla, Danıştay kararları ışığında disiplin suçlarında şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulamadaki yansımaları incelenmiştir.

\* Arş.Gör., Ardahan Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Ardahan, Türkiye | Res.Ass., Ardahan University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Political Science and Public Administration Department, Ardahan, Türkiye.

✉cavidanyemez@gmail.com • ORCID 0000-0002-1096-0502.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: YEMEZ, Cavidan: "Danıştay Kararları Işığında Disiplin Suçlarında Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2045-2087.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

• Disiplin Soruşturması • Disiplin Suçu ve Cezası • Delil ve İspat • Suçsuzluk Karinesi • Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

## THE PRINCIPLE OF THE BENEFIT OF THE DOUBT FOR THE ACCUSED IN DISCIPLINARY OFFENSES IN LIGHT OF THE DECISIONS OF THE COUNCIL OF STATE

### Abstract

Disciplinary law aims to establish institutional order, ensure efficient and effective services, and combat actions that disrupt order. To restore order, certain actions have been prohibited, and sanctions are imposed on those who commit them. These sanctions can only be implemented as a result of a properly conducted investigation. In a disciplinary investigation, evidence is used to prove the act that constitutes the disciplinary offense. During investigations, issues may arise with evidence collection due to criminal proceedings, coincidence, or illegal acquisition. In such cases, the legality of using this evidence for disciplinary penalties is debatable. This study examines the need for sufficient and conclusive evidence to determine the truth, based on Council of State decisions. It highlights that without such evidence, the presumption of innocence is violated, emphasizing that doubts in disciplinary cases should favor the accused.

### Keywords

• Disciplinary Investigation • Disciplinary Offense and Penalty • Evidence and Proof • Presumption of Innocence • The Principle of In Dubio Pro Reo

## GİRİŞ

Latince kökenli olup, Fransızcadan dilimize geçen ve *disciplina* ifadesinin karşılığı olarak lügatımızda yer edinen disiplin, anlam itibarıyla “sıkı düzen, yol, kurallara uymak için sağlanan yöntem” şeklinde tanımlanmıştır<sup>1</sup>. Bir başka tanıma göre ise disiplin, “eğitim, terbiye, öğrenim hali yahut öğrencilik hali ve adabı” şeklinde ifade edilmiştir<sup>2</sup>. Bu kavram aynı zamanda öğretmek ve terbiye etmek anlamlarını da bünyesinde ihtiva ederken esasen ait olunan topluluk tarafından konulan yazılı ya da yazısız kurallara titizlikle uyulması veya bahsi geçen bu kurallara uyma

<sup>1</sup> Çevrimiçi Türkçe Sözlük Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi 05.06.2024).

<sup>2</sup> Türkçe Etimoloji Sözcüğü, <https://www.etimolojiturkce.com/arama/delil> (Erişim Tarihi 05.06.2024).



zorunluluğu olarak da ifade edilebilir<sup>3</sup>. Toplum içerisinde bahsettiğimiz bu düzen halinin devamı için ceza hukuku normlarına ihtiyaç duyulurken, kamuyu ilgilendiren hizmetler hususunda yaşanacak düzensizliklere engel olmak için de disiplin hukuku normlarına gereksinim vardır.

Yasal bir tanımı yapılmamış olan disiplin kavramı, idare hukukunda ise kamu hizmetini yürütmekle görevli olan kamu personellerinin yükümlendikleri bu vazifeyi hakkıyla yapmaları için konulan kurallara uymaları şeklinde ifade edilmiştir<sup>4</sup>. Hukuki manada disiplin, belirli bir statüye sahip kimseler ile kamu otoritesi arasındaki ilişki olarak da tarif edilebilir<sup>5</sup>. Hülasa disiplin hukuku, bir kurumda iç düzeni temin ve tesis etmek, kurumda faaliyet gösteren personellerin mevzuata uymasını sağlamak, şayet bahse konu çalışanlar çalışma düzeninin gereklerini yerine getirmez, hizmetin gereklerine aykırı bir tutum sergilerse, bu halde o kimseler hakkında disiplin soruşturması yürütmek ve gerekli görüldüğü halde haklarında disiplin yaptırımlarına hükmetmek şeklinde tarif edilebilir<sup>6</sup>.

Takdir edilir ki kamu hizmetini yürütmek için çok sayıda kamu görevlisinden yardım alınır. Kamu personeli ve memurların, kamu hizmetinde eksiklik, aksaklık ve bir gecikme yaşanmadan görevlerini yerine getirebilmeleri için birtakım normlara ihtiyaç duyulmuştur. Bahsi geçen bu normlar ile memurlar düzen içinde çalışacak ve kamu hizmetleri bu vesileyle aksamayacaktır. Aksi halde norma aykırılık, disiplinin olmaması ve işlerin aksaması ile sonuçlanacaktır<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> **CEMALOĞLU**, Necati: "Disiplinle İlgili Kavramlar, İlkeler ve Uygulamalar", Milli Eğitim, 175, 01 Ocak 2007, 10: **YILDIRIM**, Ramazan: "Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 14, 2002, s. 81.

<sup>4</sup> **GİRİTLİ**, İsmet / **BİLGİN**, Pertev / **AKGÜNER**, Tayfun: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 617: **İŞIKLAR**, Celal: Kamu Disiplin Yaptırımları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 51.

<sup>5</sup> **BOULANGER**, Özge Didem: "Disiplin Cezalarının Özlük Dosyalarından Silinmesi ve Cezalara İlişkin Bilgilerin Üçüncü Kişilere Verilmesi Meselesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 0/50, 30 Mart 2022, 224.

<sup>6</sup> **BOULANGER**, s. 224. AYM, Başvuru Numarası: 2016/13566, Resmî Gazete Tarihi: 20.10.2020. Resmî Gazete Sayısı: 31280.

<sup>7</sup> **ASLAN**, Zehreddin: Disiplin Suç ve Cezaları, İstanbul, Alfa Yayınları, 2001, s. 23.

Kamu hizmetinde eksiklik, aksaklık ve bir gecikme yaşanmaması için konulan bu normlar<sup>8</sup>, kamu personellerinin görevleriyle ilgili ödev, sorumluluk ve yasaklardan oluşmaktadır. Ödev, sorumluluk ve yasaklara aykırı olarak vuku bulan ve mevcut disiplinin bozulması ile sonuçlanan eylemler disiplin suçuna vücut verirken, bahse konu eylemin aynı yahut farklı kimselerce yeniden işlenmesinin engel olmak maksadıyla öngörülen müeyyideler ise disiplin cezalarını oluşturmaktadır<sup>9</sup>. Hülasa kamuda çalışan personellerin, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amacıyla konulan normlara uymaması sebebiyle, disiplinin bozulması ve bozulan disiplinin yeniden tesisi amacıyla ilgili normlarda belirtilen usul ve esaslara uygun şekilde ilgili kamu personellerine disiplin cezası verilmesi usulüne *disiplin hukuku* adı verilmektedir<sup>10</sup>.

Nitekim, Anayasa'nın 129. maddesi ve 657 sayılı Kanununun 124. maddelerinde de değinildiği gibi kamu görevlileri, ilgili kanun hükümlerinde emredilen ödevlere uymanın yanı sıra yasaklanan işleri de yapmaktan sakınlıdır<sup>11</sup>. Zira her iki durumda da var olan kamu düzeninin bozulması söz konusu olup, bu eylemler nedeniyle bir disiplin yaptırımı öngörülmelidir. Ancak disiplin yaptırımı öngörülürken soruşturulan kişinin masumiyeti zedelenmeden, şayet şüphe varsa şüphelerin bertaraf edilerek, tam bir ispat ile disiplin yaptırımının öngörülmesi ve uygulanması gerekmektedir.

Adil yargılanma hakkının bir unsuru, hukuk devleti olmanın ise gereği olan suçsuzluk karinesi, bir suç ithamı ile karşı karşıya kalan

<sup>8</sup> **EROL**, Ömer Faruk: "Kamu Görevlisinin Etik Sorumluluğu", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10, S. 2, 30 Aralık 2022, s. 737.

<sup>9</sup> **ÇINAR**, Can Evren / **UÇAR**, İsmail: Kamu Görevlileri Hukuku, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s.151.

<sup>10</sup> **BUCAKTEPE**, Adil: "Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, Nisan 2015, s. 199-224: **AKYILMAZ**, Bahtiyar: "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları VI, S. 1-2, Aralık 2003, s.201: **DÖNMEZER**, Sulhi /**ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 10. Baskı, c. II, İstanbul, 1994, s. 341 vd.

<sup>11</sup> **AKKOYUNLU**, Sencer Abdullah: "Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, S. 48, 2023, s.3.

herhangi bir kimsenin kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın masum olarak kabul edileceği yahut Anayasal ifade ile suçlu sayılamayacağı anlamına gelmektedir<sup>12</sup>. Disiplin hukukunda da geçerli olan bu ilke, disiplin tahkikatı esnasında hakkında soruşturma yürütülen kimsenin bahse konu disiplin suçunu işlediği yönündeki iddiaların tüm şüphelerden uzak, yeterli ve inandırıcı deliller ile somut, kesin, eksiksiz bir vicdani kanaat edindirecek şekilde ortaya konulması gerektiği<sup>13</sup> aksi takdirde sanığın itham edilen disiplin suçunu işlediği yönünde şüpheler mevcutsa, masumiyet karinesinin bir yansıması olarak şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması ve soruşturulan kişiye herhangi bir disiplin cezasının uygulanmaması yerinde olacaktır.

Ceza yargılamalarında olduğu gibi neticeleri itibariyle kişilerin temel hak ve hürriyetleri üzerinde etki doğurabilecek bir mahiyeti olan disiplin soruşturmalarında da şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanacağı hususunda kuşkuya yer yoktur<sup>14</sup>. Yürütülen disiplin tahkikatı neticesinde emredilen ödevlere aykırı davranan yahut yasaklanan işleri yaptığı iddia edilen kamu görevlisine uygulanacak disiplin yaptırımı için sanık hakkından her türlü şüphenin yenilmesi, bilhassa bu sebeple çok önemlidir. Hal böyle olunca disiplin soruşturmasına konu olan fiillerin soruşturulan kimse tarafından işlendiği hususunda hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde neticenin hukuken ortaya konulması da elzemdir.

Disiplin soruşturmalarında mevcut şüpheyi, soruşturulan kişinin lehine değerlendirmek ve bu şüpheden ötürü bir disiplin yaptırımına hükmetmemek muhtemel keyfi ve haksız uygulamaların da önüne geçeceği gibi bir disiplinsizliğin söz konusu olmadığı hallerde de masum bir insanın bir disiplin yaptırımı ile karşı karşıya kalmasına engel olacak ve bu vesile ile bireylerin adalet duygusunun zedelenmesini de önleyecektir. Bu çalışmada ise bahsi edilen bu disiplin suçu ve cezası kavramlarının

---

<sup>12</sup> **YILDIRIM**, s. 118-119.

<sup>13</sup> Danıştay 12. D.,30.05.2017, E. 2016/7260, K. 2017/2823, www.kazanci.com.tr\_(Erişim Tarihi 23.09.2024).

<sup>14</sup> **US DOĞAN**, Eser /**YÜCEL DERİCİLER**, Özge: "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelelerinin Uygulanması", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Nisan 2020, s. 1108 vd..

neler olduğu, disiplin soruşturmalarında delillendirme süreçleri, elde edilen delilin türleri ve soruşturmada kullanılması, disiplin hukukunda masumiyet karinesinin yeri ve bu karinenin yansımaları olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi anlatılacak olup, bu ilkenin Danıştay kararları ışığında uygulamadaki yansımalarından bahsedilecektir.

## I. DİSİPLİN SUÇU VE DİSİPLİN CEZASI KAVRAMLARI

Suç ifadesi, “*yasalara aykırı davranış, cürüm*” anlamlarını bünyesinde ihtiva etmektedir<sup>15</sup>. Yine suç kavramı, belli kanunları ihlal eden beşeri davranışlar, toplum nezdinde onaylanmayan eylemler olarak tanımlanabilirken, suçlu hukuki değer yahut menfaati ihlal eden davranış şeklinde tanımlamak da mümkündür<sup>16</sup>. Disiplin suçu ise mevcut kamu hizmetlerinin, bu hizmetlerden faydalanan kimselere nizami ve etkin bir halde ulaştırmak amacıyla kurum bünyesinde düzeni, kurumdaki disiplini yine kamu hizmeti sunan kimselerin statüsünü düzenleyen hükümleri ihlal edecek mahiyette olan hal ve hareketler ifade etmektedir<sup>17</sup>. Bir başka tanıma göre ise disiplin suçu, memurun vazifesini tam olarak yerine getirmesi ve sunulan kamu hizmetlerinde bir eksiklik yahut aksaklık yaşanmaması için ihdas edilen normlara, aykırılık taşıyan tutum ve davranışlardır<sup>18</sup>. Disiplin hukuku normlarla düzenlenmesine karşın, disiplin suçuna ait tanımların ekseriyetle genel ve soyut kavramlarla yapıldığı görülmektedir. Esasında ceza hukukuna bakıldığında, suçların basit ve nitelikli hallerinin dahi disiplin suçlarının aksine somut kavramlarla ve ayrıntılı bir şekilde tanımlandığı görülecektir<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi 06.06.2024).

<sup>16</sup> **HAFIZOĞULLARI**, Zeki / **GÜNGÖR**, Devrim: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.20, S.69, Mart 2007, s. 22-23; **DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 18. Baskı, Hukuk Dizisi 235, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 216.

<sup>17</sup> **AKYILMAZ**, Bahtiyar: “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/2 (2002), s. 243; **BOULANGER**, s. 224; **İŞIKLAR**, s. 51.

<sup>18</sup> **BUCAKTEPE**, 202.

<sup>19</sup> **HÜSEYİNOĞLU**, Emin: “Yargı Kararları Işığında Disiplin Hukukunda Suçta ve Ceza Kanunilik İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 158, 2022, s. 116.

Esasen en sade tanımıyla disiplin suçu, kamu hizmet düzenini bozan davranışlar bütünüdür<sup>20</sup>. Disiplin cezası ise kamu işlerinin niteliği gereği ve yine hizmet yararına memurun kamu işini daha iyi yürütmesi, vazifesine ve yürüttüğü işlere bağlılığının tesis edilmesi amacıyla, kamu görevlilerinin kendi içerisinde ast-üst ilişkisindeki denetimi sağlamak ve bu vesile ile kamu görevlerinin en verimli şekilde yerine getirilmesi ve toplum yararının sürekliliğinin korunmasını temin etmek<sup>21</sup> için alınan tedbirler şeklinde tanımlanabilir<sup>22</sup>. Bu yönleriyle disiplin cezaları, esasında memurun göreve bağlılığını artırmak ve bahse konu kamu hizmetlerinin ise en iyi düzeyde yürütülmesi sağlamak amacını ihtiva eder<sup>23</sup>. Tanımlara bakıldığı takdirde, kamu görevlilerinin görev, anlayış, yetki ve ödevlerinin esasında kamu yararıyla sınırlandırıldığı ve eylemleriyle bahse konu sınırı aşan kamu görevlilerinin ise eylemine uygun disiplin cezası ile cezalandırılmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır<sup>24</sup>. Bu hususta ilgili Danıştay kararlarında da disiplin cezası kavramının kamu görevinin gereği gibi yürütülmesi anlayışı üzerine bina edildiği görülmektedir. Danıştay'ın disiplin cezalarını kamu görevlilerinin bağlı bulunduğu mevzuat gereğince yerine getirmekle mükellef oldukları ödev ve sorumluluklarını yerine getirmemesi veya yasaklanan fiillerde bulunması halinde muhatap olacakları yaptırımlar şeklinde tanımladığı ve içtihatlarından bu yaptırımların kamu görevlisinin özlük hakları üzerinde neticeleri olduğu için subjektif bir vasfa, kamu düzeninin sağlanması hususunda ise kamusal bir vasfa sahip olduğu ifade etmiştir<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> PINAR, İbrahim/ÇALIŞKAN, Öner: Açıklamalı – İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 23.

<sup>21</sup> AYM, 20.10.2011, E.2010/28, K.2011/139, R.G. Tarih: 07.02.2012, Sayı: 28197, (Erişim Tarihi 08.06.2024).

<sup>22</sup> ERDOĞDU, Ahmet: "Yeni Disiplin Cezaları", Danıştay Dergisi, Y.2, S.6, s. 8.

<sup>23</sup> TANRIVERMİŞ, Atilla: Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenme Hakkı, Seçkin Hukuk, no: 2716, Ankara: Seçkin, 2021, s. 33; PINAR/ÇALIŞKAN, s. 23.

<sup>24</sup> PINAR/ÇALIŞKAN, s. 23.

<sup>25</sup> Danıştay, 12. D, 04.12.2019, E. 2015/2920, K. 2019/585, www.kazanci.com.tr\_(Erişim Tarihi 08.06.2024).

## II. DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA DELİLLENDİRME

Disiplin soruşturması/kovuşturması/yargılaması, bozulduğu öngörülen sistemin bir bölümünün bir daha sağlanabilmesi için disiplinsizliğe sebebiyet veren hareketlerin müeyyidelendirilmesi gayesiyle hareket edilen, kendine mahsus niteliklere sahip bir tetkik etme faaliyetidir<sup>26</sup>. Her sistem, kendi içinde düzeni sağlama maksatlı bir disiplin mevzuatına ve disiplin yargılamasına yönelik hükümleri farklı şekilde düzenleme imkânına sahiptir. Bu durumun yanı sıra bu sistemler arasında müşterek hususlar da söz konusu olabilmektedir. Disiplin yargılamasına başlanması, hareketin incelenmesi, delillendirme süreci, savunma ve itiraz hakkı vb. konular müşterek hususlardandır. Bunların yanı sıra disiplin yargılamalarında, yetkili kimse ve belirlenen süreler farklılık gösterebilmektedir.

Disiplin yargılamasında, iddia ve savunmanın ispatını sağlayan<sup>27</sup>, soruşturma konusu mevzunun aleniyete kavuşturulması, maddi hakikatin gün yüzüne çıkarılması için kullanılan araçlara *delil* denmektedir<sup>28</sup>. Disiplin soruşturmasını yürüten amirin, soruşturmaya sebebiyet veren eylemin vuku bulunduğu zamana gitmesinin mümkün olmaması nedeniyle, disiplin amirinden bahsi geçen delillere bakarak olayın oluş şekli hakkında fikir sahibi olması ve bu deliller vasıtasıyla bir karara varması beklenir<sup>29</sup>.

Hakkında bir disiplin soruşturması yürütülen bir kamu görevlisinin, soruşturmaya konu eylemi ile ilgili olarak adli bir muhakemenin yürütülmesi söz konusu ise bu bağlamda alınan ifadeler, toplanılan belgeler, bilirkişi tutanakları, iddianamenin bir örneği, kovuşturmaya yer olmadığına hükmedildiyse bu kararın metni, duruşma zabıtları, mahkeme kararı vb. tüm belgelerin onaylı örneklerinin dosyaya eklenmesi gerekir.

<sup>26</sup> CANOĞLU, Veysel Candan: "Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, s. 232.

<sup>27</sup> SANCAKDAR, Oğuz: Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 264.

<sup>28</sup> GEDİK, Doğan: Öğreti ve Yargısal İçtihatlar Işığında Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 11.

<sup>29</sup> YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 498.

Bilhassa mağdur, şikayetçi yahut soruşturmaya konu olan eyleme tanık olan kimselerin beyanlarının kapsamlı bir şekilde alınması ve varsa bu hususta çelişkilerin giderilmesi yerinde olacaktır. Bu sebeple öğretide adli muhakemedeki ifadelere yalnızca atıf yapılmasının yeterli olmayacağı da ileri sürülmüştür<sup>30</sup>.

Delil serbestisi ilkesinin hâkim olduğu disiplin soruşturmalarında, hukuka uygun bir mahiyette elde edilen tüm deliller, soruşturmada dikkate alınmaktadır<sup>31</sup>. Ceza muhakemesinde soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı ya da hâkime nazaran disiplin soruşturmasını yürüten disiplin amirinin yetkilerinin kapsamı daha dardır<sup>32</sup>. Daha somut ifadeyle, ceza yargılamasında *arama, el koyma* ve *gözetim* gibi tedbirlere başvurulabilirken, disiplin soruşturmalarında, temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sebebiyle Anayasa ve yasalar tarafından bu tedbirlere başvurulmasına müsaade edilmemiştir<sup>33</sup>. Bu kapsamda disiplin soruşturması ile görevlendirilen kimse, CMK'daki soruşturma işlemleri ile ilgili hükümler kapsamında haklarında soruşturma yürütülen kişilerin leh ve aleyhlerindeki tüm delilleri toplayacak, muhbir, müşteki ve tanıkların ifadelerini lazım gelirse kolluk gücünün desteğiyle alacak ve yine bu süreçte bilirkişi tayin edilmesi, keşfe çıkılması yahut istinabe usulünden faydalanılması da mümkün olacaktır<sup>34</sup>.

Bu anlatılanlardan hareketle, daha önce ifade ettiğimiz gibi disiplin soruşturmalarında delil serbestisi ilkesinin varlığına karşın, ilgili delilin temel hak veya hürriyetleri kısıtlaması halinde, delil olarak kullanılabilmesi, bu duruma dayanak oluşturacak yasal bir düzenlemenin varlığı şartını da beraberinde getirmektedir<sup>35</sup>. Aksi durumun söz konusu olması halinde, bahsi geçen deliller hukuka aykırı kabul edileceğinden, bu delillerin disiplin soruşturmasında kullanılması mümkün olmayacak, maddi hakikatin ortaya çıkarılması gayesi taşırsa dahi bu amacın kişisel ve

<sup>30</sup> PINAR/ÇALIŞKAN, s. 633.

<sup>31</sup> CANOĞLU, s. 245.

<sup>32</sup> BAŞ, Eylem: "Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", Ankara Barosu Dergisi, Y.2016, S.3, s. 301.

<sup>33</sup> CANOĞLU, s. 245.

<sup>34</sup> PINAR/ÇALIŞKAN, s. 633.

<sup>35</sup> CANOĞLU, s. 245.

toplumsal değerlere zarar vermeden ve hukuk devleti ilkesini ihlal etmeden yapılması gerekecektir<sup>36</sup>.

### III. CEZA YARGILAMASINDAN ELDE EDİLEN DELİLLERİN DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA KULLANILMASI SORUNU

Disiplin soruşturmasına konu olan eylem, aynı zamanda ceza mahkemesi nezdinde kovuşturulacak başkaca bir suçta sebebiyet vermişse, ilgili kimsenin işlenen fiil nedeniyle disiplin sorumluluğunun yanı sıra cezai sorumluluğu da gündeme gelecektir<sup>37</sup>. Bu hallerde, aynı eylem dolayısıyla ilgili kimseye hem disiplin soruşturması hem de ceza soruşturması yapılabilmektedir. Bu vesileyle kamu görevlisine hem adli hem de idari yönden ceza verilmesi hususu, idarece ve adli makamlarca ayrı ayrı takdir edilmektedir<sup>38</sup>. Bu durumu, esasında ceza hukukunun esas prensiplerinden olan *non bis in idem*'in ihlali olarak değerlendiren bazı görüşler<sup>39</sup> ve mahkeme kararları<sup>40</sup> mevcuttur.

Ceza hukukunda etkin olan temel prensiplerin, disiplin hukuku için de geçerli olacağı görüşü kabul görse de disiplin hukuku ve ceza hukukunun farklı işleyişi ve kuralları olduğu hususu da göz ardı edilmemelidir. Bu hususta 657 sayılı yasanın 131. hükmünde memurun

<sup>36</sup> TANRIVER, Süha: "Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006, S.65, s.374.

<sup>37</sup> CANOĞLU, s. 257.

<sup>38</sup> HATİPOĞLU, Sezgin: "Ceza Mahkemesi. Kararlarının Disiplin Hukuku Bakımından Bağlayıcılığı", Danıştay Dergisi, 2016, S.141, s. 87.

<sup>39</sup> SANCAKDAR, Oğuz / US, Eser / KASAPOĞLU, Turhan Mine / ÖNÜT, Lale Burcu: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2015, s. 734.

<sup>40</sup> "Hukukun evrensel ilkelerinden olan "Non bis in idem" kuralı doğrultusunda, bir kimsenin işlemiş olduğu eylemden dolayı ancak bir kez cezalandırılacağı, davacının da işbu dava konusu işlemin tesisine dayanarak alınan ve kendisine isnat edilen eylemler nedeniyle daha önce beraatine karar verildiği ve bu karardan sonra davacının halen o tarihten günümüze kamu kurumunda çalışmaya devam ettiği, dolayısıyla davalı idarece, davacı hakkında sadece soruşturma bulunduğu ileri sürülerek ve aynı eylem nedeniyle yeniden yapılan ceza yargılamasının sonucu beklenmeden tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı..." (Danıştay, 12. D, 19.04.2022, E. 2022/1543, K. 2022/2165, www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 09.06.2024).



gerçekleştirdiği eylemin ceza mahkemesince kovuşturulan bir suç olması halinde bu eylem nedeniyle kovuşturmaya başlanmış olmasının, disiplin soruşturmasını geciktiremeyeceği gibi ilgili kimsenin cezai kovuşturma nedeniyle mahkûm edilsin edilmesin bu halin, disiplin cezası almasına mâni olmayacağı da hüküm altına alınmıştır.

Esasen ceza ve disiplin kovuşturmalarının birbirinden ayrı olması nedeniyle disiplin soruşturmasının yapılması ve akabinde bir disiplin cezasına hükmedilebilmesi için ceza kovuşturmasının tamamlanıp bir hüküm verilmesinin beklenmesine lüzum yoktur<sup>41</sup>. Şayet ceza yargılamasının o eylemden ötürü disiplin cezasına hükmedilmesinin akabinde sonuçlanması, *disiplin soruşturmasının ceza muhakemesini beklemeyeceği* kuralı ile açıklanabilir<sup>42</sup>. Hatta öğretilerde kimi yazarlarca bahse konu eylemin şikayete bağlıyken şikayetten vazgeçilmesi ile davanın düşmesi halinde yahut eylemin zamanaşımına uğraması, cezayı ortadan kaldıran, eylemi suç olmaktan çıkararak bir halin yaşanması (genel af) gibi hallerde dahi disiplin soruşturmasının yürütülebileceği ve hatta disiplin cezasına hükmedilebileceği ifade edilmiştir<sup>43</sup>.

Madde hükmünden hareketle, disiplin soruşturmasına konu olan ilgili şahsın hem adli hem idari yönden değerlendirilip, adli yönden ceza alsın alsın her durumda disiplin cezasına hükümlenabileceği anlaşılmaktadır. Ayrıca ceza hukukuna hakim olan *non bis in idem* ilkesinin bir gereği olarak aynı fiile ikinci defa ceza uygulanamazken, bu ilkenin disiplin cezaları hususunda geçerli olmadığı ve bunun neticesi olarak da aynı eylemden ötürü bir ceza mahkemesi kararının mevcudiyetine karşın disiplin kovuşturması yapılabileceği ve akabinde disiplin suçunun işlendiğine kani olunduğu vakit bir disiplin yaptırımına hükmedilebileceği

<sup>41</sup> CANOĞLU, s. 258; KARAHANOĞULLARI, Onur: "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C.8, S.3, 3 Temmuz 1999, s. 65.

<sup>42</sup> ONUR, s. 65.

<sup>43</sup> OĞURLU, Yücel: "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu 'Ne Bis İn İdem' Kuralı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.2, 2003, s. 119.

öğretide dile getirilmiştir<sup>44</sup>. Ancak Danıştay, ilgili kararlarında da disiplin yargılamasına konu olan kişi ve eylem hakkında gerekli soruşturma yapılmadan, olay ve sorumlu kimselerle ilgili bilgi ve belge toplanmadan, elde edilen deliller değerlendirilmeden adli yargı nezdinde verilen karara atıf yapılarak hüküm kurulmasını hukuka aykırı görmektedir<sup>45</sup>. Danıştay, disiplin soruşturmalarında disiplin yaptırımına hükmedilirken gerekçe olarak yalnızca ceza mahkemesi kararına atıf yapılmasının hukuka aykırı olduğunu, soruşturmaya konu kişi ve eylemin ayrıca tahkik ettirilmesi gerektiği, varsa bilgi ve belgelerin temin edilmesini, mevcut ispat vasıtalarının değerlendirilmesini ve usulüne uygun yapılmış tahkikat sonucunda, disiplin suçunun işlendiği hususunda tam bir vicdani kanaatin oluşması halinde cezanın öngörülmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Yine disiplin soruşturmaları açısından ceza yargılamaları neticesinde verilen beraat kararlarının önem arz ettiğini söylemek de mümkündür. Ancak bu durumun kural olmadığı gerek kovuşturmayaya yer olmadığı kararı gerekse de beraat kararlarının her durumda bağlayıcı olmayacağı Danıştay kararlarında ifade edilmiştir<sup>46</sup>. Yine Anayasa Mahkemesi'nin de Danıştay'ın bu görüşünü destekleyen ve adli yargı nezdinde verilen beraat kararına karşın disiplin yargılamasında idari bir yaptırım öngörülmesinin suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturmayacağı yönünde kararları mevcuttur<sup>47</sup>. Öğretide kimi yazarlar gerekçesine de bağlı olarak ceza yargılaması neticesinde öngörülen beraat kararının, disiplin soruşturmaları neticesinde öngörülecek kararı etkileyebileceğini ileri sürmektedir. Ancak Danıştay kararlarında bu bağlayıcılığın kusurun var olup olmadığı yahut illiyet bağının tespiti noktasında değil de maddi olaya dair

<sup>44</sup> ÖZEN, Mustafa: "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14, S. 1, 2010, s. 390.

<sup>45</sup> Danıştay, 5.D, 13.02.2017, E. 2016/16487, K. 2017/2194, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 10.06.2024).

<sup>46</sup> "Öte yandan, vergi kaçakçılığı suçu nedeniyle yürütülen soruşturmanın kovuşturmayaya yer olmadığına; kovuşturmanın ise beraat kararıyla sonuçlanmasının da idari dava açısından her durumda bağlayıcı bir sonuç doğurduğu söylenemez." (DVDDK, 11.10.2023, E. 2023/354, K. 2023/1088, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (Erişim Tarihi 10.06.2024).

<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesi Başvuru No: 2012-998, Karar Tarihi:07/11/2013. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 10.06.2024).

tespitler ile yargılamaya konu eylemin hukuka aykırılığının belirlenmesi noktasında olduğu ifade edilmiştir<sup>48</sup>. Burada dikkat çekilen beraat gerekçesi ise söz konusu suçun sanık tarafından işlendiği hususunun sabit olmaması hülasa delil yetersizliği halidir.

Bu gerekçe ile beraat kararına hükmedilmesi halinde de disiplin hukukunun ve ceza hukukunun birbirinden bağımsız olması nedeniyle<sup>49</sup> idari makamlar kendi usullerine göre disiplin soruşturması yürütme ve bahse konu eylem disiplin suçuna vücut veriyorsa şahsa disiplin cezası uygulama imkan ve iktidarına sahip olabileceklerdir<sup>50</sup>. Bu duruma dayanak olarak ise ceza yargılaması için mahkumiyete yeter olmayan delillerin, idari makamlarca disiplin cezası verilebilmesi için yeterli kabul edilebileceği anlayışı ileri sürülmüştür<sup>51</sup>. Hal böyle olunca, mevcut ceza kovuşturmasının disiplin kovuşturmasına ve disiplin yaptırımına engel olmayacağı ve disiplin kovuşturmalarının bağımsız yürüyeceği öğretide dile getirilmiştir<sup>52</sup>. Yine beraat kararının mevcudiyetine karşın idarece disiplin cezası öngörülebilmesi hususuna Danıştay, ceza yasalarının kamu düzenini korumayı amaçladığını, halbuki disiplin cezalarının kamu görevlisinin statüsünü korumak, memurun bu vesile ile göreve bağlılığını sağlamak ve yine kamu hizmetlerinin de olması gerektiği gibi yürütülmesine de katkı sunmak için ihdas edildiğini ve bu sebeple her iki hukuk dalında

<sup>48</sup> “Kural olarak ceza mahkemesinde verilen kararların hukuk hakimi açısından bağlayıcı olmadığı kabul edildiği, ancak; hukuk hakiminin bu bağımsızlığının sınırsız olmadığı, dolayısıyla ceza mahkemesinde verilen kararların hangi hususlarda bağlayıcı olduğuna dair değerlendirme yapılması gerektiği, bu doğrultuda, ceza hakiminin mahkumiyet ve beraate ilişkin verdiği kararın, kusurun var olup olmadığı ve illiyet bağı gibi hususlarda hukuk hakimini bağlamadığı, maddi olaya ilişkin yapılan tespitler ile yargılamaya konu fiilin hukuka aykırılığını tespit etmesi bakımından hukuk hakimini bağlayıcı vasıfta olduğunun kabul edilmesi gerektiği...” (Danıştay, 13.D, 08.09.2022, E. 2022/3417, K. 2022/3051, <https://karararama.danistay.gov.tr>) (Erişim Tarihi 11.06.2024).

<sup>49</sup> **YILDIRIM**, s. 121.

<sup>50</sup> **USMAN**, Yahya: Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri (Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2019, 24.

<sup>51</sup> **DURMUŞ**, A. Alper: Memur Disiplin Hukuku, Ankara, Adalet Yayınları, 2014, 193.

<sup>52</sup> **YILDIRIM**, s. 119.

yapılan muhakemeler neticesinde öngörülen cezaların farklı nitelik taşımamasını gerekeceği göstermiştir<sup>53</sup>.

Bir diğer değerlendirilmesi gereken husus ise ceza mahkemesi tarafından verilmiş olan ceza verilmesine yer olmadığı kararının disiplin soruşturmaları açısından önem arz edip etmeyeceği tartışmasıdır. Bilindiği üzere bu karar, mahiyeti itibariyle yargılamayı sona erdiren, esasa ilişkin nihai olan ve ceza hakiminin dosyadan el çekmesi ile sonuçlanan bir hükmüdür<sup>54</sup>. Bu karar, sanığın kendisine yüklenen suçu gerçekleştirdiğini tespit etmesine karşın belirli gerekçelerle sanığa bir müeyyide uygulanmaması yönünde bir hükmüdür<sup>55</sup>. Bu kararın disiplin soruşturmalarındaki etkisi ise beraat kararından farklı değildir. Zira Danıştay'ın bu hususta kanaati, ceza verilmesine yer olmadığı kararının, disiplin soruşturmalarının yürütülmesine engel olmadığı<sup>56</sup> ve idari yargılama yönünde bağlayıcı olmayacağı şeklindedir<sup>57</sup>. Ancak Danıştay'ın kimi hallerde aksi yönde bir yaklaşım benimsediği ve ceza mahkemesince verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararına dayanarak, idarenin anılan yargılama dışında başka bir iddia ve ithamın olmadığı ve başka herhangi bir bilgi ve belge sunmadığı hallerde idari işlemin iptaline karar verdiği de görülmektedir<sup>58</sup>.

Doktrinde ceza yargılamasında başvuru koruma tedbirleri neticesinde elde edilen delillerin, hukuka uygun bir şekilde toplanmış olması halinde disiplin soruşturmaları için kullanılmasında sakınca olmadığı

<sup>53</sup> Danıştay, 8.D, 20.10.2023, E. 2019/5764, K. 2023/5041, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). (Erişim Tarihi: 11.06.2024).

<sup>54</sup> **GÜNEŞ**, Derya Belgin Güneş, "Ceza Mahkemesi Tarafından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Kararın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Tesiri", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 30 Haziran 2019, 185-216, <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0013>.

<sup>55</sup> **GÜNEŞ**, 197.

<sup>56</sup> Danıştay, 8.D, 27.12.2023, E. 2022/5529, K. 2023/7916, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). (Erişim Tarihi: 23.09.2024).

<sup>57</sup> Danıştay, İDDGK, 04.07.2023, E. 2023/438, K. 2023/1548, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). (Erişim Tarihi: 23.09.2024).

<sup>58</sup> Danıştay, 12.D, 19.12.2023, E. 2020/497, K. 2023/6860, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). (Erişim Tarihi: 23.09.2024).

yönünde görüşlerin<sup>59</sup> yanı sıra CMK 135/6 katalog suçlardan olmadığı takdirde bahsi geçen bu delillerin kullanılmaması gerektiği yönünde görüşler de söz konusudur<sup>60</sup>. Ancak Danıştay bazı kararlarında, bahse konu eylem katalog suçlardan olmasa dahi koruma tedbirlerinin hukuka uygun olarak tesis edilmesi, suçun vasfında hataya düşülmesi nedeniyle bu durumun delilleri hukuka aykırı hale getirmeyeceği, usulüne uygun şekilde alınmış koruma tedbirlerinin, kararın verildiği tarih itibarıyla ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasının ve taraflara bu hususta itiraz hakkı tanınmasının, bu delillerin disiplin soruşturmalarında kullanılması için yeterli olduğu yönünde görüşleri de mevcuttur<sup>61</sup>. Ayrıca CMK 135/6. hükmünde 5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile *dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi* tedbirlerine katalog suçlarda başvurulabileceği öngörülürken, iletişimin tespiti bu kapsamdan çıkarılmış ve suç soruşturması kapsamında tüm suçlar yönünden başvurulacak bir tedbir olarak kabul edilmiştir<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> BAŞ, s. 302. ÇAKMAK, Seyfullah: “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2010, C.5, S.48, s. 82. Bu hususta Danıştay kararı için bkz. “Rüşvet iddiasından dolayı yapılan sorgusuna binaen tutuklanması üzerine hakkında başlatılan soruşturma sürecinde, davacı ile N. B. ve O. Ç. arasında yapılan telefon görüşmelerinde, değişik kişilere ait telefonlar ile görüşme yapan telefon numaralarının tespiti hususunda pazarlıklar yapıldığı, GBT kayıtlarına bakma karşılığında anlaşmaya varıldığı; bu amaçla gönderilen 750.-TL havale tutarını davacının kimlik fotokopilerini bırakarak aldığı hususlarının gerek disiplin soruşturması gerekse ... Ağır Ceza Mahkemesi’nin E:... esasına kayden yapılan ceza yargılaması kapsamında alınan ifadelerde belirtildiği ve davacının İstihbarat Şube Müdürlüğünde görevli olduğu da dikkate alındığında, davacıya isnat edilen disiplin cezasına konu fiillerin sübuta erdiği ve davacının üzerine atılı disiplin suçunu işlediği kanaatine varıldığı...” (Danıştay, 2.D, 15.03.2023, E. 2023/17, K. 2023/1195, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 13.06.2024).

<sup>60</sup> ARSLAN, Çetin: “Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukundaki Durumu Üzerine Bir Değerlendirme”, Fasikül Hukuk Dergisi, Y.2010, C.2, S.3, s. 37-40. Bu hususta Danıştay kararı için bkz. Danıştay, 2.D, 13.06.2023, E. 2022/2047, K. 2023/3403, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 13.06.2024).

<sup>61</sup> Danıştay, 12.D, 31.05.2023, E. 2022/4627, K. 2023/2982, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 13.06.2024).

<sup>62</sup> Danıştay, 5.D, 27.02.2023, E. 2017/4749, K. 2023/1697, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 13.06.2024)

Ancak bilinmelidir ki ceza muhakemesi ile amaçlanan bozulan kamu düzenini yeniden tesisidir. Bu amaçla gerekli görüldüğü hallerde *yakalama, gözaltı, tutuklama, iletişimin denetlenmesi vb.* tedbirlerle temel hak ve hürriyetlere müdahale edilebilmektedir. Toplanan delillerin, hiçbir yasal dayanağı olmadan ilgili kimsenin disiplin soruşturması için aleyhe kullanılması hususu kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bahsi geçen bu temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması hususu, bilindiği gibi ancak Anayasal sebepler ve yasal düzenlemelerle söz konusu olabilmektedir. Ceza yargılamasından elde edilen delillerin, ilgili kimsenin disiplin soruşturması için kullanılabilmesi ancak bu konuda yapılacak bir yasal düzenleme ile söz konusu olabilecektir<sup>63</sup>. Bu nedenle bizim de benimsediğimiz görüş, bu delillerin kullanılmasının kanunilik ilkesine aykırı olduğudur.

#### **A. Ceza Yargılamasında Elde Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması**

Tesadüfi delil, yürütülmekte olan soruşturma ile ilgisiz, farklı bir suçun işlendiğine dair işaretler taşıyan ve soruşturma esnasında elde edilen delillerdir<sup>64</sup>. Bu tür delillerle sıklıkla iletişimin denetlenmesi tedbirinde karşılaşılır. Danıştay'ın bu konuda verdiği kararlar farklılık göstermektedir. Uzun bir süre, tesadüfi delillerin disiplin soruşturmalarında kullanabileceğini belirten kararlar alan Danıştay, daha sonra bu konuda tavrını aksi yönde belirlemiştir.

Danıştay, bir gümrük memurunun yasal telefon dinlemesi yapılan ve yurt dışından mazot girişini organize eden şahısla çok defa telefon ile görüştüğü, mazot kaçakçılığı yaptığı ve İranlı şoförlerinin geçişine yardım ettiği sebebiyle ilgili idare tarafından verilen meslekten çıkarma cezasını onamıştır<sup>65</sup>. Yine yasal telefon dinlemesi yapılan ve çıkar amaçlı suç örgütü kuran kimse ile telefon görüşmesi yaptığı anlaşılan bir polis

<sup>63</sup> CANOĞLU, s. 261-262.

<sup>64</sup> ÇAKMAK, s. 76.

<sup>65</sup> Danıştay, 12. D, 24.12.2008, E. 2008/4042, K. 2008/7250 [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 14.06.2024).

memurunun da idare tarafından meslekten çıkarma cezası Danıştay nezdinde onanmıştır<sup>66</sup>.

Danıştay bir başka kararında ise ağır ceza mahkemesi üyesi olan, iletişimin denetlenmesi yoluyla hakkında dinleme kararı bulunmayan kamu görevlisi şahsın, elde edilen delillerle suç işlediğinin tespiti ve bu tesadüfi delillerin ceza soruşturmasında kullanılmasa dahi disiplin soruşturmasında kullanılmasının hukuka aykırılık oluşturmayacağı ayrıca disiplin soruşturması için bazı hallerde mevcut kanaatin kafi olacağını, bu durumdan men eden bir düzenlemenin de olamayacağını belirtmiştir<sup>67</sup>.

Danıştay bu görüşünü, kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu, ilgili temel hak ve hürriyetlerin yalnızca anayasal ve yasal düzenlemelerle sınırlandırılması gerektiği, tesadüfi delilin katalog suçlar için kullanılabilceği aksi halde delilin kanuna aykırı olacağı ve değerlendirme yasağına tabi olacağı gerekçeleriyle değiştirmiştir<sup>68</sup>. Danıştay bu doğrultuda verdiği bir kararında, rüşvet suçu nedeniyle başlayan muhakeme sürecinde iletişimin denetlenmesi yolu ile ele geçirilen tesadüfi delillerin, katalog suçlardan biri olmayan görevi kötüye kullanma suçunun ispatında kullanılmasını ve bu doğrultuda kurulacak hükme dayanak yapılmasını kanuna aykırı bulmuştur<sup>69</sup>.

Danıştay farklı bir içtihadında ise iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen kayıtlarda, üçüncü bir şahıs hakkında tesadüfi delillere ulaşılması hususunda ne yapılması gerektiğini açıklamıştır. Kararda, iletişimin denetlenmesi yolu ile elde edilen ses kayıtlarında soruşturma/kovuşturma konusu ile ilgisi olmayan üçüncü şahıslar hakkında, bir başka suçun işlediğine dair delillerin elde edilmesi üzerine yalnızca bu kayıtlara dayalı olarak bahsi geçen şahıslar hakkında disiplin cezasına hükmedilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Bununla birlikte Danıştay, aynı ses

---

<sup>66</sup> Danıştay, 12. D, 24.09.2008, E.2008/1240, K.2008/4858, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 14.06.2024).

<sup>67</sup> Danıştay, İDDGK, 19.04.2017, E. 2016/2461, K. 2017/1672 [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 14.06.2024).

<sup>68</sup> Danıştay 16. D, 11.11.2015, E. 2015/3643, K. 2015/6993 [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 14.06.2024).

<sup>69</sup> Danıştay 2. D, 13.06.2023, E. 2022/2047, K. 2023/3403 [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 24.06.2024).

kayıtlarının esas alınarak disiplin soruşturması başlatılmasının ve bu soruşturmanın kapsamının genişletilerek varsa tanık beyanları ve başka bilgi ve belgelere ulaşılmamasının akabinde, disiplin yaptırımına hükmedilmesinin önünde ise bir engel olmadığı yönünde içtihadta bulunmuştur<sup>70</sup>.

Hülasa Danıştay kararlarından da anlaşılacağı üzere iletişimin denetlenmesi tedbiri hukuka uyan bir kararla alınmış olsa ve yine hukuka aykırı olmayan bir şekilde uygulanırsa dahi bu tedbirin uygulanması esnasından ele geçen ve soruşturma/kovuşturma konusu suçla ilgisi olmayan, bir başka suç için şüphe uyandıran bulguların tesadüfi delil niteliği kazanabilmesi için bu delillerin katalog suçlardan biri üzerinde şüphe uyandırması gerekecektir. Aksi halde katalog dışında bir suça dair ele geçirilmiş bulguların tesadüfi delil olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, bu delilin yalnız ve belirleyici bir delil olması halinde, bu şekilde yargılamada kullanılmasının ise hakkaniyete uymayacağı ve bu delillerin değerlendirme yasağına tabi olacağı yönünde içtihadta bulunmuştur<sup>71</sup>.

## B. Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması

Devletler, işlenen suçlarla ilgili maddi hakikati tespit etmek için temel hak ve hürriyetlere müdahale eden tedbirlere başvurabilmektedir. Tarih boyunca maddi hakikatin tespiti amacıyla suçların hiçbir sınırlama olmaksızın aydınlatılma çabası çok sayıda toplumsal ve kişisel değerler zarar görmesine sebebiyet vermiştir<sup>72</sup>. Maddi hakikatin tespiti ilk olarak mağdurun/suçtan zarar görenin haksız fiili gerçekleştiren kişiyi dava etmesi ve delilleri kendisinin getirdiği *itham* sistemi ile başlamış ve daha

<sup>70</sup> Danıştay, 2. D, 10.01.2023, E. 2021/8048, K. 2023/35, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 24.06.2024).

<sup>71</sup> "...davacının Bursa Emniyet Müdürlüğü bünyesinde görevli olduğu dönemde, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve hırsızlığa azmettirme suçu kapsamında ... Sulh Ceza Mahkemesince verilen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin takibi ve izlenmesi kararının uygulanması sonucunda, ... isimli şahıs ile yapmış olduğu konuşma içeriklerine göre kumar oynadığının tespit edildiği, disiplin cezasına konu kumar oynama eyleminin, dinleme kararı ile ilgisi olmadığı ve delil değerlendirme yasağı kapsamında olduğu, konuşma içerikleri ve ... isimli şahsın ifadesi dışında başkaca bir delilin bulunmadığı..." (Danıştay, 2. D, 25.04.2023, E. 2021/14224, K. 2023/2160, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (Erişim Tarihi 25.06.2024).

<sup>72</sup> GEDİK, Doğan / TOPALOĞLU, Mahir: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 3-4.



sonra muhakemede, mahkeme tarafından kabul edilen deliller ile bir olgunun ispatlanabileceği, hakimlerin hem iddia hem de yargı makamı olduğu *tahkik* sistemi ile devam etmiştir<sup>73</sup>. Günümüzde kabul gören anlayış ise iddia, savunma ve yargıdan oluşan, delil serbestisi ve şüpheden sanık yararlanır ilkelerinin benimsendiği *işbirliği* sistemidir<sup>74</sup>. Hukuka aykırı ispat vasıtaları ve bunların uzak etkisi de bu sistem ile söz konusu olmuştur<sup>75</sup>.

Hukuka aykırı delil, hukuk kaidelerine aykırı bir şekilde elde edilen bilgi ve bulgulardır<sup>76</sup>. Bu şekilde toplanan deliller hukuka aykırı görülmektedir. Anayasa'da da hukuka aykırı bir yolla ele geçirilmiş olan bulguların, muhakemede ispat vasıtası olarak kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu kural sadece ceza yargılaması için geçerli olmayıp, muhakemenin tüm dallarında uygulanan genel bir kaidedir<sup>77</sup>. Bahsi edilen bu prensibin ceza muhakemesi ile ilgili olsa da yarı yargısal bir fonksiyona sahip disiplin hukukunda da geçerli olacağı öğretide ileri sürülmüştür<sup>78</sup>. Bu hususta Anayasa Mahkemesi<sup>79</sup> ve Danıştay'ın, idari ve adli cezalar hususunda bir ayırım gözetmediği, ceza muhakemesinde hakim olan temel ilkelerin disiplin hukuku için de geçerli olması gerektiği yönünde karar verdiği görülmektedir<sup>80</sup>.

Bu hüküm doğrultusunda, disiplin soruşturmaları ve kabahatlerle ilgili yargılamalarda delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmesi ve

<sup>73</sup> DÜLGER, Murat Volkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 57.

<sup>74</sup> DÜLGER, s. 57.

<sup>75</sup> DÜLGER, s. 57.

<sup>76</sup> FİŞ ÜSTÜN, Gül: "Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:24, S:1, 2018, s. 18-19.

<sup>77</sup> DÜLGER, s. 59.

<sup>78</sup> ASLAN, Zehreddin /ALTINDAĞ, Halil: Memurların Disiplin Ve Ceza Soruşturması 2547 Sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin Ve Ceza Soruşturması Dahil, Ankara: Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, 2023, s. 46.

<sup>79</sup> AYM, E:1990/12, K:1991/7, K.G.04.04.1991, R.G.- Sayı 13.08.1991-20959 (Erişim Tarihi 27.06.2024).

<sup>80</sup> GÜNDÜZ, Fatma Ebru: "Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.1, 08 Mart 2019, s. 96.

verilecek kararın da bu delillere dayanması yerinde bir uygulama olacaktır<sup>81</sup>. Ancak aksi görüş ise disiplin soruşturmalarının bir yargılama usulü olmadığı, bu nedenle bu ilkenin disiplin soruşturmalarında uygulanabilirliği konusundan sıkıntıların olacağı yönündedir<sup>82</sup>.

Danıştay bazı kararlarında hukuka aykırı delillere dayanılarak hüküm kurulabileceği görüşünü benimsemiştir. Örnek Danıştay kararında, bir TV programının gizli kamera kayıtları ile sanık ve tanık beyanları doğrultusunda rüşvet eylemine ilişkin disiplin cezası öngören idarenin kararının hukuka aykırı olmadığına hükmedilmiştir<sup>83</sup>. Benzer bir başka Danıştay kararında ise kaçakçılarla iş birliği yaptığı iddiasına karşılık ses kayıt cihazı taşıyan bir görevli vasıtasıyla elde edilen tapelere dayanılarak verilen meslekten çıkarma cezasının, hukuka aykırı olmadığına hükmedilmiştir<sup>84</sup>.

Baskın olan ve bizim de benimsediğimiz görüş ise yaptırım uygulanabilmesi yönünden disiplin soruşturmalarının da ceza yargılamasına benzediği, bu nedenle hukuka aykırı delillere dayanarak hüküm tesis etmenin de hukuka aykırı olacağı yönündedir<sup>85</sup>. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda, adli ve idari yaptırımlar arasında bir ayırım gözetilmediğine, hukuka aykırı delillerle tek başına hüküm kurulmasının kabulünün de mümkün olmadığına hükmetmiştir<sup>86</sup>. Danıştay'ın da bu hususta hukuka aykırı şekilde elde edilen delile, muhakemede yalnız başına ve belirleyici bir mahiyette başvurulmasının yargılamada hakkaniyetini zedeleyeceği yönünde görüşleri de mevcuttur<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> ALTUNKAŞ, Aysun: "Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Hakları Hukuku Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 212.

<sup>82</sup> FİŞ ÜSTÜN, s. 19.

<sup>83</sup> Danıştay, 12. D, 22.01.2001, E.2000/3517, K.2001/130, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 27.06.2024).

<sup>84</sup> Danıştay, 12. D, 27.11.2007, E.2007/3065, K.2007/5534, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 27.06.2024).

<sup>85</sup> FİŞ ÜSTÜN, s. 19.

<sup>86</sup> Anayasa Mahkemesi, 04.04.1991, E. 1990/12, K. 1991/7 Başvuru Numarası 2014/7738, Tarih: 13.07.2016. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 01.07.2024).

<sup>87</sup> "davacının Bursa Emniyet Müdürlüğü bünyesinde görevli olduğu dönemde, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve hırsızlığa azmettirme suçu kapsamında ... Sulh Ceza

Anlatılanlardan hareketle, disiplin amirinin disiplin soruşturmasında ilgili kimse hakkında hukuka aykırı bir delile dayanarak bir yaptırım öngörmesi mümkün değildir<sup>88</sup>. Öyle ki disiplin soruşturmasına konu olan kimse hakkında hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilmiş delilden ziyade başkaca bir delil söz konusu olmasa dahi bu delile dayanılarak hüküm tesis edilmesi doğru olmayacaktır<sup>89</sup>. Danıştay'ın önceki kararlarında hukuka aykırı delillere dayanılarak disiplin soruşturmalarında hüküm tesis etmesinin de *adil yargılanma hakkının* ihlali olduğunu belirtmek yerinde olacaktır<sup>90</sup>. Bu sebeple Danıştay ekseriyetle hukuka uygun olarak temin edilmiş başkaca delilin, bilginin ve belgenin yokluğunda sadece hukuka aykırı deliller esas alınarak verilen disiplin cezalarının da hukuka aykırı olduğu yönünde hüküm tesis etmiştir<sup>91</sup>.

#### IV. DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPAT

Deliller, muhakeme konusu edilen uyuşmazlığın çözüme ulaştırılması hususunda etkin olan araçlardır<sup>92</sup>. Maddi hakikate erişme yükümlülüğü olan yargılama makamı, bu saikle delilleri toplamak mecburiyetindedir<sup>93</sup>. Bahsi edilen bu deliller iki gruba ayrılmaktadır. Bunlar, *kesin* ve *takdiri* delillerdir. Kesin delil, hâkimin bağlı olduğu ve ispatlanmamış

---

*Mahkemesince verilen iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin takibi ve izlenmesi kararının uygulanması sonucunda, ... isimli şahıs ile yapmış olduğu konuşma içeriklerine göre kumar oynadığının tespit edildiği, disiplin cezasına konu kumar oynama eyleminin, dinleme kararı ile ilgili olmadığı ve delil değerlendirme yasağı kapsamında olduğu, konuşma içerikleri ve ... isimli şahsın ifadesi dışında başkaca bir delilin bulunmadığı...* (Danıştay, 2. D, 25.04.2023, E. 2021/14224, K. 2023/2160, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 03.07.2024).

<sup>88</sup> TANRIVER, s. 371.

<sup>89</sup> CANOĞLU, s. 263.

<sup>90</sup> TUNÇ, Özgün: "Ceza Muhakemesi Açısından Yasak Deliller ve Disiplin Soruşturması Açısından Yasak Deliller ile Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", s.8. [http://www.ozgunlaw.com/Uploads/image/files/Makale22072011\\_DrOzgunOztunc.pdf](http://www.ozgunlaw.com/Uploads/image/files/Makale22072011_DrOzgunOztunc.pdf) (Erişim Tarihi 03.07.2024).

<sup>91</sup> Danıştay, 12. D, 16.02.2023, E. 2020/912, K. 2023/677, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 05.07.2024).

<sup>92</sup> CEYLAN, Mahmut: "İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları", Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, S.16, 2018, s. 327.

<sup>93</sup> ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesinde İspat(Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 26.

kabul edemeyeceği deliller<sup>94</sup> iken, takdiri delil ise hâkimin takdir ederken serbest olduğu delildir<sup>95</sup>. Bilinmelidir ki, bir vakianın tespiti hususunda yasada öngörülen bir delil mevcut ve elde edilen delil de bu yönde ise yetkili merci/idarenin uyuşmazlığın çözümü için yeterli olan bu delile dayanarak hüküm tesis etmesi yerinde bir uygulama olacaktır<sup>96</sup>. Zira bu halde, bahsi edilen delil bağlayıcı mahiyette olup, yukarıda da değindiğimiz gibi kesin delildir ve takdir yetkisi söz konusu değildir<sup>97</sup>.

Disiplin soruşturmasında ise disiplin amirinin delilleri takdir yetkisi vardır<sup>98</sup>. Deliller soruşturmacı tarafından toplanmış ve yine rapor, soruşturmacı nezdinde hazırlanmış olsa dahi disiplin amiri bahsi edilen bu delilleri takdir etmede serbest olduğu gibi raporun da yalnızca öneri mahiyetinde olduğu aşıkardır<sup>99</sup>. Disiplin suçlarında, özel hukukta olduğu gibi kesin bir delile ulaşmak pek mümkün olmamaktadır<sup>100</sup>. Ayrıca toplanan deliller hususunda disiplin amirini bağlayan bir düzenleme de olmadığından, disiplin soruşturmalarda vicdani delil sisteminin geçerli olduğu anlaşılmaktadır<sup>101</sup>.

Bu anlatılanlar ışığında disiplin soruşturmalarda, bağlayıcı bir delilin olmaması, toplanan delillerin disiplin amiri tarafından serbestçe takdir edilmesi, vicdani delil sistemi, delil serbestisi ve yine delilleri değerlendirme hususunda var olan serbestiye de işaret etmektedir<sup>102</sup>. Bahsi edilen bu serbesti, disiplin amirinin disiplin soruşturmalarda delilleri takdir ederken keyfi davranabileceği yahut belli başlı hususları göz ardı edebileceği anlamını taşımamaktadır<sup>103</sup>. Disiplin amiri, toplanan delilleri değerlendirdikten sonra alacağı kararını soruşturmacı tarafından

<sup>94</sup> KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü C.II, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 2032.

<sup>95</sup> KURU, s. 2033.

<sup>96</sup> BULUR, Alper: "E-İspat", Ankara Barosu Dergisi, Y.66, S.2, s. 96.

<sup>97</sup> AÇAN, İbrahim: "Delil", Ankara Barosu Dergisi, Y.1975, S.4, s. 479.

<sup>98</sup> CANOĞLU, s. 264.

<sup>99</sup> CANOĞLU, s. 263-264.

<sup>100</sup> AÇAN, s. 480.

<sup>101</sup> BULUR, s. 97, CANOĞLU, s. 264.

<sup>102</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 499.

<sup>103</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 499.

hazırlanan dosyaya dayandırmalı ve yine bu karar için dosyada var olmayan bir delile atıfta bulunamayacağı gibi bu karar gerekçesi olmayan bir karar da olmamalıdır<sup>104</sup>.

Disiplin amiri vereceği kararın gerekçesinde, kararını hangi delillere dayandırdığını, hangi delillere üstünlük verdiğini, bu delillerin soruşturma konusu olan kimsenin lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunu, ilgili kimsenin eyleme yönelik manevi unsurunu ve hangi delilleri değerlendirmeye almadığını sebepleriyle birlikçe açıkça belirtmelidir<sup>105</sup>. Gerekçeli karar tarafsız, makul ve anlaşılabilir olmalıdır.

Bu değerlendirmeler neticesinde, disiplin amiri disiplin cezasını gerektirecek eylemin gerçekleştirildiği kanaatine varırsa, yaptırım uygulanması yönünde karar vermesi yerinde olacaktır. Ancak bu konuda kesin bir kanaate varamazsa disiplin cezasına hükmetmesi doğru olmayacaktır. Zira disiplin hukukunda geçerli olan ölçüt yaklaşık ispat olmayıp, tam ispattır<sup>106</sup>. Bu anlayış oluşturulan kimse hakkında var olan ya da olabilecek şüphelerin yok edilmesi, eylemin soruşturma konusu edilen kimse tarafından gerçekleştiği konusunda tamamen emin olunması ile ilgilidir<sup>107</sup>. Çünkü muhakemeye hâkim olan temel ilkelerden biri *şüpheden sanık yararlanır* ilkesidir.

## V. DİSİPLİN HUKUKUNDA SUÇSUZLUK (MASUMİYET) KARİNESİ

Hukuk devleti ilkesinin devletler nezdinde benimsenmesinden evvel ceza muhakeme süreci ile amaçlanan, muhakemeye konu olan eylemi gerçekleştiren suçluyu cezalandırmak iken, sanık ise bu süreçte aslında bir araç görevi görmektedir<sup>108</sup>. Ancak hukuk devlet ilkesiyle, insan hakları önem kazanmış ve kendi şahsına bir suç isnat edilen kimse, bu isnatın kesin bir yargı kararı ile sabit olana değin masum kabul edileceği

<sup>104</sup> BAŞ, s. 298.

<sup>105</sup> CANOĞLU, s. 265.

<sup>106</sup> CANOĞLU, s. 265.

<sup>107</sup> CANOĞLU, s. 266.

<sup>108</sup> ULUTÜRK, Hande: "Suçsuzluk Karinesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:171, 2018, s. 63.

anlayışı benimsenmiştir<sup>109</sup>. Bu anlayışın kavramsal karşılığı ise ekseriyetle *masumiyet karinesi*<sup>110</sup>, *suçsuzluk karinesi* yahut *suçlu sayılmama hakkı*<sup>111</sup> şeklinde isimlendirilebilmektedir.

Suçsuzluk karinesinin muhakemenin her aşamasında dikkate alınan, adil yargılanma hakkının özünü oluşturan bir ilke olduğu<sup>112</sup> ve AİHS'nin 6. madde 2. fıkrasında da "*suçluluk yasal olarak sabit oluncaya kadar...*" ve Anayasa'nın 38/4 hükmüne göre "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" ifadesiyle de ile hüküm altına alındığı görülmektedir. Öğretide yer alan bir görüşe göre biri içsel diğeri ise dışsal olan iki korumaya sahip masumiyet karinesi, içsel koruma ile muhakemenin, başta soruşturma aşamasında yargı organları nezdinde sanık hakkında olumsuz bir kanaatinin söz konusu olmaması ve daha sonra yargılamanın ise tarafsız, bağımsız ve hukuka uygun delillerle yürütülmesini teminat altına alırken; dışsal koruma ile yargılamaya müdahil olmayan resmi makamlar ve basın nezdinde sanığın lekelenmeme hakkının gözetilmesini ifade etmektedir<sup>113</sup>. Yasal olarak sabit olmasıyla kastedilen, soruşturmaya konu olan kimsenin hakkında elde edilen delillerin hukuka aykırı yahut yetersiz olması halinde şüphenin var olacağı ve bu şüphenin

<sup>109</sup> ANAYURT, Ömer: Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, Can Matbaacılık, İstanbul, 2007, s. 1174; YILDIRIM, Akif: "Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Masumiyet Karinesi", Terazi Hukuk Dergisi, 10, S:111, Kasım 2015, s.118.

<sup>110</sup> ÖZTÜRK, Bahri vd.: Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Onuncu Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s.195; ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, Hukuk Dizisi 845, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 120; TANRIVERMİŞ, s. 33; CENTEL Nur/ ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 803.

<sup>111</sup> ERGÜNE, Elif: Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçlu Sayılmama Hakkı, Birinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 7.

<sup>112</sup> YILDIRIM, s.118.

<sup>113</sup> TANRIVERMİŞ, s. 45; ATLIHAN, Özen: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak 'Masumiyet Karinesi'", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, 2005, s. 310; UYSAL, Cem: "Ceza Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Üzerine Bir İnceleme ve Lekelenmeme Hakkı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, 2017, s. 135; YÜZER, Dilara: "Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 15, 2013, s. 1677-78.

de soruşturulan kişi lehine yorumlanması gerektiğidir<sup>114</sup>. Esasında bu ilke ile amaçlanan bir başka husus ise şüpheli yahut sanık olan kimsenin, mevcut koşullar elverdiği ölçüde masum bir insana gösterilen saygınlıkla muamele görmesinin sağlanmasıdır<sup>115</sup>.

Suçsuzluk (masumiyet) karinesi ile bir kimsenin suçlu olarak kabul edilebilmesi ve kendisine bir ceza hukuku yaptırımının uygulanabilmesi için o kimsenin kesin hükümle mahkum olması, aksi durumda yaşanacak telafisi güç sonuçların olması ve bu karine ile bu duruma engel olmanın amaçlanması<sup>116</sup> ve yine hakkında suç isnadı olan kişinin mahkum edilebilmesinin ise akla ve mantığa uygun ve her türlü şüpheden beri edilmiş gerekçelere dayandırılması gerektiği hakikatini ihtiva etmektedir. Zira yukarıda da yer verdiğimiz gibi hem AİHS'e göre hem de Anayasanın ilgili hükmü uyarınca suçluluğu hükmen sabit olmayan kimse suçlu sayılamayacağından, bu kimseyi suçlu olarak nitelendirebilmek için suçsuzluğuna dair tüm şüphelerin bertaraf edilmesi gerekmektedir<sup>117</sup>. Aksi halde bu şüpheler, sanığın lehine değerlendirilecektir. Suçsuzluk karinesi ile amaçlanan, vicdani kanaate dayalı olarak hüküm tesis edilen muhakemede, mutlak olmasa da maddi hakikate erişmek ancak bu hakikate erişirken herkesi, belki gerçekten bu suçu işlemiş olsa dahi o kimse kesin bir hükümle mahkum edilene değin masum olarak kabul etmektir<sup>118</sup>.

Kişiler hakkında uygulanan disiplin yaptırımlarının da ceza hukuku yaptırımları gibi o kimselerin masumiyetini ve lekelenmeme haklarını ihlal edebilmesi mümkündür<sup>119</sup>. Hal böyle olunca ceza hukukunda kıymetli bir yeri olan suçsuzluk karinesinin, disiplin hukukunda yeri olup olmadığını değerlendirirken, her iki hukuk dalında da muhakeme süreçlerine bakmakta fayda olacaktır. Nasıl ki ceza hukukunda, hakkında henüz kesinleşmiş mahkumiyet hükmü olmaksızın o kimse

<sup>114</sup> ULUTÜRK, s. 87.

<sup>115</sup> ERGÜNE, s. 9; YILDIRIM, s. 119.

<sup>116</sup> ERGÜNE, s. 8.

<sup>117</sup> FEYZİOĞLU, Metin: "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.48, S.1, 1999, s. 139-140.

<sup>118</sup> FEYZİOĞLU, s. 140.

<sup>119</sup> TANRIVERMİŞ, s. 312.

muhakemenin herhangi bir aşamasında suçlu olarak kabul edilemiyorsa, disiplin hukukunda da hakkında disiplin soruşturması yürütülen kimse- nin, henüz soruşturma devam ederken suçlu olarak kabul edilemeyece- ğini ve soruşturmaya konu eylemin karşılığı olarak öngörülen hukuki ne- ticelerle karşı karşıya kalmayacağını söylemek mümkündür<sup>120</sup>.

Malum olduğu üzere ceza hukukunda müddei, iddiasını ispatla mükelleftir. Hal böyle olunca, bir suç işlediği iddiasıyla karşı karşıya ka- lan kimsenin o suçu işlemediğini ispat yükümlülüğü olmayıp, suçun iş- lendiğini iddia eden tarafın yani o savı ileri süren kimsenin, bu iddiasını ispat etme yükümlülüğü söz konusudur. Disiplin hukukunda ise bilin- diği üzere taraflar eşit değildir. Disiplin suçu işlediği iddiasıyla karşı kar- şıya kalan kimse, üstünlüğü söz konusu olan idareye karşı o disiplinsiz- liği yapmadığını ispat edebilir. İdare üstün de olsa elbette ceza muhake- mesinde olduğu gibi soruşturulan kimsenin lehine ve aleyhine tüm delil- leri toplar, bunları değerlendirir ve soruşturulanın savunması ile o hu- susta kararını verir. Hülasa disiplin hukukunda da ceza hukukunda ol- duğu gibi ispat külfeti suç isnadının yapan tarafta olup, soruşturulan kimseye yüklenemez<sup>121</sup>.

Anayasa mahkemesi masumiyet karinesinden bahsederken hak- kında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonucunda suçlu olduğuna dair kesin bir karar verilene kadar masum kabul edilmesi ge- rektiği ve bu durumun, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğuna dair içtihatlarda bulunurken<sup>122</sup>, başka bir kararında ise hiç kimsenin, suçlu- luğu mahkeme kararıyla kesinleşene kadar yargı organları ve kamu yet- kilileri tarafından suçlu olarak değerlendirilmeyeceği, suçlu muamelesi görmeyeceği ifadesini kullanarak, bu kimselerin muhakeme sürecinde suçlu muamelesi görmesine de engel olmaya çalışır<sup>123</sup>. Kişinin ceza mu- hakemesi neticesinde beraat almasına karşın daha önce de değindiğimiz

<sup>120</sup> ZOR, Burç Volkan: "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilir- liği", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, S. 1, 2022, s. 224-225.

<sup>121</sup> ZOR, s. 225.

<sup>122</sup> YILDIRIM, s. 119: Anayasa Mahkemesi, E.2013/133, K.2013/169, T. 26/12/2013

<sup>123</sup> Kürşat Eyol Başvurusu, B. No: 2012/665, T. 13/6/2013, Ş 26, <https://kararlarbilgiban- kasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/665> (Erişim Tarihi 10.07.2024).



gibi aynı eylemden ötürü hakkında disiplin soruşturması yürütülmesi ve disiplin cezası uygulanmasının önünde bir engel yoktur. Bu husus masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmez<sup>124</sup>. Ancak disiplin soruşturması neticesinde öngörülen cezalarda ve bu kararların gerekçelerinde, aynı eylemden ötürü ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararlarının uygulanmaması, bu karara saygı duyulması aksi takdirde şahsın ceza mahkemesinde bahse konu suçtan ötürü almış olduğu beraat kararının anlamsız kalacağı ve bu durumun da devlet otoriteleri hatta idari mercilerce beraat kararından şüphe duyulması ile sonuçlanacağı ifade edilmiştir<sup>125</sup>.

Hakkında disiplin soruşturması yürütülen bir kimseye yönelik uygulanan görevden uzaklaştırma tedbirinin, masumiyet karinesini ihlal ettiği ifadesi doğru olmayacaktır. Zira görevden uzaklaştırma tedbiri, gerekli hallerde görevini sürdürmesi sakıncalı görülen devlet memurları için başvuru bir tedbirdir. Bu kimseler haklarında yapılan tahkikat sonucunda meslekten çıkarma cezası sonucunu doğuran disiplin cezasının kendilerine derhal uygulanması yerine, bu cezanın verilebilmesi için yürütülen tahkikatın sonucunun beklenmesi tercih edilmektedir. Bu tedbir ile tahkikat süresince görev başında bulunmasının hem maddi hakikatin ortaya çıkarılması hem de disiplin soruşturmasının adil ve sağlıklı yürütülmesine engel olacak kimseler, geçici olarak görevden el çektilir. Bu kimselerin memuriyete dair özlük hakları kısmen korunurken, kişi kamu görevine devam eder<sup>126</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere görevden el çekirme, esasında bir disiplin müeyyidesi olmayıp, ihtiyati/geçici bir tedbirdir. Disiplin cezaları, tedbirden farklıdır. Bir disiplin cezası mensup olduğu kurumun kurallarına aykırı davranış sergileyen kurum personelinin hakkında uygulanan yaptırım iken tedbir ise *geçici hukuki korumaların*

<sup>124</sup> ZOR, s. 227.

<sup>125</sup> Danıştay 13. D, 25.05.2023, E.2023/506, K.2023/2630, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 11.07.2024). Benzer karar için bkz: (Barış Baş Başvurusu, B. No. 2016/14253, T. 02.07.2020, § 62, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/14253> (Erişim Tarihi 12.07.2024).

<sup>126</sup> ZOR, s. 228.

bir türüdür<sup>127</sup>. Görevden çıkarma tedbiri ise memurun bütün hak ve yükümlülüklerinin devam ettiği ancak hakkında yürütülen disiplin tahkikatının selameti için görev başında bulunmasının sakınca doğurduğu halde memurun geçici olarak görevden uzaklaştırılması halidir<sup>128</sup>. Şayet bu tahkikat sonunda ilgili şahsa bahse konu disiplin cezasının verilemeyeceğinin anlaşılması halinde, tedbirin kaldırılmasına karar verilecektir<sup>129</sup>.

Öğretide de ifade edildiği gibi idari yaptırımlar, esasında ceza hukukunun temel ilkelerinin en çok uygulanma imkanı olan yaptırım türleridir. Hal böyle olunca, idari yaptırımlara, anayasal ve içtihadi mahiyeti olan bu ilkelerin uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Danıştay kararları incelediğinde, başta masumiyet karinesi ve yine bu karine temelli şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulamasının, ceza uygulamalarındaki uygulamalara benzer olduğu, bu ilkenin bilhassa disiplin soruşturmalarında disiplin normu ihlalinin ispat derecesi üzerinde derinleştiği görülecektir<sup>130</sup>.

Suçlu olmamanın diğer bir ifade ediş şekli, kişinin masum olmasıdır. Bu durumda iki seçenek vardır. Bahse konu kişi ya suçludur ya da masum. Suçluluğu henüz kesinleşmeyen bir kimseyi masum kabul etmek, insana saygı duyan bir anlayışın tezahürüdür. Kişinin masum olması bir karineden ileri gelse de herhangi bir şekilde bir suç ithamı ile karşı karşıya kalan kimsenin, henüz hakikat araştırılmadan suçlu kabul edilmesinin kolaylığı ve halkın buna tevessül etmesi nedeniyle bu

<sup>127</sup> GÖKSU, Mustafa: "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Temmuz 2014, s. 1256.

<sup>128</sup> KAŞİFOĞLU, Kemalettin Ali: "Görevden Uzaklaştırma", Adalet Dergisi, C.69, S.1, Ocak 1978, s. 24 vd.

<sup>129</sup> "Hakkında yürütülen idari soruşturma neticesinde herhangi bir disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilerek görevden uzaklaştırma tedbirinin kaldırılmasına karar verildiği..." (Danıştay 8. D, 14.09.2023, E. 2021/13, K. 2023/3863, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)) (Erişim Tarihi 15.07.2024).

<sup>130</sup> US DOĞAN, Eser /YÜCEL DERİCİLER, Özge: "Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelere Uygulanması", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Nisan 2020, s. 1109.

durumun esasında bir ihtar olduğu öğretilmiştir. Bu sebeple bu hususta alınan tedbirler de esasında o kişinin suçlu olma ihtimaline karşıdır. Elbette ki bu olasılık kişinin masum sayılmasına engel olmadığı gibi suçlu kabul etmek için de yeterli değildir. Bu sebeple gerek ceza yargılamalarında gerekse de disiplin yargılamalarında sanığın hem suçlu hem de masum olma ihtimalleri gözetilerek ihtiyatlı ve itidalli davranılır<sup>131</sup>. Esasında tüm bunlar masumiyet karinesinin gerekleridir.

#### A. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi ve Disiplin Soruşturmalarındaki Yeri

Suç şüphesi ile kastedilen husus, suçun işlenip işlenmediği hususunda mevcut tereddüt halidir<sup>132</sup>. Öğretilmiştir şüphe ve kuşku kavramlarının birbirinden farklı olduğu, muhteviyatının yakınlığı itibarıyla birbirlerinin yerine kullanıldığı ileri sürülmüştür<sup>133</sup>. Öğretilmiştir kimi zaman iç içe geçen suçsuzluk karinesi ile şüpheden sanık yararlanır ilkesinin birbirinden ayrılması gerektiği ileri sürülse<sup>134</sup> de bu ilke ve karinenin birbirini tamamladığını söylemekte beis yoktur. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile uygulanacak müeyyide için elde edilen delillerin kati, kafi ve her türlü şüpheden beri olması ve hüküm tesis edicinin de bu özelliklere sahip delillere dayanarak bir hüküm vermesi gerekliliği ifade edilmektedir<sup>135</sup>. Ceza muhakemesinde hâkim, suç isnat edilen kimsenin bu eylemi gerçekleştirdiğini duruşma esnasında tartışılan delillere dayanarak vicdani kanaatine göre karar verip, ortaya koyar<sup>136</sup>. Hâkim delilleri değerlendirip, vicdani kanaatince sanığın bahsi geçen eylemi gerçekleştirdiği kararını

<sup>131</sup> YÜCE, Turhan Tufan: "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.1, S.1, Ocak 1988, s. 160.

<sup>132</sup> ERGÜNE, s. 172; BEZGİN, Yüksel Ertürk: Soruşturmanın Gizliliği İlkesi Kapsamında Lekelenmeme Hakkı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 420.

<sup>133</sup> ERGÜNE, s. 172; DOĞAN, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "In Dubio Pro Reo" Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 175.

<sup>134</sup> ERGÜNE, s. 176.

<sup>135</sup> KARABULUT, Ferhat/ KARAPAZARLIOĞLU, Ersin/ TOSUN, Hamza: "Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:28, S:120, 2015, s. 415.

<sup>136</sup> GEDİK, s. 67.

vermekten imtina ediyorsa, sanığın bu eylemi gerçekleştirmediği kabul edilir<sup>137</sup>. İşte bu hal, şüpheden sanığın yararlanması halidir.

Bilindiği üzere ceza muhakemesi, bir suçun işlendiği hususunda basit/başlangıç şüphesi ile başlayan ancak failin suçu işlendiğinin ispatı ile yani bu durumun belliliğe ulaşmasının akabinde mahkumiyet kararının verilmesi ile tamamlanan bir süreçtir. Bu durumda hakim/mahkeme duruşmaya getirilen ve huzurda tartışılan delillere dayanarak, sanığa isnat edilen fiilin sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususunu aydınlatmakla yükümlüdür. Şayet mahkeme bahse konu fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği hususunda tam bir vicdani kanaate varmıyor ve bu hususta bir karar veremiyorsa, oluşan şüphe sanık lehine yorumlanır. Sanığın söz konusu fiili işlemediği kabul edilir ve bu ilkeye ise yukarıda da değindiğimiz gibi *şüpheden sanık yararlanır* ilkesi denilir<sup>138</sup>.

Bu ilke ile esasında hakim, suçun sübutu bakımından şüpheyi bertaraf edemediği ve tam bir vicdani kanaat ile sanığın o eylemi gerçekleştirdiği hususunda kani olmadığı için o hususun sabit olmadığına hükmedecek ve akabinde sabit olmamanın neticelerine göre kararını verecektir. Hal böyle olunca, şüpheden sanık yararlanır ilkesi muhakemede işletilmiş olacaktır<sup>139</sup>. Daha evvel de değindiğimiz gibi şüpheden sanık yararlanır ilkesinin temeli suçsuzluk karinesidir. Bu ilkeden muhakemede maddi sorunun çözümünde faydalanılır. Yine bu ilke ile ceza mahkemelerince, sanığın suçu işlediği hususunda şüphe yenilemez ise bahse konu suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması (delil yetersizliği) gerekçesi ile sanık hakkında beraat hükmü verilir<sup>140</sup>.

Disiplin hukuku da daha evvel de bahsettiğimiz gibi ceza hukuku ile benzer özellikler taşıdığından, cezalandırma amacı mevcut olan disiplin yargılamalarında ve uygulanacak idari yaptırımlarda mevcut ceza

<sup>137</sup> GEDİK, s. 67.

<sup>138</sup> GEDİK, Doğan: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, 71.

<sup>139</sup> ŞIK, Hüseyin: "Suçsuzluk Karinesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 1, 2012, s. 120.

<sup>140</sup> FEYZİOĞLU, Metin: "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", TBB Dergisi, S. 62, 2006, s. 36.

hukuku ilkelerinin<sup>141</sup> ve yine ceza muhakemesine hakim olan temel ilkelere olan şüpheden sanık yararlanır ilkesinin geçerli olduğunu söylemek mümkündür<sup>142</sup>. Zira Danıştay'ın istikrar kazanan kararlarında da bu hususa sık sık yer verilir<sup>143</sup>. Danıştay nezdinde, disiplin soruşturmasında bir suç işlediği iddiasıyla karşı karşıya kalan kamu görevlisinin üzerine atılı fiili işlediği yönündeki ithamların, herhangi bir tereddüde yer vermeksizin kesin bir şekilde ispatı elzem olup, aksi durumda şüphenin kamu görevlisi lehine yorumlanması ve bahsi geçen fiilin ilgili kamu görevlisi tarafından işlendiğinin kesin olmaması nedeniyle kamu görevlisi hakkında bir disiplin cezasına hükmedilmemesi gerekmektedir<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> “Cezalandırma amacı ağırlıklı olan idarî yaptırımlarda, ‘çekirdek’ denebilecek en temel ceza hukuku ilke ve kurallarının uygulanmasının evrensel bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edildiği...” (Danıştay 13. D, 15.02.2022, E. 2019/494, K. 2022/412, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 18.07.2024).)

<sup>142</sup> “Ağır Ceza Mahkemesince verilen karar incelendiğinde, davacının öğretmeni olduğu okulda ... adli öğrenciye özel ilgi gösterdiği, dizlerinden kalçasına çıkmak suretiyle dokunduğu, elini ...’nün omzuna koymak suretiyle dokunduğu, okşadığı, saçma dokunduğu, ... adli öğrenciye cinsel organını işaret ederek “gösteririm ben sana” dediği, sınıfta bacaklarını açarak oturduğu, cinsel organını sıralara sürterek yürüdüğü, öğrencilerin bedenlerini süzerek uzun süre baktığı iddialarının yeterli ve somut delillerle ispat edilemediği, bir kısım öğrencinin davacının aleyhine olan ifadelerini geri çektiği, davacının bu eylemleri işlediğine ilişkin olarak da ifadelerden başka somut bir tespit bulunmadığı, davacı hakkında isnat edilen eylemlerin işlendiği açıkça ortaya konulmadan disiplin cezası verildiğinin anlaşıldığı; bu durumda, disiplin yaptırımı uygulanacak kişi tarafından ikrar edilmeyen ve eldeki mevcut deliller ile disiplin normuna aykırı fiilin ispatı mümkün olmayan hallerde “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince ilgiliye disiplin cezası verilemeyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.” (Danıştay 12. D, 31.05.2022, E. 2018/809, K. 2022/3176, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)(Erişim Tarihi 18.07.2024).

<sup>143</sup> “Disiplin hukuku cezalandırma ilkeleri açısından ceza hukuku ile benzer özellikler taşımakta olup, kişilerin disiplin cezası ile cezalandırılabilmesi için suç olarak belirlenmiş olan tutum ya da davranışın ilgilisi tarafından işlenilmiş olduğunun kesin ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde saptanması gerekmektedir. Ceza hukukunun genel ilkeleri uyarınca verilecek cezayı gerektiren eylemlerin gerek ‘tipiklik’ açısından gerekse maddi açıdan o cezaya uyar nitelikte olması, bu koşulların sağlanmadığı durumlarda ise en azından ‘o ceza için’ suçun oluşmadığı kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile bir fiilin, disiplin cezasıyla cezalandırılabilmesi için, fiilin kanunda öngörülen tipe uygun olması (tipiklik ilkesi), yani, yasal düzenlemedeki içerik ile sübut bulan soruşturma konusu fiilin birbiriyle örtüşmesi gerekmektedir.” (Danıştay, 2.D, 24.05.2023, E. 2021/9292, K. 2023/2896. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 18.07.2024).

<sup>144</sup> “İdare Mahkemesince; 12/06/2012 tarihli disiplin soruşturma dosyası ve eklerinin birlikte incelenmesinden, davacıya isnat edilen “adliyeye gelen bir kısım bilirkişi ve vatandaşlardan para aldığı” iddiası üzerine görevi kötüye kullanma ve yetkili olmadığı bir iş için yarar

Disiplin soruşturmalarında da bahse konu eylemin soruşturulan kişi tarafından işlendiğinin, net olarak tespit edilmesi ve tam bir kanaate varılması ile disiplin cezasına hükmedilebilecektir. Aksi halde bu hususta tam bir vicdani kanaatin oluşmaması nedeniyle disiplin cezasına hükmedilemeyecektir<sup>145</sup>. Hülasa disiplin soruşturmalarında da ceza muhakemesinde olduğu gibi yaklaşık ispat değil tam ispat ölçütü geçerli olup, bir disiplin cezasına hükmedilebilmesi için şüphenin yenilmesi aksi halde şüphenin sanık lehine yorumlanması gerekmektedir<sup>146</sup>. Bu hususta Danıştay, ceza mahkemesinde verilen bir beraat kararı üzerine kararın temyiz edilmeksizin kesinleşmesi ile şahsa uygulanan meslekten çıkarma disiplin cezası için şüphenin yenilmediğinden bahisle kararı hukuka aykırı bulmuştur<sup>147</sup>.

Disiplin soruşturmalarında da toplanan deliller, disiplin amirinin disiplin cezası öngörebilmesi için kesin, yeterli ve şüpheye yer vermeyecek mahiyette olmalıdır. Aksi durumda yukarıda da bahsettiğimiz gibi masum olma ihtimali olan bir kimsenin, yaptırma uğraması ve bu

---

*sağlama fiillerinden dolayı ... Asliye Ceza Mahkemesinin E... sayılı dosyasında açılan kamu davasında; "görevi kötüye kullanmaya teşebbüs" suçu yönünden; sanığın üzerine atılı suçun yasal unsurları oluşmadığı ve yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olduğu anlaşılınca Türk Ceza Kanunu'nun 223-2a maddesi gereğince beraatine, "yetkili olmadığı iş için yarar sağlama" suçu yönünde ise müştekinin soyut iddiası dışında isnat edilen suçu işlediğine dair cezalandırılması için yeterli ve inandırıcı ve her türlü kuşkudan uzak kesin ve mahkumiyet hükmü kurmaya yeterli delil elde edilmediğinden, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gözönünde bulundurulurken isnat edilen suçu sabit olmayan sanığın ... beraatine karar verildiği, bu durumda davacıya isnat edilen fiilin sübuta ermediği sonuç ve kanaatine varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir." (Danıştay, 12.D, 16.02.2023, E. 2021/1625, K. 2023/644, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 19.07.2024).*

<sup>145</sup> *"Davalı idaredeki genel uygulamanın mal bildirimlerini elden vermek şeklinde olduğu halde, davacının mal bildirim formlarını teslim ettiğini beyan ettiği personel ile ilgili birimde çalışan diğer kişilerin ifadesine başvurulmadığı, dava konusu disiplin cezasına dayanak gösterilen eylemin açıkça, her türlü şüpheden uzak, somut, kesin, yeterli ve inandırıcı delillerle tam bir vicdani kanaat oluşturacak şekilde ortaya konulmadığı, ... davacı hakkında disiplin cezası veren Belediye Disiplin Kurulunun aldığı kararı onaylayan Belediye Başkanının, disiplin cezasına itirazın görüldüğü Mersin Büyükşehir Belediyesi Yüksek Disiplin Kurulunda yer almasının objektiflik ve tarafsızlık ilkesine uygun düşmediği gerekçesiyle ... işlemin iptaline karar verilmiştir." (Danıştay 12.D, 16.02.2023, E. 2021/3867, K. 2023/627, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 21.07.2024).*

<sup>146</sup> CANDAN, s. 266.

<sup>147</sup> Danıştay 2.D, 08.06.2023, E. 2021/8416, K. 2023/3287, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 21.07.2024).

sebeple adalet duygusunun zarar görmesi söz konusu olacaktır. Danıştay'ın benimsediği görüş, disiplin hukukunun yaptırım yönünden ceza hukukuna benzemesi ve şahıslara disiplin yaptırımlarının uygulanabilmesi için kesin ve şüpheden uzak delillerle maddi hakikatin tespit edilmesi şeklindedir<sup>148</sup>. Aksi halde eldeki delillerle ispat söz konusu olmazsa, soruşturma konusu olan kimse hakkında *şüpheden sanık yararlanır* ilkesi uygulanacaktır<sup>149</sup>.

### B. Disiplin Soruşturmalarında Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesinin Uygulamadaki Yansımaları

Danıştay, ilgili bir kararında polis memuru olan şahsın, *“astlarını, aynı rütbedeki arkadaşlarını, üstlerini ya da amirlerini haksız yere şikâyet etmek”* suçlamasıyla hakkında açılan disiplin soruşturması neticesinde disiplin kurulu tarafından verilen *4 ay kısa süreli durdurma cezasını* isnada konu olan fiilin sarih ve net bir şekilde ortaya konulmaması, suçu isnat edenlerin iddiasını ispatla mükellef oluşu ve var olan şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>150</sup>. Danıştay isnadın sübuta ermemesi nedeniyle, İdare Mahkemesinin kararını isabetsiz bulmuştur.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu bir kararında, ağır ceza hakiminin sekretere sarkıntılık yaptığı iddiasıyla açılan idari soruşturmada iddia sahibi kadının beyanı dışında başkaca bir delil olmadığı, isnadın sübuta ermediği gerekçesiyle şüpheden sanık yararlanır ilkesinin kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir<sup>151</sup>. Danıştay benzer bir kararında ise okul müdürü olarak görev yapan davacıya, öğrencilere cinsel tacizde bulunması nedeniyle idare tarafından verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasını, şikayetçi olan kişilerin birbirleriyle çelişen ifadelerin olması, eylemin gerçekleştiğini gösteren kesin, şüpheden uzak başkaca delil, somut bir bilgi ve belge olmamasıyla, ilgili kimseler

<sup>148</sup> Danıştay 12. D.,30.05.2017, E. 2016/7260, K. 2017/2823, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 21.07.2024).

<sup>149</sup> FİŞ ÜSTÜN, s. 20.

<sup>150</sup> Danıştay 5. D, 27.3.2018, E. 2016/16014, K. 2018/12646, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 22.07.2024).

<sup>151</sup> DİDDGK., 9.11.2018, E. 2013/3683, K. 2018/12646, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 22.07.2024).

tarafından şahsın eylemlerinin cinsel amaçlı algılanmadığının anlaşılması üzerine, atılı suçları işlediği sabit olmadığı ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanarak idarece verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>152</sup>.

Danıştay yine bir başka kararında, öğretmen olan davacının çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediği gerekçesiyle Milli Eğitim Bakanlığı bünyesindeki Yüksek Disiplin Kurulu tarafından verilen meslekten çıkarma cezasını, mağdurların çelişkili ifadelerin olması, mağdurların daha sonra sanığın isnat edilen eylemi işlemediğine dair beyanda bulunması, ilgili şahsın bahsi geçen eylemi gerçekleştirdiğine dair yeterli, kesin ve her türlü şüpheden uzak başkaca bir delil olmaması nedeniyle ceza davasından beraat etmesi üzerine şüpheden sanık yararlanır ilkesine dayanarak hukuka aykırı bulmuştur<sup>153</sup>.

Danıştay ilgili bir başka kararında ise icra müdür ve yardımcılarının sürekli aynı taksicilerle çalışarak bu kişilerden menfaat sağlamak suretiyle devlet memurunun güven ve itibarını sarsıcı davranışta bulunması iddiasıyla haklarında kınama cezası verilmesini, başvuruda bulunan müdür ve müdür yardımcılarının hakkında bir isnadın olmaması, şikayet dilekçelerinde isimlerinin yazmaması, bahsi geçen eylemi gerçekleştirdiğine dair kafi gelecek ölçüde, kati ve her türlü şüpheden ise beri olan, başkaca bir ispat vasıtası olmaması nedeniyle şüpheden sanık yararlanır ve masumiyet karinesi ilkelerine dayandırarak hukuka aykırı bulmuştur<sup>154</sup>.

Danıştay yine benzer bir kararında mazeretsiz bir şekilde bir yıl içerisinde yekun olarak 20 (yirmi) gün göreve gelmemenin, kişinin devlet memurluğundan çıkartılmasını gerektiren bir disiplin suçu olması gerekçesiyle meslekten çıkarma cezası verilen dış hekim davacının, iddia edilen 20 gün içerisinde Pazartesi ve Perşembe günleri geldiği, davacının muayene ettiği hastaların diğer hekim üzerine kaydedildiğinin anlaşılması, tutanak tutanlarının ifadelerinin tatmin edici olmaması, tedbir

<sup>152</sup> Danıştay 12. D, 30.05.2017, E. 2016/7260, K. 2017/2823, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 24.07.2024).

<sup>153</sup> Danıştay 12. D, 28.03.2018, E. 2017/3751, K. 2018/1326, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 24.07.2024).

<sup>154</sup> Danıştay 16. D, 17.04.2015, E. 2015/8892, K. 2015/1827, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 24.07.2024).



uygulamak için bu kadar süre beklenilmesi gibi çok güçlü şüphelerin varlığı nedeniyle, bahsi geçen eylemi gerçekleştirildiğinin her türlü şüpheden uzak bir şekilde ispatlanamadığı vicdani kanaatine ulaşıldığından, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği davaya konu işlemin iptal edilmesi yönünde karar vermiştir<sup>155</sup>.

Son olarak ağır ceza mahkemesi üyesi olan davacının, iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında, şüphe uyandırabilecek bir ses kaydının elde edilmesi ve ses kaydından şahsın örgüte üye olma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, gayri ahlaki "Konsey" adı verilen bir oluşum içerisine girme ve konsey üyesi kişilerden kadın temin etmelerini isteme, birçok kadınla grup halinde ya da tek başına birlikte olma, mesleki konumunu kullanarak şahısları çok defa adli süreçlerden kurtarma vb. eylemleri gerçekleştirdiği anlaşılmıştır. Bu gerekçelerle şahıs hakkında disiplin soruşturması açılmış ve meslekten çıkarma cezası verilmiştir. Bahsi geçen kararda Danıştay, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi, yeterli delil ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumlu olmama ilkesi, kıyas yoluyla yorum getirilemez ilkesi ve dürüst işlem ilkesine aykırı olarak yürütülen soruşturma sonucunda ceza verildiği, verilen cezanın yasal olmayan dinleme sonucunda özel hayatına ilişkin telefon kayıtlarından elde edildiği ve yine özel hayata orantısız bir müdahale olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu yönünde karar vermiştir<sup>156</sup>.

## SONUÇ

Yargılama ile amaçlanan maddi gerçekliği gün yüzüne çıkarmaktır. Bu yargılama ister ceza hukuku ile ilgili olsun, isterse de disiplin hukuku ilgili olsun güdülen amaç daima bu doğrultuda olacaktır. Ancak bu amaca hangi yoldan ve nasıl gidileceği, hukuk sisteminin koyduğu kurallarla belirlenmektedir. Gidilen yol ve seçilen yöntem, hukuk sistemi tarafından tanınan ve kabul gören bir yol veya yöntem olmalıdır. Zira maddi

<sup>155</sup> Danıştay 12. D, 28.01.2014, E. 2013/5654 K. 2014/183, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 24.07.2024).

<sup>156</sup> Danıştay 16. D, 11.11.2015, E. 2015/3643, K. 2015/6993, [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 25.07.2024).

gerçekliği gün yüzüne çıkarmak için dahi olsa, hukuki olmayan yollara tevessül edilmemelidir.

Disiplin hukuku, diğer hukuk dallarında olduğu gibi düzeni koruma, bozulan düzeni yeniden inşa etme amacını taşır. Kamu düzeninin zamanla önem kazanması ile disiplin hukuku da eskiye nazaran önemli bir hukuk dalı haline almıştır. Ancak ne yazık ki, disiplin mevzuatındaki dağınıklık, uygulamada birliğe ve genel bir disiplin anlayışına engel olmaktadır. Disiplin mevzuatında var olan boşluk ise pek çok sorunu peşinden getirmektedir. Bu sorunlardan ilki, açıklık, belirlilik ilkelerine uyulmadığı ve mevzuatta yeterli düzenleme olmadığı için kıyas yoluna başvurulması halidir. Diğer önemli problem ise disiplin soruşturmaları için delillerin nasıl elde edileceğinin açık ve net bir şekilde düzenlenmemiş olmasıdır.

Delil serbestisi ilkesinin hâkim olduğu disiplin soruşturmalarında, hukuka uygun elde edilen tüm deliller soruşturmada dikkate alınmaktadır. Buradan, soruşturmaya konu olan şahsın özel hayatına orantısız bir müdahaleden ele geçirilen ispat vasıtaları ile yasak işlemler neticesinde temin edilen delillerin hukuka aykırı oldukları gerekçesiyle disiplin soruşturmalarında kullanılmayacağı anlaşılmalıdır. Ayrıca Danıştay'ın, disiplin soruşturmasına konu olan şahsın adli ve idari yönden değerlendirilip, adli yönden ceza almış olsun olmasın her durumda disiplin cezasına hükmolunabileceği yönünde kararları da mevcuttur.

Disiplin soruşturması için toplanan deliller, disiplin amirinin disiplin cezası öngörebilmesi için kesin, yeterli ve şüpheye yer vermeyecek şekilde olmalıdır. Aksi durumda soruşturmaya konu olan şahsın masum olma ihtimaline karşın yaptırımı uğraması ve bu sebeple adalet duygusunun zarar görmesi gündeme gelecektir. Danıştay, maddi hakikatin araştırılması ilkesi, yeterli delil ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile soruşturma sonucunda yaptırım öngörüldüğünde, verilen cezanın yasak delile dayandırılması ya da özel hayata orantısız müdahale olması halinde hukuka aykırı olduğu yönünde kararlar vermektedir.

Adil yargılanma hakkının bir parçası ve suçsuzluk karinesinin ise neticelerinden biri olan *şüpheden sanık yararlanır ilkesi*, yapılacak tahkikatın sonucunda öngörülen disiplin müeyyidesinin uygulanabilmesi için

idarenin soruşturulan kimsenin hem lehine hem de aleyhine olan bütün ispat vasıtalarını toplaması, toplanan bu ispat vasıtalarını değerlendirmesi, sanığın bahse konusu disiplinsizliği işlediği hususundan hiçbir şüpheye yer bırakmayacak ölçüde vicdanen kani olmayı, şayet şüphe mevcut olup, tam bir ispat da mümkün değilse, var olan şüphenin soruşturulanın lehine değerlendirilmesini ve hiçbir cezaya hükmedilmemesini gerektirir.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, müeyyide uygulamak için elde edilen delillerin kesin, yeterli ve şüpheden uzak olması, bunun yanı sıra hüküm verilirken bu nitelikteki delillere dayandırılması gerekliliğine işaret etmektedir. Disiplin soruşturması için muhakeme esnasında, isnat edilen eylem ile ilgili disiplin amiri, soruşturmaya konu olan şahıs hakkında kesin, yeterli ve şüpheye yer vermeyecek delillere ulaşamaz ise şahısla ilgili müeyyide uygulamaması hukuken yerinde bir tavır olacaktır. Aksi durumlar için Danıştay'ın şüpheden uzak başkaca bir delil olmaması halinde, disiplin soruşturmaları nedeniyle yaptırım uygulanan kişiler hakkında verilen kararların hukuksuz olduğu, *şüpheden sanık yararlanır* prensibinin idare hukukunda da yer bulduğu ve bu nedenle öngörülen yaptırımın kaldırılması yönünde kararlar verdiği görülmektedir.

## KAYNAKÇA

- AÇAN, İbrahim: "Delil", Ankara Barosu Dergisi, S.4, 1975.
- AKKOYUNLU, Sencer Abdullah: "Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 48, 2023, 3-63.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2002.
- ALTUNKAŞ, Aysun: "Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Hakları Hukuku Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- ANAYURT, Ömer: Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, Can Matbaacılık, İstanbul, 2007.
- ASLAN, Zehreddin. *Disiplin Suç ve Cezaları*. İstanbul: Alfa Yayınları, 2001.
- ASLAN, Zehreddin/ALTINDAĞ, Halil: Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması 2547 Sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin Ve Ceza Soruşturması Dahil, Ankara, Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Beşinci Baskı, 2023.
- ARSLAN, Çetin: "Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukundaki Durumu Üzerine Bir Değerlendirme", Fasikül Hukuk Dergisi, C.2, S.3, 2010.
- ATLIHAN, Özen: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel unsuru Olarak 'Masumiyet Karinesi'", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. IX, S. 1-2, 2005.
- BAŞ, Eylem: "Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2016.
- BEZGİN, Yüksel Ertürk: Soruşturmanın Gizliliği İlkesi Kapsamında Lekelememe Hakkı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- BOULANGER, Özge Didem: "Disiplin Cezalarının Özlük Dosyalarından Silinmesi ve Cezalara İlişkin Bilgilerin Üçüncü Kişilere Verilmesi Meselesi" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 0/50, 30 Mart 2022, <https://doi.org/10.54049/taad.1093118>.

- BUCAKTEPE**, Adil: “Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, Nisan 2015, 199-224. <https://dergipark.org.tr/pub/ahbvuhfd/issue/48099/608213>
- BULUR**, Alper: “E-İspat”, Ankara Barosu Dergisi, Y.66, S.2, s.96, 2008.
- CANOĞLU**, Veysel Candan: Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018.
- CEMALOĞLU**, Necati: “Disiplinle İlgili Kavramlar, İlkeler ve Uygulamalar”, Milli Eğitim 175, 01 Ocak 2007.
- CENTEL**, Nur/ **ZAFER**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019.
- CEYLAN**, Mahmut: “İdari Yargıda Delil Serbestîsi ve Sınırları”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, S.16, 2018.
- ÇAKMAK**, Seyfullah: “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”, Terazi Hukuk Dergisi, C.5, S.48, 2010.
- ÇINAR**, Can Evren/ **UÇAR**, İsmail: Kamu Görevlileri Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- DEMİRBAŞ**, Timur *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 18. Baskı, Hukuk Dizisi 235, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- DOĞAN**, Eser Us/ **YÜCEL DERİCİLER**, Özge: “Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanı (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması”. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5/1 (Nisan 2020), 1087-1122.
- DOĞAN**, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkusundan Sanık Yararlanı İlkesi “In Dubio Pro Reo” Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- DÖNMEZER**, Sulhi/ **ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 10. Baskı, C. II, İstanbul, 1994.
- DURMUŞ**, A. Alper: Memur Disiplin Hukuku, Adalet Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2014.
- DÜLGER**, Murat Volkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- ERDOĞDU**, Ahmet: "Yeni Disiplin Cezaları". Danıştay Dergisi Y.2, S.6, 5-19. <https://cdn.bartın.edu.tr/personel/ecf292227efb77dbdc4ccb91b19d8031/danistaydergisi0607.pdf>
- ERGÜNE**, Elif: Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçlu Sayılmama Hakkı, Birinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- EROL**, Ömer Faruk: "Kamu Görevlisinin Etik Sorumluluğu", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 30 Aralık 2022.
- FEYZİOĞLU**, Metin: "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", TBB Dergisi 62, 2006.
- FEYZİOĞLU**, Metin: "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S. 1, 1999, 1, [https://doi.org/10.1501/Hukfak\\_0000000629](https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000629).
- FİŞ ÜSTÜN**, Gül: "Disiplin Soruşturamalarında Hukuka Aykırı Deliller" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:24, S:1, 2018.
- GEDİK**, Doğan: Öğreti ve Yargısal İçtihatlar Işığında Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- GEDİK**, Doğan / **TOPALOĞLU**, Mahir: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- GEDİK**, Doğan: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2022.
- GİRİTLİ**, İsmet / **BİLGİN**, Pertev / **AKGÜNER**, Tayfun: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- GÖKSU**, Mustafa: "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16/0 (Temmuz 2014), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46919/588501>.
- GÜNDÜZ**, Fatma Ebru: "Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.1, 08 Mart 2019, 89-114. <https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.537639>
- GÜNEŞ**, Derya Belgin: "Ceza Mahkemesi Tarafından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Kararın Hukuk Mahkemesi Kararlarına

Tesiri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 30 Haziran 2019, 185-216, <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.1.0013>.

**HAFIZOĞULLARI, Zeki/DEVİRİM, Güngör:** “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 20, S.69, Mart 2007.

**HATİPOĞLU, Sezgin:** “Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukuku Bakımından Bağlayıcılığı”, Danıştay Dergisi, S.141, 2016.

**HÜSEYİNOĞLU, Emin:** “Yargı Kararları Işığında Disiplin Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2022/158, 2022. <http://search/yayin/detay/113497>

**IŞIKLAR, Celal:** Kamu Disiplin Yaptırımları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2019.

**KARABULUT, Ferhat/ KARAPAZARLIOĞLU, Ersin/ TOSUN, Hamza:** “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:28, S:120, 2015.

**KARAHANOĞULLARI, Onur:** “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 8/3, 03 Temmuz 1999.

**KAŞİFOĞLU, Kemalettin Ali:** “Görevden Uzaklaştırma”, Adalet Dergisi 69/1, Ocak 1978.

**KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü C.II, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.

**ÖZEN, Mustafa:** “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S.1, 2010.

**ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA GEZER, Özge/ F. SAYGILAR, Yasemin/ ALAN, Esra/ TÜTÜNCÜ, Efser Erden/ ÖZAYDIN, Özdem/ TOK, Mehmet Can:** Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Onuncu Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.

**SANCAKDAR, Oğuz:** Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

**SANCAKDAR, Oğuz / DOĞAN, Us Eser / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / ÖNÜT, Lale Burcu:** İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı,

- Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2015.
- ŞAHİN**, Cumhur: Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- ŞAHİN**, Cumhur/ **GÖKTÜRK**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, Hukuk Dizisi 845, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- ŞIK**, Hüseyin: "Suçsuzluk Karinesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 1, 2012.
- PINAR**, İbrahim/ **ÖNER**, Çalışkan: Açıklamalı – İctihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması, Ankara: Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, 2. Baskı, 2020.
- TANRIVER**, Süha: "Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.65, 2006.
- TANRIVERMİŞ**, Atilla: Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenmeme Hakkı, Seçkin Hukuk, no: 2716, Ankara, Seçkin, 2021.
- TUNÇ**, Özgün: "Ceza Muhakemesi Açısından Yasak Deliller ve Disiplin Soruşturması Açısından Yasak Deliller ile Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", s.8. [http://www.ozgun-law.com/Uploads/image/files/Makale22072011\\_DrOzgunOztunc.pdf](http://www.ozgun-law.com/Uploads/image/files/Makale22072011_DrOzgunOztunc.pdf),
- ULUTÜRK**, Hande: "Suçsuzluk Karinesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:171, 2018.
- USMAN**, Yahya: Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.
- UYSAL**, Cem: "Ceza Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Üzerine Bir İnceleme ve Lekelenmeme Hakkı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, 2017.
- YILDIRIM**, Akif: "Anayasa Mahkemesi Ve AİHM Kararları Işığında Masumiyet Karinesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 111, Kasım 2015.



- YILDIRIM**, Ramazan: “Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S. 14, 2002.
- YÜCE**, Turhan Tufan: “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.1, S.1, Ocak 1988.
- YÜCEL**, Oğurlu: “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis İn İdem’ Kuralı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.2, 2003.
- YÜZER**, Dilara: “Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, 2013.
- ZOR**, Burç Volkan: “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XII/1, 2022.



## İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN TOPLU İŞ HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI

Arş. Gör. Dr. Yusuf AKMAN\*

### Öz

İş sözleşmesinin devri, sözleşmenin işveren tarafının değişmesine yol açar. Devir işlemi iradi veya kanuni şekilde gerçekleşebilir. Devir işleminin usulüne uygun olarak gerçekleşmesi işçinin rızasına bağlıdır. İşçinin rızası, devir anında alınmalı ve rızaya ilişkin beyan yazılı şekilde olmalıdır. İş sözleşmesinin devri işlemi, Toplu İş Hukuku açısından çeşitli sonuçlar ortaya çıkarabilir. Örneğin, iradi devir ile birlikte toplu iş sözleşmesinin kapsamından çıkan işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı da sona erer. Bu doğrultuda çalışmamızda; birden çok iş sözleşmesine taraf olan işçinin, sendika yöneticisinin ve işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmelerinin devrinin sonuçları ile iş sözleşmesinin devrinin sendika üyeliği, ard etki, teşmil, grev oylaması ve işyeri devri açısından doğurduğu sonuçlar ele alınacaktır.

### Anahtar Kelimeler

• İş Sözleşmesinin Devri • İşçi • Sendika Üyeliği • Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma • İş Sözleşmesi

\* Arş. Gör. Dr., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Gaziantep, Türkiye | Res. Ass., Gaziantep University Faculty of Law Department of Labor and Social Security Law, Gaziantep, Türkiye.

✉ yusufakman13@gmail.com • ORCID 0000-0002-1608-3424.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AKMAN, Yusuf, "İş Sözleşmesinin Devrinin Toplu İş Hukuku Bakımından Sonuçları", SÜHFD, C. 32, S. 4, Y. 2024, s. 2089-2128.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## CONSEQUENCES OF THE TRANSFER OF THE EMPLOYMENT CONTRACT IN TERMS OF COLLECTIVE LABOR LAW

### Abstract

The assignment of an employment contract leads to a change in the employer party to the contract. The transfer can take place voluntarily or legally. The employee's consent is required for the transfer to take place. The employee's consent must be obtained at the time of transfer and the declaration of consent must be in writing. The transfer of the employment contract may have various consequences in terms of Collective Labor Law. For example, with the voluntary transfer, the right of the employee to benefit from the collective labor agreement, who is excluded from the scope of the collective labor agreement, ends. In this direction, in our study; the consequences of the transfer of employment contracts of the worker who is party to more than one employment contract, the union manager and the workplace union representative and the consequences of the transfer of the employment contract in terms of union membership, following effect, extension, strike vote and transfer of workplace will be discussed.

### Keywords

- Transfer of Employment Contract • Employee • Trade Union Membership
- Benefiting From Collective Labor Agreements • Employment Contract

### GİRİŞ

İş ilişkilerinde zaman içerisinde işin görülmesine yönelik değişiklikler yapılabilir. İşveren, yönetim hakkı kapsamında çalışma koşullarında değişikliğe gidebilir ya da çalışma koşullarındaki değişiklik esaslı ise 4857 sayılı İş Kanunu<sup>1</sup> m. 22'deki sisteme göre taraflar çalışma koşullarını düzenleyebilir<sup>2</sup>. Örneğin işçinin işverenin farklı bir işyerinde çalışmaya devam etmesi İşK m. 22'deki hükümlere göre gerçekleşir. Belirtilen

<sup>1</sup> RG., 10.6.2003 / 25134.

<sup>2</sup> Çalışma koşullarında esaslı değişiklik hakkında bkz., TULUKÇU, Nezihe Binnur, İş Güvencesi ve İşe İade, Ankara 2017; YUVALI, Ertuğrul / YABA, Tuğçe, İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Cilt Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, Yıl 2022, Sayı 2022-2; AYDIN, Ufuk, Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 23, (s. 22-36); UŞAN, M. Fatih, 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2007, Cilt 9 Özel Sayı, (s. 211-271).

durumda iş sözleşmesinin tarafları sabit kalır ancak iş sözleşmesinin içeriği, işçinin işi nerede yerine getireceği hususu taraflarca değiştirilir.

İşçinin tarafların anlaşmasıyla farklı bir işverenin işyerinde sürekli olarak iş göreceği olması aslında çalışma koşullarında değişiklik olarak ifade edilebilir. Çünkü iş sözleşmesinin devri neticesinde işçinin çalışma süresi, işini yapacağı yer, yaptığı işin türü ve hatta ücretinde farklılıklar ortaya çıkabilir. İş sözleşmesinin devri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>3</sup>'nün 429 uncu maddesinde düzenleme altına alınmıştır. İş sözleşmesinin sürekli olarak farklı bir işverene devri TBK m. 429 kapsamında değerlendirilir. Bu nedenle her ne kadar çalışma koşullarında değişiklikler meydana gelse de iş sözleşmesinin devri halinde İŞK m. 22 değil, TBK m. 429 uygulama alanı bulur.

İş sözleşmesinin devri toplu iş hukuku anlamında da çeşitli sonuçlar meydana getirir. Örneğin, sendikal haklardan yararlanmanın başlangıcı olan sendika üyeliği bakımından iş sözleşmesinin devri bazı durumlarda üyeliğin sona ermesine dahi yol açabilir. Bu amaçla çalışmamızda iş sözleşmesinin devrinin toplu iş hukukuna ilişkin sonuçları incelenmiştir. Değerlenen sonuçlar sınırlı sayı olarak değil, aksine örnekleme yoluyla açıklanmaya çalışılmıştır.

## I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

### A. Genel Olarak

Sözleşmelerin devrine ilişkin hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenleme altına alınmıştır. TBK m. 205'e göre, "*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır*<sup>4</sup>. Sözleşmeyi devralan ile devreden

<sup>3</sup> RG., 4.2.2011 / 27836.

<sup>4</sup> EREN / DÖNMEZ' göre, sözleşmenin devrinden, sözleşmeye taraf olan kişilerden birinin sırf bu nedenle sahip olduğu taraf olma durumunun devrini anlamak gerekir. Bkz., EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt: III, Ankara 2022, s. 3017. GÜMÜŞ'e göre, sözleşmenin devri kısaca sözleşmenin taraflarından birinin değişmesi olarak ifade edilebilir. Bkz., GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021, s. 1160. BAHADIR'a göre, kural olarak sözleşmelerin devri iradi şekilde gerçekleşir. Bu da sözleşmede kalan tarafın rızası ile mümkün hale gelir. Fakat sözleşmenin kanundan kaynaklanan nedenlerle devri de söz konusu olabilir. Bkz., BAHADIR, Zeynep, "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye

arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir. Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır” (TBK m. 205)<sup>5</sup>.

Sözleşmenin devrinde, sözleşmenin taraflarından birisi değişmekte, bu kimsenin yerini yeni biri almaktadır<sup>6</sup>. Değişen taraf, sözleşmenin alacaklı veya borçlu tarafı olabilir<sup>7</sup>. Hatta tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aynı zamanda hem alacaklı hem borçlu<sup>8</sup> olan kimselerin de sözleşmeden ayrılması mümkündür<sup>9</sup>. Madde metninde de ifade edildiği üzere sözleşmenin devrinde, sözleşmeden ayrılan kişi yerine taraf olacak kimseler sözleşmede yer alan hususlardan sadece borçları veya sadece alacakları değil, bilakis bir bütün olarak tüm sözleşmeyi devralmaktadır<sup>10</sup>. Ayrıca sözleşmenin devrinde sadece taraf değişmekte, kural olarak sözleşmenin hükümleri aynı şekilde varlığını sürdürmektedir<sup>11</sup>.

İş Hukukunda sözleşmenin devrine karşılık gelen kavram iş sözleşmesinin devridir. İş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümler 4857 sayılı İş Kanunu’nda değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenleme altına

Katılma”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVII, Yıl: 2013, Sayı: 3, (s. 1-28), s. 3.

<sup>5</sup> Sözleşmenin devri öğretide bölme ve birlik teorileri ile açıklanmaya çalışılmıştır. *Parçalanma teorisine göre*, sözleşmedeki alacaklar ve borçlar ayrılmakta böylelikle alacağın temliki ve borcun üstlenilmesi işlemleri birlikte yapılarak sözleşme üçüncü bir kişiye devredilmektedir. *Birlik teorisine göre*, sözleşmenin devri kendi özgü bir hukuki işlemidir. Sözleşme ilişkisi alacağın devri ve borcun üstlenilmesi gibi unsurlara ayrılamaz. Sözleşmenin devri ile birlikte tüm hak ve borçlar sözleşmeyi devralan kişiye geçer. Bkz., ÖZTÜRK, Berna, “Sözleşmenin Devri”, TBB Dergisi 2016 (125), (s. 263-296), s. 267. GÜMÜŞ’e göre, birlik teorisinden anlaşılması gereken; devir sözleşmesiyle birlikte devreden borçlu ise borcun dış üstlenilmesi etkisinin, devreden alacaklı ise halefiyet etkisinin ortaya çıkması sonucu ayrıca bunların parçalanmasına gerek olmadığıdır. Bkz., GÜMÜŞ, s. 1161.

<sup>6</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 846; EREN / DÖNMEZ, s. 3017.

<sup>7</sup> GÜMÜŞ, s. 1160.

<sup>8</sup> KILIÇOĞLU, s. 847.

<sup>9</sup> EREN / DÖNMEZ, s. 3017.

<sup>10</sup> GÜMÜŞ, s. 1161.

<sup>11</sup> ALP, Mustafa, “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, (s. 189-209), s. 190.

alınmıştır. TBK m. 429 uyarınca, “*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemleriyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır*” (TBK m. 429).

İş sözleşmesi, işçi ve işveren arasında kurulan, esas olarak işverenin ücret ödeme işçinin ise iş görme ile yükümlü olduğu sözleşmedir. İşçi, temel borcu olan iş görme borcunu kural olarak bizzat işverene karşı yerine getirmekle yükümlüdür<sup>12</sup>. Ancak kuralın emredicilik özelliği bulunmamaktadır. Taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilir veya durumun icabından işin başkası tarafından yapılabileceği de anlaşılabilir<sup>13</sup>. Bu bağlamda, işçinin iş görme yükümlülüğünü iş sözleşmesini akdettiği işverene karşı değil, “kalıcı olarak” bir başka işverene karşı yerine getirmesi söz konusu olabilir<sup>14</sup>. Bu durum, iş sözleşmesinin devri haline karşılık gelir<sup>15</sup>.

İşyerinin veya bir bölümünün farklı bir işverene devri mümkündür. Devir işlemi sonucunda işyerindeki iş sözleşmeleri devralan işverene geçer. Her ne kadar işyerinin veya bir bölümünün devri halinde iş sözleşmeleri devralan işverene geçse de işyerinin devri ve iş sözleşmesinin devri kavramları arasında çeşitli farklılıklar mevcuttur. Öncelikle, iş sözleşmesinin devri kural olarak tarafların iradesinden kaynaklanır.

<sup>12</sup> SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2022, s. 226.

<sup>13</sup> ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Ekim 2022, s. 289.

<sup>14</sup> Eski Borçlar Kanunu’nda sözleşmeden ve işin gereğinden anlaşılmadıkça iş görme edimini talep hakkının devredilemeyeceğine ilişkin hüküm İş Kanun’u kapsamındaki kişiler açısından uygulama alanı bulmaz. İşK m. 7’deki özel düzenleme iş ilişkileri bakımından uygulama alanı bulur. Bkz., ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 290.

<sup>15</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL’a göre, iş sözleşmesinin devri bir küll halinde bir başka işveren tarafından üstlenilmesidir. Bkz., MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014, s. 383. SENYEN KAPLAN’a göre, iş sözleşmesinin devri, üç tarafın da anlaşmasına bağlı olan İş Hukukuna özgü bir üçlü ilişki olarak ifade edilebilir. Bkz., SENYEN KAPLAN, s. 228. BAŞBUĞ / YÜCEL BODUR’a göre, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde kimi haklardan yoksun kalabilme ihtimali olan işçi, iş sözleşmesinin devri işlemini gerçekleştirmek isteyip bu hakların korunmasını sağlayabilir. Bkz., BAŞBUĞ, Aydın / YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, İstanbul 2021, s. 84.

İşyerinin devrinden farklı olarak iş sözleşmesinin devrinde, iş sözleşmesi işverenlerin anlaşması sonucu otomatik olarak diğer işverene geçmez<sup>16,17</sup>. Diğer bir deyişle, iş sözleşmelerinin devri ancak tarafların (devreden işveren-işçi-devralan işveren) bu konuda anlaşmalarına bağlıdır<sup>18</sup>. İşyerinin devri sonucunda işçinin işyeri değişmez. İş sözleşmesinin devrinde ise, işçinin işyerinde değişiklik meydana gelir<sup>19</sup>. İşyerinin devrinde iş sözleşmeleri toplu şekilde devralan işveren geçerken, iş sözleşmelerinde devir işlemi münferit olarak gerçekleşir<sup>20</sup>.

İş sözleşmesinin devri, iş görme yükümlülüğünün geçici olarak değil, devirden sonra kalıcı olarak yeni işveren için yerine getirilmesine yol açar<sup>21</sup>. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devri, sürekli bir taraf değişikliğinin gerçekleşmesi bakımından geçici iş ilişkisinden<sup>22</sup>; devrin taraf iradesi nedeniyle ortaya çıkması açısından ise işyeri devri nedeniyle iş sözleşmelerinin devrinden farklılaşır<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Ankara 2022, s. 65; CENGİZ, İstar, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara 2014, s. 44; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, s. 268; ÖZTÜRK, s. 266.

<sup>17</sup> CENGİZ'e göre, iş sözleşmesinin devri kanuni ve iradi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bkz., CENGİZ, İstar, "İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar", Sicil Issue: 34 Year: 2015, (s. 47-70), s. 48 (Hüküm ve Sonuçları). ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU'na göre, işyerinin devrinde işçilerin çalıştıkları işyeri değişmemektedir, ancak işyerinin iradi olarak devrinde işçiler başka bir işveren tarafından farklı bir işyerinde çalıştırılmaya devam edecektir. Bkz., ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, Candan, İş Sözleşmesinin Devri, İstanbul 2015, s. 117 - 118.

<sup>18</sup> NARMANLIOĞLU, s. 267; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 384.

<sup>19</sup> ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 118.

<sup>20</sup> ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 119.

<sup>21</sup> SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2021, s. 342; YİĞİT, Yusuf, İş Sözleşmesinin Devri, Bursa 2014, s. 55; NARMANLIOĞLU, s. 267; SENYEN KAPLAN, s. 229; BAŞBUĞ / YÜCEL BODUR, s. 83; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 131. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL'a göre, iş sözleşmesinin devri halinde eski işveren sıfatına başka bir işveren sahip olmakta ve eski işveren ile işçi arasında iş sözleşmesine dair bir ilişki kalmamaktadır. O halde, iş sözleşmesi devri işleminin çalışma koşullarında değişiklik olarak anlamlandırmak doğru olmasa gerekir. Bkz., MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 384. Benzer yönde bkz., ALP, s. 190.

<sup>22</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 291.

<sup>23</sup> İşyerinin devri halinde işçilerin iş sözleşmelerinin otomatik devrine ilişkin istisnai hüküm 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme altına alınmıştır. TTK m.



## B. Şartları

İş sözleşmesinin devrinin usulüne uygun yapılması için öncelikle taraflar arasında hukuken geçerli bir iş sözleşmesinin varlığı şarttır<sup>24</sup>. Borçlar Hukukunda yer alan geçersizlik sebeplerinin iş sözleşmelerinin devri açısından da uygulama alanı bulacağı söylenebilir<sup>25</sup>. Geçersiz bir iş sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin devri kabil olduğu söylenemez<sup>26</sup>.

Devredilen sözleşmenin devam ediyor olması iş sözleşmesinin devri için gereken bir diğer şarttır<sup>27</sup>. Gelecekte yapılacak bir sözleşmeye ilişkin devir işlemi yapılmamalı<sup>28</sup> veya iş sözleşmesi bir nedenden dolayı sona ermiş olmamalıdır<sup>29</sup>.

---

178 uyarınca, “*Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer (TTK m. 178).*”.

- <sup>24</sup> Haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar için yapılacak sözleşmelerin devri mümkün değildir. Bkz., **KILIÇOĞLU**, s. 847.
- <sup>25</sup> İş sözleşmesi, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı ise geçersiz kabul edilir ve devri de söz konusu olmaz. Bkz., **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 139.
- <sup>26</sup> **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU’na göre**, kurulduğu sırada şekil açısından geçersiz olan bir iş sözleşmesi, geçersizliği ileri sürülene kadar geçerli kabul edileceğinden, bu sürede yapılan iş sözleşmesinin devri işlemi de geçerli olarak kabul edilmelidir. Bkz., **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 140. Aksi görüşteki **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL’e göre**, geçersiz bir iş sözleşmesi söz konusu ise, bunun üzerine yapılacak devir işlemi sırf İş Hukukunda geçersizliğin ileriye dönük olması nedeniyle geçerli kabul edilemez. Bkz., **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 387.
- <sup>27</sup> **NARMANLIOĞLU**, s. 268; **CENGİZ**, s. 93; **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 147.
- <sup>28</sup> **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 141 - 142; **CENGİZ**, s. 98.
- <sup>29</sup> **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU’na göre**, bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin olarak ödendiği bir örnekte sözleşme derhal değil de bildirim sürelerinin sonunda ortadan kalkacağından, bu süre içerisinde meydana gelecek bir sözleşme devri işleminin mümkün olduğu gözükmemektedir. Bkz., **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 148 - 149. Benzer yöndeki **CENGİZ’e göre**, iş sözleşmesinin fesih bildirim sürelerine göre feshe dilmesi durumunda bildirim süreleri içerisinde devri mümkündür. Bkz., **CENGİZ**, s. 107.

Ayrıca iş sözleşmesinin devredilebilir niteliğe sahip olması gerekir<sup>30</sup>. Sözleşmenin belirli süreli, kısmi süreli veya farklı türde yapılmasının ise herhangi bir önemi yoktur<sup>31</sup>.

İş sözleşmesinin devredilebilmesinin diğer bir şartı, tarafların devir üzerinde anlaşmaları ve devre ilişkin rızalarının bulunmasıdır<sup>32</sup>. “*Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir*” (TBK m. 429/1). Bu bağlamda, işçinin devir işlemine vereceği rıza önem arz eder<sup>33</sup>. İşçinin rızasının ne zaman alınacağı hususu öğretide tartışmalıdır<sup>34</sup>. Bize göre, işçinin rızasının devir esnasında

<sup>30</sup> İşverenin kişiliğine bağlı iş sözleşmelerinin devredilebilirliği konusu öğretide tartışmalıdır. *CENGİZ'e göre*, sözleşmenin devri işlemi işçinin rızasına bağlı olduğundan, bu nedenle rıza olmadan devir işlemi de gerçekleşemeyeceğinden, işverenin kişiliğine bağlı sözleşmelerin devri mümkündür. Bkz., **CENGİZ**, s. 91. **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU'na göre**, iş sözleşmesinde kalan taraf olan işçinin iradesinin fesada uğramadığı hallerde işverenin kişiliğine bağlı olan iş sözleşmelerinin devrini geçerli kabul etmek gerekir. Bkz., **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 147. **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL'a göre**, üç tarafın anlaşması yoluyla gerçekleşecek iş sözleşmesinin devri işlemi işverenin kişiliğine bağlı olan iş sözleşmeleri için de söz konusu olabilir. Bkz., **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 387. Aksi görüşteki **ARSLANOĞLU'na göre**, sözleşmenin türünden bağımsız olarak eğer sözleşme işverenin kişiliğine bağlı olarak kurulmuşsa iş sözleşmesinin iradi devrinin koşullarını sağlayamadığı kabul edilmelidir. Bkz., **ARSLANOĞLU**, Anıl, “İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 10, (s. 534-545), s. 540.

<sup>31</sup> **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 387.

<sup>32</sup> **EKMEKÇİ**, Ömer / **YİĞİT**, Esra, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2020, s. 205; **SÜMER**, s. 65.

<sup>33</sup> **SÜMER**, s. 65. İşçinin rızası iş sözleşmesinin devrinde kurucu unsurdur. İşçinin rızası olmaksızın iş sözleşmesinin devri mümkün değildir. Ayrıca işçinin devre rıza göstermemesi fesih için geçerli veya haklı neden oluşturmaz. Bkz., **ALP**, s. 190.

<sup>34</sup> **EKMEKÇİ / YİĞİT'e göre**, işçinin iş sözleşmesinin devrinde çalışma koşulları da değişecektir. İşçi yeni çalışma koşullarının varlığından ancak devir işleminin gündeme geldiği andan itibaren haberdar olabilir. Bu nedenle, rızanın devir işleminden hemen önce alınması yerinde olacaktır. Bkz., **EKMEKÇİ / YİĞİT**, s. 205 - 206. **ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA'ya göre**, sözleşmenin devrini hüküm altına alan TBK m. 205 kapsamında rızanın önce veya sonra alınma olanağının mümkün olması iş sözleşmelerinin devri bakımından uygulama alanı bulmaz. İş sözleşmeleri açısından rızanın devir anında alınması gerekir. Bkz., **ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA**, s. 285 - 286. **GÜMÜŞ'e göre**, kanun maddelerini inceleyecek olursak burada örtülü bir boşluğun olduğu söylenebilir. Bu halde bu boşluğun doldurulması gerekir. Dolayısıyla işçinin devir sırasında ve devir sonrasında vereceği rıza ile iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümlere tabi olacağı ifade edilebilir.

alınması yerinde olacaktır. İş sözleşmesi kişisel ilişki kuran ve sürekli bir borç ilişkisi doğuran sözleşme türü olduğundan<sup>35</sup>, işyerinde uygulanmakta olan çalışma koşulları işçi açısından önem arz ettiğinden<sup>36</sup>, işçi hukuken ve ekonomik olarak işverene bağımlı olduğundan<sup>37</sup>, rızanın iş sözleşmesi kurulduğu sırada veya henüz devir işleminin gerçekleşmediği bir zamanda verilmiş olması İş Hukukunun işçinin korunması ilkesi ile bağdaşmayacağı düşüncesindeyiz. Kaldı ki geçici iş ilişkilerinde dahi rızanın devir işleminin gerçekleştiği anda alınıyor olduğu İş Hukuku sisteminde, sürekli devir niteliği arz eden iş sözleşmelerinin devrinde önceden alınabileceğinin söylenmesi mümkün olmasa gerekir<sup>38</sup>. Öte yandan, rızanın devir esnasında yazılı şekilde verilmesi geçerlilik şartıdır<sup>39</sup>.

### C. Hukuki Niteliği

İş sözleşmesinin devri ile birlikte sözleşmede taraf değişikliği meydana gelmekte, yeni işveren sözleşmenin tarafı olmaktadır. İş sözleşmesinin mevcudiyeti sözleşme ilişkisine dâhil olacak işveren lehine olmak

---

Bkz., **GÜMÜŞ**, s. 508. *GÜNEŞ / MUTLAY'a göre*, hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin rızanın ne zaman verileceğine ilişkin bir hüküm kanunda yer almamaktadır. Bize göre, devre ilişkin rızanın devir işleminden önce de verilebilmesi mümkündür. Bkz., **GÜNEŞ**, Başak / **MUTLAY**, Faruk Barış, "Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 3 (30), (s. 231-288), s. 271. *ARSLANOĞLU'na göre*, işçinin rızasının devir tarihine yakın bir zamanda alınması yerinde olacaktır. Bkz., **ARSLANOĞLU**, s. 541.

<sup>35</sup> **EKMEKÇİ / YİĞİT**, s. 29; **ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA**, s. 176; **SENYEN KAPLAN**, s. 129.

<sup>36</sup> **EKMEKÇİ / YİĞİT**, s. 29; **ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA**, s. 176. İş sözleşmelerindeki kişisel özellik unsuru işçinin kişiliği ile ilgilidir. İşçi iş sözleşmesi yaparken genelde işverenin kişiliğine değil, işyerindeki çalışma koşullarına dikkat eder. Bkz., **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 402.

<sup>37</sup> **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 354; **ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA**, s. 168 vd.; **EKMEKÇİ / YİĞİT**, s. 17.

<sup>38</sup> **ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA**, s. 285 - 286.

<sup>39</sup> **EKMEKÇİ / YİĞİT' göre**, işçinin sözlü olarak rızası işçiyi bağlamaz. Fakat işçi sözlü rızasına rağmen, devralan işverenin işyerinde çalışmaya başladı ise iş sözleşmesinin devri işleminin geçerli olarak kurulduğu, yani rızanın varlığı kabul edilmelidir. Bkz., **EKMEKÇİ / YİĞİT**, s. 204.

üzere doğrudan ve kesin olarak değiştirilmektedir<sup>40</sup>. İş sözleşmesinin devri işleminin taraflar arasında üçlü ilişki çerçevesinde oluşturulacak bir sözleşme ile yapılabilmesi mümkündür<sup>41</sup>. İş sözleşmesinin devri bu itibarla bir tasarruf işlemi olarak sınıflandırılabilir<sup>42</sup>. Devralan işveren devir ile birlikte hak ve borçlara sahip olacağından, devir işlemi aynı zamanda hem kazandırıcı hem borçlandırıcı işlem olarak değerlendirilebilir<sup>43</sup>.

TBK m. 428'de "*bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer*" ifadesi yer almaktadır. İş sözleşmesinin devrinde, devralan işveren devreden işverenin yerine geçmekte ve sözleşmeye ilişkin asli ve fer'i haklara sahip olmaktadır<sup>44</sup>. Devralan işveren, iş sözleşmesinin içeriği bağlamında sözleşme devam ediyor olsaydı eski işvereni işçiden ne talep edebilecekte, aynı şekilde o da aynılarını talep edebilir<sup>45</sup>. İş sözleşmelerinin devrinde devir ile birlikte sözleşmenin içeriği değişmemekte, içeriği aynı kalan sözleşmeye yeni bir işveren taraf olmaktadır. Bu bağlamda iş sözleşmesinin devrinin bir halefiyet işlemi niteliğini haiz olduğu söylenebilir<sup>46</sup>.

#### D. Şekli

TBK m. 12'nin ilk fıkrası uyarınca, "*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*" (TBK m. 12/1). Kanun koyucu kural olarak sözleşmelerde şekil zorunluluğu öngörmemesine rağmen<sup>47</sup>,

<sup>40</sup> Tasarruf işlemi, başka bir kimse yararına olmak üzere işlemi yapan kişinin hakkının varlığının veya içeriğinin kesin bir suretle değiştirilmesi olarak ifade edilebilir. Bkz., **EREN / DÖNMEZ**, s. 209.

<sup>41</sup> Tasarruf işlemleri sözleşme niteliği arz edebileceği gibi, tek taraflı bir hukuki işlem özelliğine de sahip olabilir. Bkz., **EREN / DÖNMEZ**, s. 210.

<sup>42</sup> **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 178; **YİĞİT**, 88; **CENGİZ**, s. 108 vd.

<sup>43</sup> **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 178; **YİĞİT**, s. 89 - 90.

<sup>44</sup> Halefin, halef olduğu kimsenin taraf olduğu borç ilişkisinden doğan asli ve fer-i haklara da sahip olacağı söylenebilir. Bkz., **EREN / DÖNMEZ**, s. 2449.

<sup>45</sup> Halefiyet sonrası üçüncü kişinin konumu alacaklının konumu ile aynı olacaktır. Bu halde alacaklı borçludan ne talep edebilecek ise üçüncü kişi de artık aynı şeyleri talep edebilecektir. Bkz., **GÜMÜŞ**, s. 685.

<sup>46</sup> **ALP**, s. 192; **YİĞİT**, s. 90 vd.; **ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, s. 175 vd.; **CENGİZ**, s. 108 vd.

<sup>47</sup> İrade beyanlarının her türlü bir şekle bağlı kalınarak ortaya çıkar. İrade beyanı belirli bir şekilde yapılması durumunda sonuç doğurabiliyorsa, o halde şekle bağlı işlemden bahsedilebilir. Bkz., **OĞUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2021, s. 146.

bazı sözleşmeler açısından şekil şartı bulunduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda aynı maddenin ikinci fıkrasındaki, “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*” ifadesiyle öngörülen şeklin bir geçerlilik şartı olduğu hüküm altına almıştır<sup>48</sup>.

İş sözleşmesinin devrinin şekli ile ilgili gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda gerek 4857 sayılı İş Kanunu’nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. TBK m. 205’in üçüncü fıkrasında, “*Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır*”, ifadesi yer almaktadır. SÜZEK’e göre, her ne kadar şekle bağlı olmayan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin devrine ilişkin sözleşmenin şekil zorunluluğu olmaksızın yapılması mümkün ise de devrin süresi açısından belirsizliğin ortaya çıkması, devrin bir süreye bağlı tutulup tutulmadığının anlaşılması ve kanun koyucu tarafından işçinin yazılı rızasının aranması gibi durumlara bakılacak olursa, devrin yazılı olması gerektiği söylenebilir<sup>49</sup>. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

<sup>48</sup> OĞUZMAN / ÖZ’e göre, eğer taraflar da sözleşmenin yapılması için bir şekil şartı öngörmüşse, bu şekle bağlı olarak yapılmayan sözleşme geçerlilik kazanmaz. Bkz., OĞUZMAN / ÖZ, s. 147. EREN / DÖNMEZ’e göre, geçerlilik şartının mutlaka sözleşmenin tümü için olması gerekmez, sözleşmelerinin bir kısmı için de geçerlilik şartının bulunması mümkündür. Bkz., EREN / DÖNMEZ, s. 507. GÜMÜŞ’e göre, kanun koyucu taraflardan birini veya her ikisini de korumak üzere beyanların belirli bir kalıpta yapılmasını öngörebilir. Bu halde yapılan hukuki işlemin geçerliliği kanunda öngörülen kalıpta yapılmasına bağlı olacaktır. Bkz., GÜMÜŞ, s. 270.

<sup>49</sup> SÜZEK, s. 344. ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU’na göre, üçlü ilişki kapsamında oluşturulan sözleşmeye ilişkin kanunda açık bir düzenlemese olmasa da ileride çıkacak uyumsuzluklar için ispat kolaylığı sağlayacağından devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır. Bkz., ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 181. CENGİZ’e göre, Devredilen sözleşmenin şekil şartına bağlı olması, devir sözleşmesinin de aynı şekilde yapılmasını gerektirir. Bu bağlamda, tarafların beyanları şekil şartı olan sözleşmelerde açık, şekil şartı olmayan sözleşmelerde zımni şekilde gerçekleşebilir. Bkz., CENGİZ, s. 58. SUBAŞI / YİĞİT’e göre, kanunda şekil şartı öngörülen iş sözleşmelerinin bu şekle uyulmak suretiyle, kanunda şekil şartı öngörülmeyen sözleşmelerin ise sözlü veya örtülü olarak dahi devredilebilir. Bkz., SUBAŞI, İbrahim / YİĞİT, Yusuf, “İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı”, İş ve Hayat, Yıl 2018, Cilt: 4 Sayı: 7, (s. 148 - 175), s. 154. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA’ya göre, iş sözleşmesinin devrinde bulunan üç kişinin de iradesini açığa çıkaran yazılı bir sözleşmenin varlığı gereklidir. Bkz., ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 286. GÜMÜŞ’e göre, TBK m. 429’daki özel hüküm ile işçinin rızası için yazılılık koşulu getirilmiştir. Hizmet sözleşmelerinin devri bakımından şekil şartına

## II. SENDİKALAR HUKUKU BAKIMINDAN İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN SONUÇLARI

### A. Sendika Üyesi Olan İşçinin İş Sözleşmesinin Devri

İşçi sendikası üyesi olabilmek, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>50</sup> hükümleri açısından işçi niteliğini haiz olmaya ve bunun yanında birtakım koşulları sağlamaya bağlıdır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Tanımlar" başlığında, işçi kavramı bakımından 4857 sayılı İş Kanunu esas alınmakla birlikte, bunun yanında bazı sözleşme türleri kapsamında çalışanların da Kanunun bazı bölümleri açısından işçi olarak kabul edileceği belirtilmiştir<sup>51</sup>. Dolayısıyla işçi sendikası üyeliği için bir iş sözleşmesine ve bazı sözleşme türlerine (eser, vekâlet, komisyon ve adi şirket) göre çalışma öncelikli şarttır<sup>52</sup>.

Kanunda sendika üyeliği için işçi statüsünde olmanın yanı sıra on beş yaşının doldurulması aranmıştır (STİSK m. 17/1)<sup>53</sup>. Ancak üyeliğin mümkün olması için on beş yaşını dolduran ve bu Kanuna göre işçi sayılan kimse bakımından sendika tüzük hükümlerinin dikkate alınması<sup>54</sup> ve bir işçi sendikasına üye olmak isteyen kimsenin üye olmak istediği sendika ile aynı işkolunda faaliyet gösteren bir işyerinde çalışması

---

ilişkin herhangi bir ifade yer almamıştır. Üç taraf bir devir anlaşması içerisine girecek ise, devir sözleşmesinin en azından adi yazılı şekilde yapılması yerinde olacaktır. Bkz., GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013, s. 508 - 509 (Özel Hükümler).

<sup>50</sup> RG., 7/11/2012, 28460.

<sup>51</sup> TUNCAY, Aziz Can / SAVAŞ KUTSAL, Burcu / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2023, s. 95.

<sup>52</sup> ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2020, s. 178; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 94 - 95; EKMEKÇİ, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2022, s. 128; AKTAY, Ahmet Nizamettin / ÖZDEMİR ERTÜRK, Olgu, Ankara 2022, s. 58.

<sup>53</sup> AKYİĞİT, Ercan, Toplu İş Hukuku, Ankara 2022, s. 175; ŞAHLANAN, s. 179.

<sup>54</sup> SÜMER, s. 212; AKYİĞİT, s. 176; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 96; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2016, s. 184 - 185. (Toplu İş İlişkileri); SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İş İlişkileri, Ankara 2022, s. 151.

gerekmektedir<sup>55</sup>. Türk Hukukunda sendikalaşma sistemi işkolu esas alınarak oluşturulmuştur.

İşçinin iş sözleşmesinin devri durumunda sendika üyeliğinin devam edebilmesi, işçinin devr olduğu işyerinin devirden önceki işyeri ile aynı işkolunda bulunmasına bağlıdır. Aksi halde işkolu değişecek işçinin sendika üyeliği kendiliğinden sona erer<sup>56</sup>. Sonuç olarak, işkolu değişen işçinin yeni çalıştığı işyerinin dâhil olduğu işkolundaki bir sendikaya üye olması gerekir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu anlamında işletmenin bütünüünü yöneten işveren vekilleri işveren sayılmıştır (STİSK 2/1, e, STİSK 2/2)<sup>57</sup>. Kanun anlamında işveren vekili sayılan kişilerin işveren sendikalarına üye olabilecekleri söylenebilir. İşveren vekilinin iş sözleşmesinin devredilmesi durumunda sendika üyeliği açısından iki ihtimal söz konusu olabilir. İlk ihtimalde, işveren vekili devredilen işverenin işletmesinin bütünüünü yönetecekse ve işkolu da değişmeyecekse hâlihazırda sendika üyeliklerinin devam edeceği ifade edilebilir. İkinci ihtimalde, eğer işveren vekili devralan işverenin işletmesinde değil de işyerinde veya işyerinin bir bölümünde vekillik görevini yerine getirecekse ya da istisnai durumlarda vekillik yetkisine sahip olmayıp işçi sıfatıyla iş sözleşmesi kapsamında yapmakla yükümlü olduğu edimleri ifa edecekse; 6356 sayılı Kanun açısından işveren sıfatını kaybeder ve artık bir işveren sendikasına değil, aksine işçi sendikasına üye olabilir.

### **B. Farklı İşverenlerle Çalışan İşçinin İş Sözleşmesinin Devri**

STİSK m. 17'nin üçüncü fıkrası uyarınca, "...İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamaz. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilir..." (STİSK m. 17/3). Kısmi süreli birden çok sözleşme ile farklı işverenler için çalışan işçinin, sözleşmelerinden birinin veya

<sup>55</sup> NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 187; SUR, s. 151; ŞAHLANAN, s. 180; SÜMER, s. 211.

<sup>56</sup> EKMEKÇİ, s. 149; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 200; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 132; SÜMER, s. 216; ŞAHLANAN, s. 218.

<sup>57</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 98; ŞAHLANAN, s. 185; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 188.

birkaçının devri durumunda, sendika üyeliğini her sözleşme için ayrı ayrı düşünmek gerekir. Devralan işverenin işyeri, işçinin önceki işyerinin faaliyet gösterdiği işkolu kapsamında değilse; işçinin diğer kısmi sözleşmeler kapsamında yeni işyerinin işkolunda yer alan bir sendikaya üyeliği varsa veya herhangi bir sendikaya üyeliği bulunmuyorsa yeni işyerinin işkolundaki sendikaya ayrıca üye olabilir. Devralan işverenin işyeri, işçinin önceki işyerinin faaliyet gösterdiği işkolu kapsamındaysa; işçi diğer kısmi süreli iş sözleşmeleri nedeniyle zaten bu işkolundaki bir sendikaya üye ise veya herhangi bir sendikaya üyeliği bulunmuyorsa devir ile birlikte aynı işkolunda farklı bir sendikaya üye olmasına da engel yoktur. Dolayısıyla birden fazla sözleşme kapsamında çalışan kimselerin her bir sözleşmesinin bir sendika üyeliğine karşılık geleceği söylenebilir.

Birden fazla işveren yanında çalışan kişi, iş sözleşmesinin devri ile birlikte tam süreli çalışmaya geçebilir. Önemle belirtelim ki haftalık çalışma süresinin *otuz beş saat* olarak öngörüldüğü bir işyerinde bu sürenin tamamında çalışan bir işçinin kalan *on saat* bakımından başka bir işyerinde ayrıca çalışmasına engel yoktur. Öğretide bu şekildeki çalışma, yan işte çalışma şeklinde adlandırılmaktadır<sup>58</sup>. Böylece kanuni haftalık azami çalışma süresinin *on saatlik* kısım için; işkolu farklı ise “farklı işkolunda”, aynı ise “aynı işkolunda” yer alan bir sendikaya üye olunmasında da sakınca olmayacaktır. Çünkü “aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilir” olarak düzenleme altına alınan Kanun hükmünde doğrudan sadece birden çok kısmi süreli sözleşmeyle çalışana değil, daha ziyade birden çok işyerinde çalışan kimselere atıf yapılmıştır. Bu nedenle yan iş yapan kimselerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Yukarıdaki örnekten hareketle haftalık *on saat* çalışmanın yanı sıra haftalık *yirmi saat* çalışma süresinin belirlendiği kısmi süreli iş sözleşmesi de bulunan işçinin, *yirmi saatlik* iş sözleşmesi başka bir işverene devredilse ve burada çalışma süresi *otuz beş saate* çıkarılsa dahi var olan sendika üyeliğinin sona ermeyeceği söylenebilecektir.



### C. İşçi Kuruluşu Yöneticisinin İş Sözleşmesinin Devri

İşçi, iş görme edimini ifa ettiği sırada sendika yöneticisi olarak seçilebilir ve bu nedenle iş görme edimini ifa edememe durumunda kalabilir<sup>59</sup>. Bu halde “*profesyonel sendika yöneticiliğinden*” bahsedilir<sup>60</sup>. İşçinin işçi kuruluşu yöneticisi seçilmesine rağmen işyerinde çalışmaya devam etmesi de olasıdır. İşyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler ise “*amatör sendika yöneticisi*” olarak adlandırılır<sup>61</sup>.

Kanun koyucu bu kimselerin sendika yöneticiliğine seçilmesinden sonra iş görememeleri, iş görseler dahi sendikal faaliyetler nedeniyle işverenler ile yaşayacakları olası çatışmalar sonucu mağdur olmalarını önlemek ve işlerine geri kavuşmaları<sup>62</sup> veya kanuni koruma neticesinde sendikal faaliyetleri daha özgürce yerine getirebilmeleri amacıyla bir koruma sistemi oluşturmuştur. Buna göre, profesyonel yöneticiler, “*İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır... (STİSK m. 23/1)*” hükmünden yararlanacaktır<sup>63</sup>. Amatör yöneticiler ise işyeri sendika temsilcileri için öngörülen, “*İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu*

<sup>59</sup> Kuruluştan kasıt sendika veya konfederasyondur. Burada faaliyetini sürdüren yöneticilerin güvencesinden bahsedilir. Bkz., AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 76.

<sup>60</sup> EKMEKÇİ, s. 208; ŞAHLANAN, s. 151; AKYİĞİT, s. 136; SÜMER, s. 224; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 115; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 76; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 79; ŞAHLANAN, Fevzi, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, (s.331-339), (Basım Yılı: 2014), s. 331. (Yöneticilerinin Güvencesi).

<sup>61</sup> SÜMER, s. 225; AKYİĞİT, s. 137; EKMEKÇİ, s. 208; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 115; ŞAHLANAN, s. 152; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 75 - 76; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 79.

<sup>62</sup> SUR, s. 82; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 76; EKMEKÇİ, s. 210.

<sup>63</sup> Profesyonel sendika yöneticilerinin güvencesine ilişkin görüşler için bkz., EKMEKÇİ, s. 210 vd.; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 77; ŞAHLANAN, Yöneticilerinin Güvencesi, s. 333; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 115.

*sendika dava açabilir... (STİSK m. 24/1)'' hükmü ve aynı maddede zikredilen diğer hükümler kapsamında bir korumaya sahip olacaktır<sup>64</sup>.*

Öğretideki bir görüşe göre, holding bünyesinde bulunan işyerlerinde çalışan işçiler için sözleşmelerde önceden alınacak rıza kaydına geçerlilik sağlamak gerekir. Geçerlilik için, rızaya konu şirketlerin devir anında da aynı şirketler olması, ekonomik güçlerinin veya faaliyet alanlarının daha sonradan değişmemesi gibi durumların varlığı aranmalıdır<sup>65</sup>. Bu görüşün bir an için kabul edildiği durumda, yukarıda belirtilen fesih hakkını kullanmayan bir işçi kuruluştaki yöneticisinin önceden verdiği rızaya dayanarak holding bünyesinde farklı işkolunda faaliyet gösteren bir şirkete "sırf yönetici seçilmesi nedeniyle" iş sözleşmesinin devredilmesi söz konusu olabilir. Genel kural olan işkolunun değişikliğinin işçi sendikası üyeliğini sona erdirmesi, yönetici açısından da uygulama alanı bulur ve dolayısıyla yöneticinin görevi de kendiliğinden sona erer<sup>66</sup>. Dolayısıyla belirtilen görüşün kabulü kanuni korumayı etkisiz bırakabilir veya kanunun dolanılmasına yol açabilir. O halde, bu açıdan dahi rızanın sözleşme devredilirken alınması gerektiğine ilişkin görüşün daha isabetli olduğu söylenebilir.

### III. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HUKUKU ve GREV AÇISINDAN İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİNİN SONUÇLARI

#### A. İş Sözleşmesinin Devrinin Yetki Tespitine İlişkin Sonuçları

Yetki tespitini işveren, işveren sendikası veya işçi sendikası Bakanlığa başvurmak suretiyle isteyebilir<sup>67</sup>. Başvuru süresi işyeri veya işletmede daha önce bir toplu iş sözleşmesinin var olup olmamasına göre değişir. İşyeri veya işletmede ilk kez bir toplu iş sözleşmesi yapılacaksa yetki tespitinin her zaman, hâlihazırda bir toplu iş sözleşmesi var ise, bu

<sup>64</sup> Amatör sendika yöneticilerinin güvencesine ilişkin görüşler için bkz., EKMEKÇİ, s. 237; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 76; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 89; ŞAHLANAN, s. 152.

<sup>65</sup> ALP, s. 201.

<sup>66</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 132; EKMEKÇİ, s. 223.

<sup>67</sup> ŞAHLANAN, s. 373 vd.; SUR, s. 313; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 390; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 176; EKMEKÇİ, s. 334.

sözleşmenin sona ermesinden önceki *yüz yirmi gün* içindeki bir zamana denk gelecek şekilde Bakanlıktan yetki tespiti talep edilebilir<sup>68</sup>.

Toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olabilmek için gereken sayısal veriler açısından Kanun'da bir arada bulunması gereken iki şart aranmıştır. Bunlar; işkolunda minimum yüzde birlik ve işyeri / işletmede belirli oranda üye sayısal çoğunluğudur. İşçi sendikasının yetki alabilmesi işyerindeki işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise en az yüzde kırkının kendi üyesi olmasına bağlıdır<sup>69</sup>.

İş sözleşmelerinde taraf değişikliklerinin yetki tespitine olumsuz etkisinin olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu soruyu yetki tespiti öncesi dönem ve yetki tespiti sonrası olmak üzere iki dönem açısından değerlendirmek gerekir:

Yukarıda belirtilen oranların dikkate alınacağı ve değerlendirileceği zaman yetki tespiti için başvuru tarihtir. Kötü niyetli işveren her ne kadar zaman aralığı bilse de (sona ermeden önceki *yüz yirmi gün*), yetki almasını istemediği işçi sendikasının hangi tarihte Bakanlığa başvuracağını bilmeyebilir. İşveren bu durum karşısında iki şekilde hareket edebilir:

İlk olarak, işveren istediği işçi sendikasının yetki alabilmesi için, işyeri veya işletmede sayısal olarak gerekli şartları da oluşturduğu anda, önceki *yüz yirmi gün* içerisinde ve vakit kaybetmeksizin gerek kendisi

<sup>68</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 276; AKYİĞİT, s. 377; SUR, s. 313; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 390; ŞAHLANAN, s. 374. EKMEKÇİ'ye göre, toplu iş sözleşmesinin bitimine *yüz yirmi gün* kalmasından önceki dönemde yapılan başvurunun yapılmamış sayılması gerekir. Bkz., EKMEKÇİ, s. 334. SÜMER'e göre, sözleşme sona ermeden önceki *yüz yirmi* günden evvel yapılan başvurular Bakanlıkça reddedilmelidir. Bkz., SÜMER, Haluk Hadi, Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespiti Sürecinde Yaşanan Sorunlar, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş) ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AYBÜ) İşbirliği İle Gerçekleştirilen "Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu", 2019, s. 87. (Yaşanan Sorunlar). AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK'e göre, toplu iş sözleşmesi sona ermeden başvuru olsa bile, sözleşme sona ermeden yeni sözleşme yürürlüğe konulamaz. Bkz., AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 177.

<sup>69</sup> ŞAHLANAN, s. 368 vd.; AKYİĞİT, s. 367; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 392; EKMEKÇİ, s. 303 vd.; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 276 vd. SÜMER'e göre, işyerinde anılan yarısından fazla oranı değiştirilerek, işletmeler için aranan yüzde kırk çoğunluk ile benzer şekilde hüküm yeniden düzenlenmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz., SÜMER, Yaşanan Sorunlar, s. 92.

gerek üyesi bulunduğu işveren sendikası aracılığıyla yetki tespiti başvurusunda bulunabilir. Kanunen bu başvuruya engel bir durum yoktur. İşveren veya işveren sendikası da yetkili işçi sendikasının belirlenmesini Bakanlıktan talep edebilir, fakat toplu iş sözleşmesi yapılmasına zorlayamaz<sup>70</sup>. Toplu iş sözleşmesi yapmaya hazır farklı işçi sendikalarının olduğu durumlar da işveren istediği işçi sendikasının yetki alması için *yüz yirmi günlük* süreden hemen önce toplu olarak yeni işçi işe alma veya iş sözleşmesi devri ile sözleşme devralma işlemi yapabilir. Bu halde muvazaalı hali gündeme gelebilir<sup>71</sup>.

İkinci olarak, işveren istemediği işçi sendikasının sayısal çoğunluğunu işçilerin iş sözleşmesini devretmek suretiyle de ortadan kaldırabilir. Örneğin işveren işçilerin iş sözleşmelerini holdingler arası ve kâğıt üzerinde aktarma yapılmış şeklinde gösterebilir<sup>72</sup>, işçileri alt işverenin kadrosuna geçirebilir<sup>73</sup>. Bize göre bu gibi durumların önüne geçebilmek için, en azından önceki *yüz yirmi günlük* süre için, toplu işçi çıkarmaya ilişkin 4857 sayılı Kanun'da belirtilen işçi sayısı ve fazlası kadar<sup>74</sup> işçi değişikliklerinin işyeri veya işletmede gerekli çoğunluğu belirlerken dikkate alınmaması isabetli olacaktır.

STİSK m. 41/5 uyarınca, “*Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinin tespitinde Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer alır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanuncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemez (STİSK m. 41/5).*”. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı işçi sendikasının yetkisini belirlerken başvuru

<sup>70</sup> EKMEKÇİ, s. 334; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 283; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 178; ŞAHLANAN, s. 384; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 392.

<sup>71</sup> SUR, s. 309.

<sup>72</sup> YİĞİT, s. 324.

<sup>73</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 282.

<sup>74</sup> “İşyerinde çalışan işçi sayısı: a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin, b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin, c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin, İşine 17 nci madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılıır (İşK m. 29/2).”.

tarihindeki işçi sayısı esas alınır. Başvuru tarihi, işyeri veya işletmedeki çoğunluk hesabında üye sayısının değerlendirileceği yegâne zamandır. İşyeri veya işletmede başvuru tarihinden veya yetki alındıktan sonra iş sözleşmesinin devri nedeniyle işyerindeki işçi sayısında ortaya çıkacak değişikliklerin yetkinin kaybedilmesine neden olmayacağı söylenebilir. Hatta üye işçi sayısında artış olsa bile bunun yürürlükteki toplu iş sözleşmesine ilişkin yetkiye herhangi bir olumlu sonucu da yoktur<sup>75</sup>.

### **B. Toplu İş Sözleşmesi Bulunan / Bulunmayan İşyerindeki İş Sözleşmesinin Devri**

İşçinin iş sözleşmesinin devri, yeni işyerinin aynı işkolunda olması koşuluyla sendika üyeliğinin sona ermesine neden olmaz. Ancak toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın koşullarından olan “toplular iş sözleşmesi kapsamında bulunan bir işyerinde çalışmanın” gereği esasında sağlanmamış olabilir. Örneğin, toplu iş sözleşmesinden yararlanan bir işçi iş sözleşmesi devredildikten sonra toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinde çalışmak durumunda kalabilir. Acaba bu durumda işçi yeni işyerinde de toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanabilecek midir?

Öğretide, STİSK 38/1’de öngörülen hükmü iş sözleşmesinin devri açısından da uygulanabilirliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TBK m . 429’un ikinci fıkrasında yer alan, “Devir işleminde, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur” hükmü neticesinde iş sözleşmesi devrolan işçinin daha önce yararlandığı toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan yeni işverenin işyerinde de yararlanması söz konusu olabilir. Bu konu TBK’da açık olarak yer almasa da STİSK m. 38’de yer alan hükümlerin iş sözleşmesi devredilen işçi bakımından uygulanması mümkündür<sup>76</sup>. Diğer görüşe göre, kişi ve yer bakımından toplu iş sözleşmesinin kapsamından çıkacak işçinin, artık devralan işverenin yeni bir taahhüdü yoksa daha önceki işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesine ilişkin hükümlerden yararlanması düşünülemez<sup>77</sup>.

Kanaatimizce, STİSK m. 38’de yer alan hükümlerin kıyas yoluyla iş sözleşmesinin devri için uygulanabilmesi söz konusu olmasa gerekir.

<sup>75</sup> YİĞİT, s. 324.

<sup>76</sup> YİĞİT, s. 328.

<sup>77</sup> ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 263.

STİSK m. 38'de; maddede belirtilen türdeki devirlerde, devrolan işyerinde bulunan toplu iş sözleşmesinin "toplular iş sözleşmesi hükmü" olarak devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Toplu iş sözleşmelerinin konusunu esasında işyeri oluşturur. Toplu iş sözleşmeleri işyerini takip eder. Dolayısıyla işçiyi takip etmeyen toplu iş sözleşmesi ve ondan doğan hakların yeni işverenden talep edilmesi söz konusu olmaz.

6356 sayılı Kanun'un tamamı bakımından işçi sayılan kimselerin toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri; taraf işçi sendikasına üyeliğe, dayanışma aidatı ödemeye, taraf işçi sendikasının onayının bulunmasına, teşmil kapsamında bir işyerinde çalışıyor olmaya ve en nihayetinde toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunan bir işyerinde çalışmaya bağlıdır<sup>78</sup>. Bu bağlamda, sözleşmesi devredilen işçi devralan işyerindeki taraf işçi sendikasına üye ise doğrudan bu sözleşmeden yararlanır. Son işyerindeki taraf işçi sendikasına üye olmayan işçi, üye olarak veya dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanma yoluna gidebilir.

### C. Ard Etkinin İş Sözleşmesinin Devrine Etkisi

Toplu iş sözleşmesinin ard etkisi, işyeri veya işletmede sona eren toplu iş sözleşmesinin bir süre daha hükümlerini devam ettirmesi olarak ifade edilebilir<sup>79</sup>. "Bir süre daha" ifadesinden yeni toplu iş sözleşmesi yapılanaya kadar geçen süreyi anlamak gerekir<sup>80</sup>. Toplu iş sözleşmesinin ard etkisi halinde uygulanacak hükümler normatif hükümler olup<sup>81</sup>, borç doğurucu bölüm toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortadan

<sup>78</sup> SÜMER, s. 262 vd.; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 205 vd.

<sup>79</sup> Ard etki ile ilgili görüşler için bkz., SÜMER, s. 258; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 200; AKYİĞİT, s. 527; EKMEKÇİ, s. 487; NARMANLIOĞLU, s. 507; ŞAHLANAN, s. 422; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 310; YUVALI, Ertuğrul / YABA, Tuğçe, Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi, Çalışma ve Toplum, 2020/4, (s. 2145-2159), s. 2147.

<sup>80</sup> SUR, s. 352; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 200; NARMANLIOĞLU, s. 507; SÜMER, s. 258; YAYVAK, İrem, Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi, İstanbul 2014, s. 19. Toplu iş sözleşmesinin ard etkisi için sözleşmenin yapılmış, uygulanmış ve sona ermiş olması şarttır. Ancak geçersizlikle sona eren toplu iş sözleşmesinin ard etkisinden bahsedilemez. Bkz., AKYİĞİT, s. 528 - 529.

<sup>81</sup> SÜMER, s. 258; YAYVAK, s. 134 vd.; EKMEKÇİ, s. 486; SUR, s. 352; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 311.

kalkar<sup>82</sup>. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri bu aralıkta iş sözleşmesi hükmü olarak kabul edilir<sup>83</sup>. Bu nedenle kural olarak toplu iş sözleşmesi taraflarının değiştirebileceği hükümler, artık iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işveren tarafından yeniden düzenlenebilir veya kısmen değiştirilebilir<sup>84</sup>.

İş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesinin henüz sona ermediği bir işyerine devredilen işçinin ard etki hükümlerinden yararlanabilmesi mümkündür. Çünkü bu halde işçi henüz ard etkinin meydana gelmediği dönemde işyerinde bulunmuştur. Ard etki, ancak meydana geldiği sırada işyerinde bulunan sözleşmeler için anlam ifade eder ve bu sözleşmelere uygulanır<sup>85</sup>. Toplu iş sözleşmesinin ard etkisini gösterdiği andan sonra iş sözleşmesi devralınan işçinin ise ard etkiye ilişkin hükümlerinden yararlanabilmesi söz konusu değildir<sup>86</sup>.

İş sözleşmelerinin devrinde devralan işveren içeriği değişmeksizin bir iş sözleşmesini devralmaktadır<sup>87</sup>. Acaba ard etkisi devam eden toplu iş sözleşmesi kapsamında olan bir iş sözleşmesini devralan işveren, bu

<sup>82</sup> YAYVAK, s. 158; SÜMER, s. 258; ŞAHLANAN, s. 422; AKYİĞİT, s. 529; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 201; NARMANLIOĞLU, s. 511, TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 311; EKMEKÇİ, s. 486.

<sup>83</sup> SÜMER, s. 258; EKMEKÇİ, s. 487; ŞAHLANAN, s. 423; SUR, s. 352; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 310; NARMANLIOĞLU, s. 508; YAYVAK, s. 24 vd. Ard etki hükümleri tarafların serbest irade ile kurdukları toplu iş sözleşmeleri için anlam ifade eder. Tarafların ortak iradesine dayanmayan teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin ard etkisi söz konusu olmaz. Bkz., AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 201.

<sup>84</sup> AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 201; ŞAHLANAN, s. 427; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 313 - 314. Çalışma koşullarında yapılacak değişiklikler bakımından İş Kanunu'nun 22 inci maddesi uygulama alanı bulur. Bkz., SÜMER, s. 258.

<sup>85</sup> NARMANLIOĞLU, s. 508; YUVALI / YABA, s. 2150; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 312; EKMEKÇİ, s. 488; SÜMER, s. 258; AKYİĞİT, s. 534; ŞAHLANAN, s. 426; SUR, s. 352; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 201. Bu işçilerin taraf sendikaya üye olup olmamaları önem arz etmez. Hatta daha önce toplu iş sözleşmesinden ne şekilde yararlandıığının da önemi yoktur. Bkz., YAYVAK, s. 35.

<sup>86</sup> SÜMER, s. 258; YAYVAK, s. 39; AKYİĞİT, s. 535; SUR, s. 353; ŞAHLANAN, s. 426; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 313; EKMEKÇİ, s. 488; YUVALI / YABA, s. 2150.

<sup>87</sup> ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 88.

hükümler kapsamında bir iş sözleşmesini mi devralacaktır, yoksa işçinin iş sözleşmesi üzerinden mi bir devir işlemi gerçekleşecektir?

Ard etki, tıpkı devam eden toplu iş sözleşmesi gibi sözleşmenin yer bakımından kapsamı için hüküm ifade eder. Bu doğrultuda, toplu iş sözleşmesinin yer bakımından kapsamı dışına "iş sözleşmesinin devri suretiyle" çıkacak işçinin ard etki hükümlerinden değil, hâlihazırdaki iş sözleşmesinin içeriğinde yer alan hükümlerden yararlanması söz konusu olur. Kaldı ki ard etki, toplu iş sözleşmesinin kapsamı içinde bulunan iş sözleşmeleri için dahi sözleşme içeriğinin bir parçası olarak kabul edilmez<sup>88</sup>.

#### **D. İşyeri Devri ile Birlikte İş Sözleşmelerinin Devri ve Sonuçları**

##### **1. Toplu İş Sözleşmesi Kapsamında Olan Bir İşyerinin Devri**

###### **a. Devralan İşverenin Aynı İşkolunda Bir Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olmaması**

Yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin bulunduğu işyerinin devri, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Gerçekten, 6356 sayılı Kanun'da işyeri devri işlemi, toplu iş sözleşmesinin sona erme nedenleri arasında sayılmamıştır. Bu durum STİSK m. 37'nin birinci fıkrasında "...toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunun değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez..." şeklinde belirtilmiştir.

STİSK m. 38/1'de, "...Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder" (STİSK m. 38/1) hükmü öngörülmüştür. Devralan işverenin aynı işkolunda bir işyerinin bulunmaması sözleşmenin sona ermesine neden olmaz. Devralan işverenin bu işyerinde bulunan toplu iş sözleşmesi ile bağlı kaldığı kabul edilir. İşverenin işyerinde toplu iş sözleşmesi yoksa, devrolan işyerindeki toplu sözleşmesinden doğan hak ve borçlar "toplu iş sözleşmesi hükmü" olarak

<sup>88</sup> ŞAHLANAN, s. 423. Toplu iş sözleşmesinin ard etkisi halinde iş sözleşmesi hükmü haline gelen hükümler, iş sözleşmelerinin içeriği haline gelmez. Ard etki hükümlerinin "iş sözleşmesi hükmü" olarak iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi geçicidir. Bkz., YAYVAK, s. 28.



devam eder. İşverene ait işletmenin bulunması durumunda, işletme kapsamında bulunan işyerleri açısından tek bir toplu iş sözleşmesi yapılması gerektiği Kanun'da emredici hüküm olarak ifade edilmiştir<sup>89</sup>. Yukarıdaki durumda işverenin aynı işkolunda bulunan işyerlerinin tümü açısından toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunma bakımından farklılık ortaya çıkacaktır. Kanunun emredici hükmü esasen ihlal edilmiş olacaktır.

Belirtilen şekildeki devriler için kanun koyucunun öngördüğü çözüm, iş sözleşmesinin "*toplu iş sözleşmesi hükmü*" olarak varlığını sürdürmesidir. O halde, devrolan işyerinde bulunan toplu iş sözleşmesi öngörüldüğü süre sonuna kadar uygulanması, daha sonra alınacak işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi sonucunda işyerleri bakımından tek bir işletme toplu iş sözleşmesinin yapılması yerinde olur<sup>90</sup>.

İş sözleşmesi işyerinin devri suretiyle yeni işverene devredilen işçilerden devirden önce sendika üyesi olanlar toplu iş sözleşmesinin "*toplu iş sözleşmesi hükmü*" olarak devam ettiği durumlarda bu toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları taraf sendikaya üye bulunmalarına veya bir şekilde üyeliklerini kaybettikleri takdirde dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Devirden önce aidat ödeme suretiyle işyeri ile birlikte devrolan toplu iş sözleşmesinden yararlananların ise yararlanma halinin devamı için aidat ödemeye devam etmeleri gerekmektedir. *AKYİĞİT'e göre*, eğer "*toplu iş sözleşmesi hükmü*" ifadesinden yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılanaya kadar devam edecek bir toplu iş sözleşmesi anlaşılıyorsa üyelik veya dayanışma aidatı ödemek yararlanma açısından önemsizdir. Ancak "*toplu iş sözleşmesi hükmü*" ifadesinden süresinin sonunda sona erecek ve daha sonra ard etkisini gösterecek bir toplu iş sözleşmesi anlaşılıyorsa o halde toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için öngörülen genel kurallar uygulama alanı bulacaktır<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 350; NARMANLIOĞLU, s. 333; CANBOLAT, Talat, 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013, s. 127.

<sup>90</sup> BAŞBUĞ, s. 190; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 350; CANBOLAT, s. 192.

<sup>91</sup> AKYİĞİT, s. 393 - 394.

## b. Devralan İşverenin Aynı İşkolunda Bir Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olması

STİSK m. 38/1'de kanun koyucu, devralan işverenin işyerinde bir işletme toplu iş sözleşmesinin bulunması durumunda devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların "iş sözleşmesi hükmü" olarak varlığını sürdüreceğini belirtmiştir<sup>92</sup>. Kanun koyucunun "iş sözleşmesi hükmü" ifadesiyle amaçladığı hususun devrolan işyeri için toplu iş sözleşmesinin ard etkisinin devam ettirmek olduğu söylenebilir. Ard etki ise ancak var olan bir toplu iş sözleşmesinin sona ermesi sonucu meydana gelmektedir. Dolayısıyla devrolan işyerindeki toplu iş sözleşmesinin sona erdiğinin kabulü gerekir. Burada kanun koyucunun toplu iş sözleşmesinin sona erme nedenlerine bir yenisini eklediği görülmektedir<sup>93</sup>. Kanunda işyerinin devri toplu iş sözleşmesini sona erdiren nedenlerin arasında sayılmamıştır. Bu anlamda devrolan işyerinin bir işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olması halinde, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi yalnızca devrolan işyeri için geçerli olacak, bu işyerinin bir işletme kapsamında bulunması işletme toplu iş sözleşmesinin sona ermesine neden olmayacaktır. Örneğin, iki işyeri için işletme toplu iş sözleşmesi bağtlanan bir işyerinde işyerlerinden birisi devrolursa kalan işyeri için sözleşmenin devam etmesi gerekir. Aksi halde, STİSK m. 35'te yer alan toplu iş sözleşmesinin süresinden önce sona erdirilemeyeceği hükmüne aykırılık meydana gelir.

<sup>92</sup> Bu şekilde bir devir işlemi sonucu iş sözleşmesi hükmü haline gelen toplu iş sözleşmesi hükümlerini aralarında anlaşmak suretiyle her zaman değiştirilebilir. Dolayısıyla, söz konusu hüküm kolektif hakların korunması bakımından yeterli düzeyde değildir. Olması gereken hukuk bakımından iki seçenekli çözüm karşımıza çıkar. Bunlardan ilki, devrolan işyerindeki toplu iş sözleşmesinin devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin süresi boyunca devam etmesi ve sonrasında her iki işyeri için tek bir toplu iş sözleşmesi yapılmasıdır. İkincisi ise Avrupa Birliği Yönergesinde yer aldığı gibi, Kanun'da belirtilen şekilde uygulamanın devam etmesi ancak Yönergede düzenlenen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin en az bir yıl süreyle işçi aleyhine değiştirilemeyeceğinin kabul edilmesidir. Bkz., ALPAGUT, Gülsevil "6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ile Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi - Uluslararası Normlara Uyum, Legal İHSGHD., C.9, S.35, 2012, s. 33 - 34.

<sup>93</sup> AKYİĞİT, s. 394.

Acaba devralan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin kapsamını genişleterek devrolan işyerini bu kapsama alabilmesi mümkün olabilir mi? *BAŞBUĞ'a göre*, toplu iş sözleşmesi taraflarının aralarında anlaşarak toplu iş sözleşmelerinde değişiklik yapabilmeleri mümkündür. Bu anlamda toplu iş sözleşmesi için kararlaştırılan süreye dair değişikliğin dışındaki her türlü değişikliği yapmalarına engel yoktur. Taraflar toplu iş sözleşmesinin kapsamının genişletilmesi suretiyle daha sonra işyerine katılan işyerini toplu iş sözleşmesi kapsamına alabilir<sup>94</sup>. *CANBOLAT'a göre*, toplu iş sözleşmesinin kapsamı yetki sürecinde belirlenir. Tarafların toplu iş sözleşmesinin yetkisinin alınmasından sonraki bir aşamada anlaşmak suretiyle toplu iş sözleşmesinin kapsamını genişletebilmeleri mümkün değildir<sup>95</sup>. Gerçekten, toplu iş sözleşmesinin kapsamının değiştirilmesi veya genişletilmesi, kural olarak Kanunda izin verilen toplu iş sözleşmesi değişiklikleri arasında sayılmamıştır<sup>96</sup>. Toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerinin toplu iş sözleşmesi bulunan bir işletmeye devri ve devrolan işyerinin bu işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girmesinin genel kuralın değiştirilmesi değil, istisnai bir düzenleme olduğu kanısındayız. Toplu iş sözleşmesinin hangi işyeri veya işyerleri için yapılacağı yetki aşamasında ortaya çıkar. Daha sonra bu işyeri veya işyerlerinin alanını genişletmek yetki sürecinin anlamsız hale gelmesine neden olacağı söylenebilir. Kaldı ki bu halde, iki işyerini tek bir işyeri toplu iş sözleşmesi çatısı altında toplamak işletme toplu iş sözleşmesinin emrediciliğine de aykırılık oluşturabilir.

İş sözleşmesi işyeri devri ile birlikte devredilen işçiler devroldukları işyerinde iş sözleşmesi hükmü olarak devam eden toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam ederler. İşçilerin ard etkisi sürecek toplu iş sözleşmesinden, artık devir tarihinden itibaren daha önce ne şekilde yararlandıklarına bakılmaksızın ve herhangi bir ücret ödemededen

<sup>94</sup> **BAŞBUĞ**, Aydın, Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012, s. 189 -190.

<sup>95</sup> **CANBOLAT**, s. 200.

<sup>96</sup> Toplu iş sözleşmesinin yer itibarıyla uygulama alanı, sözleşmenin hangi işyeri, işyerleri veya işletmeyi kapsadığını ifade eder. Taraflar toplu iş sözleşmesine koyacakları hükümle toplu iş sözleşmesinin uygulanacağı yerleri belirlerler. Fakat yetki belgesinde yer almayan işyeri veya işyerlerinin daha sonradan bu toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına dâhil edilebilmesi söz konusu değildir. Bkz., **SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2019, s. 644.

yararlanabileceklerini söylemek yerinde olacaktır. *CANBOLAT'a göre*, devrolan işyerindeki toplu iş sözleşmesinin devralan işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesi süresi boyunca uygulanabilmesi halinin Kanunda düzenlenmesi gerekirdi. Böylelikle işyerleri arasında “toplular iş sözleşmesinden yararlanma” bakımından ortaya çıkan eşitsizlik ortadan kaldırılabildi<sup>97</sup>.

## 2. Toplu İş Sözleşmesi Kapsamında Olmayan Bir İşyerinin Devri

### a. Devralan İşverenin Bir İşyeri Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olması

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yetkisi alınan işyeri veya işletme için yapılacak toplu iş sözleşmesinin kapsamı daha sonradan tarafların yapacağı bir işlemle genişletilemez. Kapsamın genişletilmesi için devralan işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesi beklenmelidir. Toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmayan bir işyerinin toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyerine devri halinde de bu kuralın dışına çıkılması söz konusu olmaz.

Toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan işyerinin devralan işyerindeki kolektif düzene dâhil edilebilmesi ancak devralan işverenin işyerinde toplu iş sözleşmesinin sona ermesine ve her iki işyeri için yetki alınmasına bağlı olduğu kabul edilmelidir. Daha sonra bu işyerleri için alınacak yetkinin ve bu yetkiye dayanarak yapılacak toplu iş sözleşmesinin türünün işletme toplu iş sözleşmesi olması gerektiği açıktır.

İş sözleşmesi devredilmeden önce toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmayan bir işyerinde çalışan işçinin- devirden sonra kapsamı genişletilemeyecek ve böylece işletme toplu iş sözleşmesine dâhil olamayacak işyerinde- toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağını düşünüyoruz. Diğer yandan, aynı işkolunda faaliyet gösteren aynı işverene ait işyerlerindeki toplu iş sözleşmesinden yararlanma farklılığının ortadan kaldırılması için yasal düzenlemenin yapılmasının gerektiği de söylenebilir. *AK-YİĞİT'e göre*, bu durumda işçi lehine yoruma başvurmak gerekir. İşletme toplu iş sözleşmesinde esas alınacak uygulamanın bu halde de kullanılabilmesini söylemek yanlış olmaz. Yasal düzenlemelerin biriyle bağlantı

<sup>97</sup> CANBOLAT, s. 192.

kurmak suretiyle sözleşmesi devredilen işçilerin de mevcut toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmaları doğru olur<sup>98</sup>.

### **b. Devralan İşverenin Bir İşletme Toplu İş Sözleşmesine Taraf Olması**

Toplu sözleşmesi bulunmayan işyerinin, toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu bir işyerine devrinde hedeflenen iki işyerinde tek bir toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasıdır<sup>99</sup>. Kanun sistematığına göre bu durum ancak yapılacak bir işletme toplu iş sözleşmesi ile mümkün olabilir. Devralan işverenin işyerlerinde bir işletme toplu iş sözleşmesi varsa bu hedefin kolayca gerçekleşeceği ifade edilebilir. STİSK m. 38/2'e göre, "Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer" (STİSK m. 38/2). Böylece, toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerinin hâlihazırda toplu iş sözleşmesi bulunan bir işletmeye devri halinde kolektif düzen sağlanır, toplu iş sözleşmesiz işyeri işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer<sup>100</sup>.

İşletme toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren iş sözleşmesi devredilen işçilerin, toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının genel kurallar çerçevesinde mümkün olacağı ifade edilebilir. Bu doğrultuda, işçilerin işletme toplu iş sözleşmesinden sendika üyeliği gerekmeksizin, herhangi bir ücret ödemedi veya yazılı onay olmaksızın yararlanabilmeleri söz konusu değildir<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> AKYİĞİT, s. 396.

<sup>99</sup> ALPAGUT, s. 33.

<sup>100</sup> İşletme toplu iş sözleşmesinin yer aldığı yasa hükmünün emrediciliği göz önünde bulundurulduğunda aynı işkolunda yer alan bir işyerinin, toplu iş sözleşmesi yetkisi alınmış ancak henüz toplu iş sözleşmesi bağitlanmamış bir işletme tarafından devralınması durumunda bu işyeri işletme kapsamına girer. EYRENCİ, Öner, 6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, (s.119-146), (Basım Yılı: 2014), s. 144. İNCE'ye göre, toplu iş sözleşmesi henüz bağitlanmadan işletme yetki belgesindeki yerlerden birinin bir başka işverene devredilmesi halinde bu ünitenin işletme toplu iş sözleşmesi kapsamından çıktığını kabul etmek gerekir. Çünkü işletme ancak aynı işverene ait işyerlerini kapsar. *Ayrıntılı bilgi için bkz., İNCE, Ergun, İşletme - İşyeri Toplu İş Sözleşmesi Ayrımı ve Bazı Sorunlar*, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 202

<sup>101</sup> AKYİĞİT, s. 395 - 396.

### E. Teşmilin İş Sözleşmesinin Devrine Etkisi

Teşmil, yürürlükteki bir toplu iş sözleşmesinin, yer ve kişi olarak kapsama alanının Cumhurbaşkanı kararı ile kapsam dışında kalan aynı işkolundaki işyeri veya işletmelerin tümünde veya bir kısmında uygulanması amacıyla yapılan genişletilmesi işlemidir<sup>102</sup>. Teşmilin amacı genelde; aynı işkolunda çalışan işçilerin çalışma koşullarında yeknesaklık sağlamak, aynı işi yapan işçiler arasındaki ücret miktarı bakımından eşitsizliği önlenmek, toplu iş sözleşmesine taraf olan işverenlerin piyasaya haksız ve ucuz işgücü imkânı sunan ancak herhangi bir toplu iş sözleşmesi tarafı olmayan işverenlere karşı korunmasını sağlamaktır<sup>103</sup>.

Teşmilde, bir özel hukuk sözleşmesi ile idari işlem iç içe geçer. Öğretideki baskın görüşe göre, teşmilin karma nitelikli (çift karakterli) bir hukuki işlem olduğu ifade edilebilir<sup>104</sup>. Cumhurbaşkanı'nın teşmil

<sup>102</sup> SUBAŞI, İbrahim, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, Çalışma ve Toplum, 2013/4, (s. 209-245), s. 212; ŞAKAR, Müjdat, Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili ve Bankacılık Sektöründeki Son Teşmil Uygulaması Üzerine Değerlendirmeler, MÜHFAD., Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 739; DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2009/15, s. 120; ERGİN, Berrin, Batıya Açılan Kapıda Çalışma Hayatındaki Sorunlarından Biri Olarak Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 107; KANDEMİR, Murat, Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, GSÜHFD., Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2002, s. 625; SUR, Melda, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991, s. 108 - 110; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 225; SUR, s. 383; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 479; ŞAHLANAN, s. 461; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 333 - 334; SÜMER, s. 265; AKYİĞİT, s. 476. Teşmil müessesesi Anayasa'ya aykırıdır. Bu nedenle derhal bu kavramın ve kavrama ilişkin hükümlerin yürürlükten kaldırılması gerekir. EKMEKÇİ, s. 443.

<sup>103</sup> SÜMER, 265; AKYİĞİT, s. 477; SUBAŞI, s. 213 vd.; ŞAHLANAN, s. 462; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 480; SUR, s. 389; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 335 - 336. Teşmil kurumu ile aynı işkolunda çalışıp ve aynı işi yapıp farklı muamele gören işçilerin bu durumlarının önüne geçilebilir. AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 227.

<sup>104</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 341. AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK'e göre, toplu iş sözleşmesinin teşmil edilmesine her ne kadar Cumhurbaşkanı karar verse de toplu iş sözleşmesinin sözleşme karakteri varlığını sürdürür. Bkz., AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 228. AKYİĞİT'e göre, teşmil kararının hukuki niteliği bir idari işlem olmasıdır. Yargısal denetimi Danıştay tarafından gerçekleştirilir. Bu işlemin iptaline ilişkin dava Danıştay'da açılmalıdır. Bkz., AKYİĞİT, s. 476. ŞAHLANAN'a göre, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinde değişiklik

edeceği sözleşme, işyerinin kurulu olduğu işkolunda faaliyet gösteren ve en çok üyeye sahip işçi sendikasının taraf olduğu toplu iş sözleşmesi olacaktır (STİSK m. 40/1)<sup>105</sup>. Toplu iş sözleşmelerinin teşmile konu edilecek kısmı, teşmilde esas alınan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yer aldığı kısımdır<sup>106</sup>.

İş sözleşmesi devredilen işçinin yeni işyerinde teşmil kararı alındıysa; yeni işyeri ve eski işyerinin farklı işkolunda bulunması veya işçinin sendika üyeliğinin olmaması işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına engel oluşturmaz. Kanunda teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için teşmil tarihinde o işyerinde çalışıyor olma şartı aranmamıştır. İşyerinde çalışmakta olan işçilerin teşmil edilen toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları için herhangi bir ücret ödemeleri de gerekmez<sup>107</sup>. Önceki toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı suretiyle yararlanan işçilerin teşmil edilen toplu iş sözleşmesi için aidat ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar<sup>108</sup>. Ayrıca daha önce teşmil konu toplu iş

---

yapma hakkı Cumhurbaşkanı'na verilmiş ise de bu durum sözleşmenin niteliğini etkilemez. Çünkü değiştirme yetkisi teşmil edilen yerde sözleşmenin uygulanabilmesi ile sınırlı olarak hüküm altına alınmıştır. Bkz., ŞAHLANAN, s. 470. Teşmil toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliğini kamu hukuku özellikleri bakımından artırırken, akdi özelliklerini azaltmaktadır. SUR, s. 390. SUBAŞI'na göre, teşmil idari bir tasarruftan ibarettir. Bkz., SUBAŞI, s. 230.

<sup>105</sup> Teşmil edilecek toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikanın hangi toplu iş sözleşmesinin teşmil edilmesi gerektiği Kanun'da yer almamaktadır. Kanun'dan bu durumun Cumhurbaşkanı'nın takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır. Teşmil edilecek toplu iş sözleşmesinin türünün önemi yoktur. Şöyle ki, bu sözleşme bir işyeri toplu iş sözleşmesi olabileceği gibi işletme toplu iş sözleşmesi de olabilir. Kanun bu hususta herhangi bir ayırım gözetmemiştir. Bkz., AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 231 -232; ŞAHLANAN, s. 464; SÜMER, s. 266.

<sup>106</sup> SUBAŞI, s. 230; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 482; SÜMER, s. 266; SUR, s. 386; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 231.

<sup>107</sup> AKYİĞİT, s. 487; EKMEKÇİ, s. 447; SUR, s. 387; SUBAŞI, s. 232; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 236; SÜMER, s. 266; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 341; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 1014.

<sup>108</sup> AKYİĞİT, s. 487. ŞAHLANAN'a göre, çalıştığı işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan taraf sendika üyesi olmayan işçinin, yararlanmak istediği toplu iş sözleşmesinin teşmil edilmesi halinde, teşmil edilen işyerinde çalışmakta olan ve sendika üyesi olmayan işçinin herhangi bir ücret ödemeksizin aynı toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi çelişkili bir durumdur. Bkz., ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 164. AKTAY /

sözleşmesi kapsamında çalışan ve dayanışma aidatı ödeyen bir işçinin iş sözleşmesinin, söz konusu toplu iş sözleşmesini teşmil eden işyerine devri durumunda artık dayanışma aidatı ödemesi söz konusu olmaz.

### F. İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Sözleşmesinin Devri ve Sonuçları

İşyeri sendika temsilcisi, sendika ile işyerinde çalışan sendika üyeleri arasındaki irtibatı sağlamakla görevli olan, yetkisi kesinleşen sendika tarafından ve bu işyerinde çalışan sendika üyelerinden atanan işçi olarak ifade edilebilir<sup>109</sup>. İşyeri sendika temsilcisi işyerindeki işçilerin şikâyetlerini yerinde dinlemek, toplu iş sözleşmelerinde taraflarca düzenlenmiş çalışma şartlarının uygulanıp uygulanmadığını denetleme vb. görevleri yapmaktadır<sup>110</sup>. Her ne kadar STİSK m. 27/2'de, "*Sendika tüzüğünde işyeri sendika temsilcisinin seçimle belirlenmesine ilişkin hüküm bulunması hâlinde, seçilen üye temsilci olarak atanır*" (STİSK m. 27/2) ifadesi yer alsada genelde temsilcinin atanmasında seçim sistemi söz konusu değildir, atamalar doğrudan sendika tarafından yapılmaktadır<sup>111</sup>.

---

ÖZDEMİR ERTÜRK'e göre, teşmil kararının uygulanacağı işyerinde çalışan işçilerin, toplu iş sözleşmesi tarafı sendika ile ilgileri yoktur. Kaldı ki, teşmil işlemine konu toplu iş sözleşmesi örnek olarak ele alınan bir sözleşmedir. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesinden teşmil yoluyla ve ücret ödemediği yararlananlar ile taraf sendikanın yaptığı toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ile yararlananları birbirine karıştırmamak gerekir. Bkz., AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 236.

<sup>109</sup> NARMANLIOĞLU, s. 264; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 262; ŞAHLANAN, s. 254; AKYİĞİT, s. 261; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 146; EKMEKÇİ, s. 220; AKTAY / ÖZDEMİR ERTÜRK, s. 74; ŞAHLANAN, s. 256.

<sup>110</sup> SÜMER, s. 226; AKYİĞİT, s. 261; CENTEL, Tankut 6356 sayılı Kanun Kapsamında İşyeri Sendika Temsilciliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2014, Sayı: 3, s. 12; EKMEKÇİ, s. 220; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 146; ŞAHLANAN, s. 254. İşyeri sendika temsilcileri işyerinde sendikal faaliyetlere öncülük ettiklerinden kanun koyucu tarafından koruma altına alınmıştır. *Ayrıntılı bilgi için bkz., KAYIRGAN, Hasan, İşyeri Sendika Temsilcilerinin İşe İade Davasını Kazanması Sonucu Doğacak Haklar, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8 (2), Güz 2021, (s. 579-602), s. 579.*

<sup>111</sup> AKYİĞİT, s. 264. Öğretide atanacak kişilerin nitelikleri açısından farklı görüşler öne sürülmüştür; KAYIRGAN'a göre, Atanacak işçilerin fiilen işyerinde çalışan işçilerden olması gerekir. Bkz., KAYIRGAN, s. 583. NARMANLIOĞLU'na göre, İş Kanunu bakımından işveren vekili konumunda olanların menfaat çatışması nedeniyle işyeri



Sendikaların işyerinde çalışan işçilere danışmak suretiyle temsilci atamaları yapmaları, işyeri sendika temsilcisinin sendika ile işçiler arasındaki iletişimde başarılı olması sonucunu sağlayabilir<sup>112</sup>. Atanan temsilcilerin işyerinde görevlendirilmeleri için işverenin onayına gerek yoktur<sup>113</sup>. İşyeri sendika temsilcisinin işyerindeki görevi süresi sendikanın yetkisi boyunca devam eder<sup>114</sup>. Kanun koyucu herhangi bir ayırım yapmadığı için Türk Borçlar Kanun'u kapsamında hizmet sözleşmesi ile çalışanlar da işyeri sendika temsilcisi olarak atanabilir<sup>115</sup>.

İşyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin devri açısından; hangisinden itibaren atanabileceği ve atama sayısının ne kadar olacağı, işyerindeki işçi sayısının sayısında azalma durumunda veya işyerinde devir nedeniyle hiç sendika temsilcisi kalmaması durumunda çözümün ne olacağının cevaplanması gerekmektedir.

Temsilci yetkisi kesinleşen sendika tarafından, yetkisi devam ettiği müddetçe atanabilir<sup>116</sup>. Atanan kişiler işyerinde çalışan sendika üyelerinden birisi olabilir. Kanunda bu kişilerin hangi tarihte yetki kapsamındaki işyerinde çalışmaya başladığı önemsenmemiştir. Bu doğrultuda, yetki kesinleştikten sonra iş sözleşmesi devralınan işçinin de teorik olarak sendika temsilcisi olması mümkünse de pratik açıdan işyerinde tanınmayan, işyerinde yeterli ikili ilişkileri olmayan, işyerinin sorunlarına veya işleyişine hakim olmayan bir işçinin sendika temsilcisi olarak seçilmesi yerinde olmayacaktır.

---

sendika temsilcisi olarak atanmalarının doğru olmadığını düşünmekteyiz. Bkz., NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 264.

<sup>112</sup> ŞAHLANAN, s. 256.

<sup>113</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 147; AKYİĞİT, s. 264; SUR, s. 187.

<sup>114</sup> CENTEL, s. 14; ŞAHLANAN, s. 258; SUR, s. 190; AKYİĞİT, s. 263; SÜMER, s. 225; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 270. EKMEKÇİ'ye göre, toplu iş sözleşmelerine sendika temsilcilerinin niteliklerine ilişkin hüküm konulamaz. Söz konusu hükümler toplu iş sözleşmelerinde yer alabilecek konuların kapsamına dâhil değildir. Bkz., EKMEKÇİ, s. 221. SÜMER'e göre, toplu iş sözleşmelerinde işyeri sendika temsilcisinin seçimi için aranacak koşullara yer verilebilir. Bkz., SÜMER, s. 226.

<sup>115</sup> NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 264.

<sup>116</sup> KAYIRGAN, s. 584; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 147; SUR, s. 187; ŞAHLANAN, s. 258.

Kanunda belirtilen en az *bir* en fazla *sekiz* olan<sup>117</sup> temsilci sayısına ilişkin işyerinde esas alınacak işçi sayısının hangi tarih itibariyle belirleneceği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, temsilci sayısının belirlenmesinde atama yapılan tarih dikkate alınmalıdır<sup>118</sup>. Diğer görüşe göre, kanun koyucu bu konuda sessiz kalmayı tercih etmiştir. Temsilci sayısının belirlenmesinde yetkinin kesinleştiği tarihte işyerinde çalışan işçilerin he-saba katılması gerekir<sup>119</sup>. Bize göre ilk görüş daha isabetlidir. İşçi sendikası, yetkisinin kesinleşmesinden sonra iş sözleşmesi devredilen işçiyi temsilci olarak atayabilir. Yetkinin kesinleştiği tarih dikkate alınır, söz konusu işçi atandığı göreve ilişkin nisaba dâhil edilmemiş olur. Böylece bu durum işyerinde temsilci sayısının daha az olmasına yol açabilir.

Öte yandan, işyerinde iş sözleşmesinin devri nedeniyle işçi sayısının azalmasının işyeri sendika temsilcisi sayısını etkilemeyeceği söylenebilir<sup>120</sup>. Örneğin, *elli iki* işçinin çalıştığı bir işyerinde *üç* işçinin iş sözleşmesi devredilse ve devir tarihinde *iki* adet işyeri sendika temsilcisi görevini yapmakta olsa, Kanunda *iki* adet işyeri sendika temsilcisi atanması için belirtilen asgari *elli bir* işçi koşulu sağlanmaması halinde dahi bu sendika temsilcilerinin görevi sona ermez. İşyerinde iş sözleşmesinin devri nedeniyle işçi sayısının artması durumunda da aynı sonucun gerçekleşeceğini belirtmek gerekir. Bu halde de temsilci sayısında herhangi bir artırım olmayacaktır<sup>121</sup>.

Sendika temsilcisinde değişiklik engeli Kanunda belirtilen sayısal değerlere ilişkindir. Yoksa kişi-çalışan olarak sendika temsilcisi sendika tarafından yetki devam ettiği sürece görevden alınabilir. Ölüm veya iş

<sup>117</sup> “Toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika; işyerinde işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasında ise en çok üç, beş yüz bir ile bin arasında ise en çok dört, bin bir ile iki bin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz işyeri sendika temsilcisini işyerinde çalışan üyeleri arasından atayarak on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirir. Bunlardan biri baş temsilci olarak görevlendirilebilir. Temsilcilerin görevi, sendikanın yetkisi süresince devam eder” (STİSK m. 27/1).

<sup>118</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 147; ŞAHLANAN, s. 255; SÜMER, s. 226.

<sup>119</sup> AKYİĞİT, s. 267.

<sup>120</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 147; ŞAHLANAN, s. 260; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 271.

<sup>121</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 147; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 266; ŞAHLANAN, s. 570 - 571.

sözleşmesinin sona ermesi durumlarında olduğu gibi, iş sözleşmesi devredilen sendika temsilcisi kadar temsilcinin tekrar atanabileceğini söylemek doğru olacaktır.

### G. Grev Oylaması Bakımından İş Sözleşmelerinin Devri

Grev oylaması, yapılması zorunlu olmamakla birlikte<sup>122</sup>, işyeri veya işletmede alınan grev kararının uygulanmasının engellenmesi olarak ifade edilebilir<sup>123</sup>. Kanunda grev oylaması talebi için grevin ilan edildiği tarihte işyerinde çalışan işçilerin başvurusu aranmıştır. Bu anlamda söz konusu işçilerin tamamının değil, dörtte birinin görevli makama başvurusu yeterli görülmüştür. Başvuruda bulunan işçilerin sendika üyesi olması aranmamış, Kanun anlamında işçi olarak kabul edilen kişilerden olması gerektiği belirtilmiştir<sup>124</sup>.

Grev oylaması sonucunda grev kararının alınabilmesi için, karar yeter sayısı olarak, grevin ilan edildiği tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanlar esas alınmıştır<sup>125</sup>. Bu halde, işyeri veya işletmedeki işçilerin hepsi değil, hem grevin ilan tarihinde işyerinde çalışıyor olacak hem oylamaya katılacak işçiler dikkate alınacaktır<sup>126</sup>.

Grev oylaması açısından iş sözleşmesinin devredildiği tarih önem arz eder. Sözleşmesi grevin ilan edildiği tarihten önce devredilen işçi grev oylaması talebi sürecine ve grev oylamasına katılabilecektir. İş sözleşmesi grevin ilan edildiği tarihten sonra bu işyerine devrolan işçi her ne kadar bir süre de olsa işyerinde çalışıyor ve grevden etkileniyor olsa bile grev oylamasına katılamayacaktır. Grev oylamasında, sendikalı-sendikasız

<sup>122</sup> Grev oylaması grev sürecine dair zorunlu bir unsur olmamakla birlikte, tamamen işçilerin talebine bağlı bir unsurdur. Bkz., EKMEKÇİ, s. 552; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 457.

<sup>123</sup> NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 671; AKYİĞİT, s. 594; SUR, s. 478; SÜMER, s. 287.

<sup>124</sup> EKMEKÇİ, s. 553; ŞAHLANAN, s. 571; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 459. Aile üyeleri aile hukuku ilişkisi dışında bir iş sözleşmesi ile çalışıyorlarsa, bunları da oylama nisabına dâhil etmek gerekir. Bkz., NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 672.

<sup>125</sup> TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 460; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 672.

<sup>126</sup> NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 672; AKYİĞİT, s. 595; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 460 vd.; EKMEKÇİ, s. 554 vd.

işçi ayrımının yapılmadığı sistemde kanun koyucunun başvuru-oylama açısından belirli bir tarihi esas almasının kâğıt üzerinde/muvazaalı iş sözleşmesi devirlerinin de önüne geçmesi bakımından yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu<sup>127</sup>'nda grev oylamasına ilişkin "*Grev oylamasında, grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğu grevin uygulanmamasına karar verirse o işyerinde grev uygulanamaz*" (TİSGLK m. 35/3) hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm esas alınrsa, grevi önlemek isteyen işveren sendikalı veya grev oylamasına başvuran işçilerin iş sözleşmelerini devrederek amacına ulaşabilirdi. Böylece işyerindeki grevci işçilerin salt çoğunluğu sağlamasını önleyebilmesi mümkündü. Ancak 6356 sayılı Kanun ile birlikte getirilen "*oylamaya katılanların salt çoğunluğu*" ibaresi ile olası kötü niyetli uygulamaların da önüne geçilmesi sağlanmıştır.

## SONUÇ

İş sözleşmesinin devri işlemi sözleşmenin işveren tarafında değişikliğe yol açarken, toplu iş hukukuna ilişkin sonuçlar da ortaya çıkarabilir. Özellikle iş sözleşmesinin devrine ilişkin öğretilerde tartışmalı olan hususlar ele alındığında, devir işleminin toplu iş hukukuna etkisi işçi aleyhine sonuçların ortaya çıkmasında görülebilir. Bu anlamda, iş sözleşmesinin devrine dair rıza konusu önem arz eder. İşçinin henüz toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan bir işyerine sözleşmesi devredilmeden önce eski işverene vereceği rıza, daha sonra devirle birlikte toplu iş sözleşmesinden yararlanma ve sendika üyeliği gibi hallerin sona ermesine neden olabilir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin devrinde, rızanın işçinin çalıştığı yerin işyeri, işletme, şirket veya şirket topluluğu olması önem arz etmeksizin devir sırasında alınmasının, toplu iş hukuku bakımından işçi lehine sonuçlar doğuracağı şüphesizdir.

İş sözleşmesinin kanun gereği kendiliğinden devralan işverene geçmesi, işyerinin devri halinde mümkün olur. İşyerinin devrine ilişkin hükümler STİSK m. 37 ve devamında hüküm altına alınmıştır. Devrolan işyerinde çalışan işçinin, devir nedeniyle sözleşmesinin yeni işverene geçmesi toplu iş sözleşmesinden yararlanma açısından çeşitli ihtimalleri de

<sup>127</sup> RG., 7/5/1983, 18040 (Mülga).

beraberinde getirir. Bu ihtimaller devredilen işyerinde bir toplu iş sözleşmesi bulunup bulunmamasına göre şekillenir. Örneğin, işyeri (TİS yok)-işyeri (TİS var) devirlerinde iş sözleşmesi devredilen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmayacak olması, toplu iş sözleşmesinin kapsamının taraflarca sonradan genişletilememesi ilkesinden sapmaya yol açmamalıdır.

STİSK m. 38/1’de, devralan işverenin işyerinde bir işletme toplu iş sözleşmesinin bulunması durumunda devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların “iş sözleşmesi hükmü” olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinin kapsamının sonradan değiştirilemeyeceği hususu düşünüldüğünde, STİSK m. 38/1’in toplu iş sözleşmesinin kapsamının taraflarca sonradan genişletilememesine zıt bir düzenleme olduğu şüphesizdir. Ancak toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin toplu iş sözleşmesi bulunan bir işletmeye devri halinde devrolan işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına gireceğine ilişkin düzenlemenin, işletme toplu iş sözleşmesinin emredicilik özelliği de dikkate alındığında, istisnai olduğu söylenebilir.

STİSK m. 38’in ikinci cümlesinde de ifade edildiği üzere, devrolan işyerindeki toplu iş sözleşmesi, yenisi yürürlüğe gireceği zamana kadar devrolan işveren döneminde de uygulanmaya devam eder. Eski işveren döneminde toplu iş sözleşmesinden üyelik ya da dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçilerin, yeni işveren döneminde aynı şekilde yararlanmaları kesintisiz olarak devam eder.

İşverenler, toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki sürecinde istedikleri sendikanın işyerinde yetki alabilmesi yahut istemedikleri sendikanın işyerinde yetki alamaması için işçileri kâğıt üzerinde işverenleri değiştirmiş olarak gösterme yoluna gidebilir. Muvazaalı durumların önüne geçebilmek ve yetki sürecinde şeffaflığı sağlamak amacıyla en azından önceki yüz yirmi günlük süre için, toplu işçi çıkarmaya ilişkin 4857 sayılı Kanunda belirtilen işçi sayısı ve fazlası kadar işçi değişikliklerinin, gerekli çoğunluğu belirlemede dikkate alınmaması yoluna gidilebilir.

İş sözleşmesi devredilen işçinin işyeri sendika temsilcisi olarak seçilmesine engel bir durum yoktur. İşyeri sendika temsilcisi sayısı işyerindeki işçi sayısı esas alınarak belirlenir. İşyeri sendika temsilcisi seçilirken

işyerinde esas alınacak işçi sayısı atama tarihindeki sayıya göre belirlenmelidir. İşyeri sendika temsilcisi sayısının sonradan artırılması söz konusu olmasa da iş sözleşmesi devredilen bir işçinin yerine başka bir temsilcinin atanabilmesi mümkündür.

## KAYNAKÇA

- AKTAY**, Ahmet Nizamettin / **ÖZDEMİR ERTÜRK**, Olgu: Toplu İş Hukuku, Ankara 2022.
- AKYİĞİT**, Ercan: Toplu İş Hukuku, Ankara 2022.
- ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU**, İş Sözleşmesinin Devri, İstanbul 2015.
- ALP**, Mustafa: "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, (s. 189-209).
- ALPAGUT**, Gülsevil: "6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ile Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi – Uluslararası Normlara Uyum", Legal İHSGHD., C.9, S.35, 2012.
- ARSLANOĞLU**, Anıl: "İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 3, S. 10, (s. 534-545).
- AYDIN**, Ufuk: "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 23, (s. 22-36).
- BAHADIR**, Zeynep: "Sözleşmenin Devri Ve Sözleşmeye Katılma", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XVII, Yıl: 2013, Sayı: 3, (s. 1-28).
- BAŞBUĞ**, Aydın: Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012.
- BAŞBUĞ**, Aydın / **YÜCEL BODUR**, Mehtap: İş Hukuku, İstanbul 2021.
- CANBOLAT**, Talat: 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013.
- CENGİZ**, İftar: "İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar", Sicil Issue: 34, Year: 2015, (s. 47-70). (Hüküm ve Sonuçları)
- CENGİZ**, İftar: İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara 2014.
- CENTEL**, Tankut: "6356 sayılı Kanun Kapsamında İşyeri Sendika Temsilciliği", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2014, Sayı: 3. **BAŞBUĞ**, Aydın / **YÜCEL BODUR**, Mehtap: İş Hukuku, İstanbul 2021.
- ÇELİK**, Nuri / **CANIKLIOĞLU**, Nursen / **CANBOLAT**, Talat / **ÖZKARACA**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Ekim 2022.

- DEMİRCİOĞLU**, A. Murat: “Ulusal ve Uluslararası Hukukta Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2009/15.
- EKMEKÇİ**, Ömer / **YİĞİT**, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- EKMEKÇİ**, Ömer: Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2022.
- EREN**, Fikret / **DÖNMEZ**, Ünsal: Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt: III, Ankara 2022.
- ERGİN**, Berrin: Batıya Açılan Kapıda Çalışma Hayatındaki Sorunlarından Biri Olarak Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996.
- EYRENCİ**, Öner: “6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, (s.119-146), (Basım Yılı: 2014).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013. (Özel Hükümler)
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021.
- GÜNEŞ**, Başak / **MUTLAY**, Faruk Barış: “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 3 (30), (s. 231-288).
- İNCE**, Ergun: İşletme - İşyeri Toplu İş Sözleşmesi Ayrımı ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996.
- KANDEMİR**, Murat: Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, GSÜHFD., Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2002.
- KAYIRGAN**, Hasan: “İşyeri Sendika Temsilcilerinin İşe İade Davasını Kazanması Sonucu Doğacak Haklar”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8 (2), Güz 2021, (s. 579-602).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş: İş Hukuku, Ankara 2022.



- NARMANLIOĞLU, Ünal:** İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014.
- NARMANLIOĞLU, Ünal:** İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2016.  
(Toplu İş İlişkileri)
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2021.
- ÖZTÜRK, Berna:** "Sözleşmenin Devri", TBB Dergisi 2016 (125), (s. 263-296).
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay:** Bireysel İş Hukuku, Ankara 2022.
- SUBAŞI, İbrahim:** "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili", Çalışma ve Toplum, 2013/4, (s. 209-245).
- SUBAŞI, İbrahim / YİĞİT, Yusuf:** "İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı", İş ve Hayat, Yıl 2018, Cilt: 4 Sayı: 7, (s. 148-175).
- SUR, Melda:** İş Hukuku Toplu İş İlişkiler, Ankara 2022.
- SUR, Melda:** Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991.
- SÜMER, Haluk Hadi:** İş Hukuku, Ankara 2022.
- SÜMER, Haluk Hadi:** İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2019.
- SÜMER, Haluk Hadi:** "Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespiti Sürecinde Yaşanan Sorunlar", Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş) ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AYBÜ) İşbirliği İle Gerçekleştirilen "Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu", 2019. (Yaşanan Sorunlar)
- SÜZEK, Sarper:** İş Hukuku, İstanbul 2021.
- ŞAHLANAN, Fevzi:** "Sendika Yöneticilerinin Güvencesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, (s.331-339), (Basım Yılı: 2014), s. 331. (Yöneticilerinin Güvencesi)
- ŞAHLANAN, Fevzi:** Toplu İş Hukuku, İstanbul 2020.
- ŞAHLANAN, Fevzi:** Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.
- ŞAKAR, Müjdat:** Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili ve Bankacılık Sektöründeki Son Teşmil Uygulaması Üzerine Değerlendirmeler, MÜH-FAD., Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010.
- TULUKÇU, Nezihe Binnur:** İş Güvencesi ve İşe İade, Ankara 2017.

**TUNCAY**, Aziz Can / **SAVAŞ KUTSAL**, Burcu / **BOZKURT GÜMRÜK-ÇÜOĞLU**, Yeliz: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2023.

**UŞAN**, M. Fatih: “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2007, Cilt 9 Özel Sayı, (s. 211-271).

**YAYVAK**, İrem: Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi, İstanbul 2014.

**YİĞİT**, Yusuf: İş Sözleşmesinin Devri, Bursa 2014.

**YUVALI**, Ertuğrul / **YABA**, Tuğçe: İşverenin Yönetim Hakkının ve İşçinin Talimatlara Uyuma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Cilt Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, Yıl 2022, Sayı 2022-2.

**YUVALI**, Ertuğrul / **YABA**, Tuğçe: “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi”, Çalışma ve Toplum, 2020/4, (s. 2145-2159).

## YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DİJİTAL HAYATIN İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNE ETKİLERİ

Doç. Dr. Öğr. Ali EKİN\*

### Öz

Günümüzde dijital teknolojinin hızla gelişmesiyle birlikte çalışma hayatının da dijitalleşme sürecine uygun olarak ilerlemesi gerekmektedir. Bu durum, iş sözleşmelerinin feshi konusunda yeni ve dikkate değer tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay kararları, dijital hayatın iş sözleşmesinin feshine etkilerini belirlemede önemli bir rol oynamaktadır.

Çalışmamızda öncelikle İş Kanunu'nda yer alan fesih türlerine yer verilerek çalışmaya esas konularda uygulama açısından izlenecek fesih yöntemleri değerlendirilecektir. Sonrasında ise Yargıtay kararları ışığında dijital hayatın iş sözleşmesinin feshine etkileri incelenecek ve bu konudaki

\* Doç. Dr. Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/ Rize, Türkiye | Assoc. Prof., Recep Tayyip Erdoğan University, Faculty of Law, Department of Private Law, Labor and Social Security Law Department, Rize, Türkiye.

✉ ali.ekin@erdogan.edu.tr • ORCID 0000-0003-4644-6836

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: EKİN, Ali: "Yargıtay Kararları Işığında Dijital Hayatın İş Sözleşmesinin Feshine Etkileri", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2129-2172 .

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

📄 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

yeni gelişmelere de değinilecektir. Dijital iletişim araçlarının yaygın olarak kullanılmasının iş ilişkilerine olan etkisi gibi konular ele alınarak, Yargıtay'ın bu tür durumlara yönelik verdiği kararların analizi yapılacaktır.

### **Anahtar Kelimeler**

•Dijital Hayat •Fesih •İş İlişkisi •İş Sözleşmesi •İş Kanunu

## **THE EFFECTS OF DIGITAL LIFE ON THE TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION**

### **Abstract**

Today, with the rapid development of digital technology, working life must progress in accordance with the digitalisation process. This situation has led to the emergence of new and remarkable discussions on the termination of employment contracts. The decisions of the Court of Cassation play an important role in determining the effects of digital life on the termination of the employment contract.

In our study, firstly, the types of termination in the Labour Law will be given and the termination methods to be followed in terms of practice will be evaluated. Then, in the light of the decisions of the Court of Cassation, the effects of digital life on the termination of the employment contract will be examined and new developments in this field will be mentioned. Issues such as the impact of the widespread use of digital communication tools on labour relations will be discussed and the decisions of the Court of Cassation on such situations will be analysed.

### **Keywords**

•Digital Life •Termination •Labour Relationship •Employment Contract  
•Labour Law

## GİRİŞ

“Dijital hayat” terimi, dijital teknolojilerin yaşamın vazgeçilmez bir parçası olduğu bir yaşam biçimini ifade etmektedir<sup>1</sup>. “Dijital hayat” terimi aynı zamanda insan varlığının dijital teknolojilerle ilgili yönlerinin bütünü ifade etmek için de kullanılmaktadır. Kapsamlı anlamıyla “dijital yaşam” terimi, dijital teknolojilerin insan yaşamının tüm yönlerinin ayrılmaz bir parçası olduğu bir yaşam biçimini ifade etmektedir. Bir diğer anlatımla dijital hayat, bireylerin internet, bilgisayarlar, akıllı telefonlar ve diğer dijital teknolojiler aracılığıyla yaşadıkları ve etkileşimde buldukları modern yaşam biçimidir. Dijital hayat, sosyal medya platformları, mobil uygulamalar, çevrimiçi alışveriş siteleri ve diğer dijital ortamlar üzerinden gerçekleştirilen iletişim, eğlence, bilgi edinme ve iş yapma gibi faaliyetleri kapsar.

İş hukuku, dijital hayatın etkileriyle birlikte sürekli olarak evrilmektedir. Dijital hayatın iş hukuku üzerindeki etkisi birkaç farklı yönü kapsamaktadır bunlar, kişisel verilerin korunması, uzaktan çalışma, internet kullanımı, elektronik iletişim gibi farklı alanlarda kendisini göstermektedir.

Fesih kavramı ise sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik tek yanlı irade açıklamasıdır<sup>2</sup>. Taraflardan

<sup>1</sup> LENGSELD, Jörn: Digital Life, <https://joernlengsfeld.com/en/definition/digital-life/#:~:text=In%20its%20comprehensive%20meaning%2C%20the,all%20aspects%20of%20human%20life> (Erişim Tarihi: 27.08.2024).

<sup>2</sup> OĞUZMAN, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 41-42; ESENER, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978, s. 222; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku, 36. Baskı, İstanbul 2023, s. 476; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2022, s. 934; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 22. Baskı, İstanbul 2022, s. 538-539; SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 280; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku I Ferdi İş İlişkileri, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 259; EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1987, s. 166; KAPLAN, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, s. 14; ALPAGUT, Gülsevil: “İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 3, S. 74, 2022, s. 1737; GÜNAY, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 6. Baskı, 2020, s. 117; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, s. 179; BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap: İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2021,

birisinin fesih iradesini açıklamasıyla birlikte iş sözleşmesi geleceğe yönelik olarak ortadan kalkar. Feshe ilişkin beyan karşı tarafın kabulüne tabi değildir<sup>3</sup>.

Nitekim fesih bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>4</sup>. Buna bağlı olarak irade açıklamasının şüpheye yer vermeyecek şekilde ve karşı tarafa ulaşması gerekir<sup>5</sup>. Karşı tarafın himayesine girmeyen feshe yönelik irade açıklamaları hüküm ve sonuçlarını doğurmaz<sup>6</sup>. Fesih iradesi net ve açık olmalıdır<sup>7</sup>. Teklif ve soru şeklindeki açıklamalar fesih olarak değerlendirilmez<sup>8</sup>. Ancak Yargıtay kararlarında feshin her zaman açık ve net olamayacağı bazen de içeriğinden fesih iradesinin anlaşıldığı<sup>9</sup> durumların olduğu

s. 185; **YÜREKLİ**, Sabahattin: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 103 vd.; **KILIÇOĞLU**, Mustafa/**ŞENOCAK**, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s. 17-23.

<sup>3</sup> **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 66; **OĞUZMAN**, s. 41-42; **KAPLAN**, s. 15; **ESENER**, s. 541-543; **BEDÜK**, Mehmet Nusret: "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, 2019, s. 682.

<sup>4</sup> **UŞAN**, M. Fatih: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku C.1, Ankara 2009, s.100; **MOLLA-MAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 935 ; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 538 ; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.476; **OĞUZMAN**, s.41; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 179 ; **BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR**, s. 185; **NARMANLIOĞLU**, s.234; **ESENER**, s.223; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 166, 167.

<sup>5</sup> YHGK., 12.6.1991, 9-287/349, İşveren Dergisi, C.30, S.8, Mayıs 1992, s.17; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 542; **GÜNAY**, s. 118; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 179; **BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR**, s. 185; **BEDÜK**, s. 683.

<sup>6</sup> **EKONOMİ**, İş Hukuku, s.167; **ESENER**, s. 226; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 544; **SÜZEK**, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s.107; **NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku, s.268. Doktrinde fesih beyanının karşı tarafça öğrenildiği anda hüküm doğuracağını kabul edenler de vardır. Bkz. **OĞUZMAN**, s.174; **ÇENBERCİ**, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara 1986, s. 229; **ATABEK**, Reşat: İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938, s. 47.

<sup>7</sup> **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 477.

<sup>8</sup> **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 477.

<sup>9</sup> "Davalı, davacı birkaç arkadaşının işverenden zam talep ettiklerini, talepleri karşılanmayınca davacının işi kendiliğinden bırakıp gittiğini ve hakkında devamsızlık tutanakları tanzim edilerek iş akdinin haklı nedenle feshedildiğini ve tüm taleplerinin yersiz olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir. Dairemizden geçen 2014/4706 Esas sayılı emsal dosyada da mahkemece davacının iş akdinin işverence haksız nedenle sona erdirildiğinin kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiş olup dairemizce fesih konusu bozma sebebi yapılmamıştır. Bu itibarla davacının iş akdinin işverence haksız nedenle feshedildiğinin kabulü ile ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken hatalı değerlendirme ile reddi usul ve

belirtilmiştir<sup>10</sup>.

Fesih beyanı, karşı tarafa ulaştığı anda tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur; artık bu beyandan dönülmez. Ancak, henüz karşı tarafa ulaşmamış olan fesih beyanından dönülmesinde bir engel yoktur<sup>11</sup>.

Çalışma konumuzda, öncelikle fesih türlerine, ardından ise Yargıtay uygulamalarında dijital hayatın iş sözleşmesinin feshine olan etkilerine yer verilecektir

## I. FESİH ÇEŞİTLERİ

### A. Bildirimli Fesih

İş hukukunda bildirimli fesih, işçi veya işverenin, kanunda belirtilen veya taraflar arasında kararlaştırılan asgari süreler çerçevesinde, belirli bir süre öncesinden diğer tarafa haber vererek iş sözleşmesini sonlandırma hakkına sahip olmasıdır<sup>12</sup>.

İhbar süresi, yalnızca işverenin veya işçinin riayet etmesi gereken bir süre değildir. Bildirim sürelerine uyulmaksızın yapılan fesihler ise usulsüz fesih olarak adlandırılmaktadır<sup>13</sup> Usulsüz fesih halinde, bildirim sürelerine uymayan tarafın bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarınca karşı tarafa tazminat ödemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır<sup>14</sup>. Doktrinde bu tazminat *ihbar tazminatı* olarak adlandırılmaktadır<sup>15</sup>. İhbar

---

*yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.*" Y. 7. HD., 10.09.2015, E. 2014/17793, K. 2015/14528. (Kazancı, Erişim Tarihi: 09.06.2024)

<sup>10</sup> GÜZEL, Ali: "İş Sözleşmesinin Eylemli Feshi ve Uygulama Sorunları", Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt 5, Sayı 75, 2022, s. 2485.

<sup>11</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 823; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 171; OĞUZMAN, s. 194; ESENER, s. 226; GÜNAY, s. 118.

<sup>12</sup> SÜZEK, İş Hukuku 540; BEDÜK, s. 686.

<sup>13</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s. 555; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 955-956.

<sup>14</sup> EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/ BASKAN, s. 186; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 189.

<sup>15</sup> İhbar tazminatının hukuki niteliği hakkında görüşler için bkz. CENTEL, Tankut: İş Güvencesi, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 190-191; NARMANLIOĞLU, s. 298-300; ÇENBERCİ s. 334; SAYMEN, F. Hakkı: Türk İş Hukuku 1954, s. 606; OĞUZMAN, s. 276; EKONOMİ, s. 183,184; KAPLAN, s. 65 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s. 555; TUNÇOMAĞ, Kenan /CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, s. 193 ; AK-YİĞİT, Ercan: İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, 2008, s. 620.

tazminatı götürü nitelikte bir tazminat olup fesihle bulunan tarafın kusuru olmasa ve usulsüz feshe maruz kalan taraf zarara uğramasa dahi sözleşmesi feshedilen taraf, bu tazminatı almaya hak kazanmaktadır<sup>16</sup>. İhbar tazminatının hesabında, ücretin yanı sıra işçiye sözleşme veya kanun gereğince sağlanmış olan para ve para ile ölçülebilen menfaatlerin brüt tutarı da hesaplanmaktadır<sup>17</sup>. İhbar tazminatının miktarı iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile artırılabilir<sup>18</sup>. İhbar sürelerinin sözleşme ile artırılması halinde, ihbar tazminatının hesabında da sözleşmede öngörülen ihbar süreleri esas alınmaktadır<sup>19</sup>. Ayrıca iş sözleşmesini kendisi fesheden taraf ihbar tazminatına hak kazanmamaktadır<sup>20</sup>. Ancak mobbing<sup>21</sup> nedeniyle fesihlerle işçinin iş sözleşmesini feshetmesi yönünde baskı olduğu ileri sürülerek yargı kararlarında kıdem tazminatının yanı sıra ihbar tazminatına da hükmedildiği görülmektedir<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 958; **AKTAY**, Nizamettin/**ARICI**, Kadir/**KAPLAN SENYEN**, Emine Tuncay: İş Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s.177; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 556; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 184; **EKONOMİ**, Münir: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C. 17, S. 2, 2003.; **TUNÇOMAĞ/ CENTEL**, s. 193; **NARMANLIOĞLU**, s. 292; **GÜNAY**, s. 123; **EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN/BASKAN**, s. 186.

<sup>17</sup> Y. 9. HD., 1.11.1999, E. 16233/16478 (İşveren, C.34, S.3, 1999, s.17); Y. 9. HD., 30.11.1999, (İşveren, C. 37, S.7, 1999, s.16); **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 557; **GÜNAY**, s. 124; **BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR**, s. 189.

<sup>18</sup> **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 557; **MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI/ BAYSAL**, s. 963; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 184; **NARMANLIOĞLU**, s. 258. Karşı görüş için bkz. **OĞUZMAN** s. 277.

<sup>19</sup> **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 557; **EKONOMİ**, Hizmet Akdinin Feshi, s. 8; **KAPLAN**, s. 70.

<sup>20</sup> **SÜMER**, Haluk Hadi/ **KAYIRGAN**, Hasan: İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 3. Baskı, 2022, s. 509; **EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN/ BASKAN**, s. 186; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL**, s. 893

<sup>21</sup> İş yaşamında görülen psikolojik taciz yani mobbing, işyerindeki konumunu, taciz eylemlerine devam ederek koruyan kişi veya kişiler tarafından, işyerindeki tacizden ötürü çaresiz ve savunmasız hale gelen bireye karşı sistematik bir biçimde, düşmanca ve ahlak dışı olarak yapılan hareketleri içermektedir. **EKİN**, Ali: Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması, 1. Baskı, 2013, s. 75.

<sup>22</sup> "Mobbinge maruz kalan davacı işçi, iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu halde, işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı sabittir. İhbar tazminatı talebine gelince, her ne kadar fesih işçi tarafından yapılmış ise de işverenin uyguladığı mobbing sonucu işçinin iradesinin feshe yönlendirildiği sabit olduğundan, ihbar tazminatına da hak kazanılmıştır. Mahkemenin, mobbing şartlarının oluşmadığına yönelik gerekçesi isabetsiz ise de kıdem ve ihbar tazminatı



## B. Haklı Nedenle Bildirimsiz Fesih

İş Kanunu'nda, haklı nedenle fesih başlığı altında iki farklı fesih hakkı düzenlenmiştir: biri işçi açısından haklı nedenle derhal fesih hakkı, diğeri ise işveren açısından haklı nedenle derhal fesih hakkıdır. Bu maddelerde belirtilen haklı nedenle fesih sebeplerine dayanmadan yahut da gerekli prosedürü yerine getirmeden yapılan fesiHLere haksız fesih denilmektedir<sup>23</sup>.

Haksız fesih durumunda işçiye herhangi bir bildirim yapılmadığı için, usulsüz fesih hükümleri de uygulanacaktır. İşçi, feshin geçerli nedene dayalı olarak yapılmasını gerektiren İş Kanunu m.18'deki koşullara sahip ise, İş Kanunu 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir ve feshin geçersiz sayılmasını talep edebilir. Ancak işçi iş güvencesine tabi olmadığı durumda bildirim sürelerine uyulmadığından usulsüz bir fesih söz konusu olacak ve işçi ihbar tazminatı, koşulları varsa kötüniyet tazminatı ve kıdem tazminatı isteyebilecektir<sup>24</sup>. Aynı şekilde işçi tarafından haklı nedene dayanılmasına rağmen haklı nedenle yapılan fesih ispatlanamazsa işçi açısından da fesih

---

*alacaklarının hüküm altına alınması, sonuç itibarıyla doğru görülmüştür.” Y. 22. HD., E. 2015/11958, K. 2016/15623 (Kazancı, Erişim Tarihi: 31.05.2016).*

- <sup>23</sup> TULLUKÇU, N. Binnur: “Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Haksız Feshi ve Sonuçları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, s. 555 vd.; **GEREK, Nüvit**: İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih- Usulsüz Fesih- Kötüniyetli Fesih, Karatahta İş Yazıları Dergisi, S. 2, 2015, s. 1 vd.; **TUNCAY SENYEN KAPLAN, E.**: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 36, 2016, s. 17 vd., **SÜMER**, s. 298; **CENTEL**, s. 195; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 893; **UŞAN**, s. 125 ; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 249; **NARMANLIOĞLU**, s. 237-238; **ESENER**, s. 136-138; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 85-87; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 726-727; **KAPLAN**, s. 168.
- <sup>24</sup> **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s. 193 194; **NARMANLIOĞLU**, s. 383; **ESENER**, s. 243; **KAPLAN**, s. 167; **SAYMEN**, s. 610; **MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI/BAYSAL**, s. 983; **AKTAY**, s. 213; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s. 215; **EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN/ BASKAN**, s. 249; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 195.

haksız olacağından işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacak, işveren ise işçiden ihbar tazminatı talep edebilecektir<sup>25</sup>.

### 1. İşçi Açısından Haklı Nedenle Fesih

İşçi tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi İş Kanunu m. 24'te düzenlenmiştir. Buna göre, süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir. İşçi açısından haklı nedenle fesihler üç ana başlık altında toplanmıştır. Bunlar, sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ve zorlayıcı sebeplerdir.

### 2. İşveren Açısından Haklı Nedenle Fesih

İşveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi İş Kanunu m. 25'te düzenlenmiştir. Buna göre, süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir. Haklı nedenle fesihler dört ana başlık altında toplanmıştır. Bunlar sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler, gözüaltı ve tutukluluk halleridir.

İş Kanunu m. 24 ve 25'te gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz<sup>26</sup>. İşçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde ise bir yıllık süre uygulanmaz<sup>27</sup>.

6 günlük ve 1 yıllık süreler, yalnızca ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanılarak yapılacak fesihler açısından öngörülmüştür. Dolayısıyla sağlık nedenleri veya zorlayıcı sebeplerle iş sözleşmesinin feshi halinde herhangi bir süre sınırlaması söz konusu olmayacaktır<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN/ BASKAN, s. 249; SÜZEK, İş Hukuku, s. 733-734.

<sup>26</sup> İş Kanunu m. 26.

<sup>27</sup> İş Kanunu m. 26.

<sup>28</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s. 717; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 214; NARMANLIOĞLU, s. 320; SAYMEN, s. 613; OĞUZMAN s. 112; ERKUL, İhsan : İş Hukuku Uygulama Çalışmaları, 1. Baskı, 1987, s. 153. Aksi görüş için bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 219.

Fesih hakkının kullanılabilceği altı günlük ve bir yıllık sürelerin hak düşürücü süreler olması sebebiyle bu süreler dolduktan sonra bildirimlessiz fesih hakkı kullanılamayacaktır<sup>29</sup>. Bu süreler hak düşürücü süreler olduğundan, hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Sürelerin durması veya kesilmesi söz konusu olmayacaktır<sup>30</sup>

### C. Geçerli Nedenle Bildirimli Fesih

İş Kanunu kapsamında iş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesi fesheden işveren bir geçerli nedene dayanmalı ve bazı şekli şartları yerine getirmelidir<sup>31</sup>.

İş güvencesine sahip işçinin neyi ifade ettiğİ İş Kanunu'nda yer almıştır. Buna göre, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz<sup>32</sup>.

İşveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır<sup>33</sup>. Ayrıca hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez<sup>34</sup>. Ancak, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı içerisinde ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı nedeniyle fesih

<sup>29</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 808-809 ; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 215 ; ESENER, s. 242 ; NARMANLIOĞLU, s. 320 ; CENTEL, s. 176 ; ÇENBERCİ, s. 411 ; SAYMEN, s. 612 ; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 219 ; OĞUZMAN, s. 114 ; KAPLAN, s. 170 vd.

<sup>30</sup> EKONOMİ, İş Hukuku, s. 215 ; SAYMEN, s. 612 ; OĞUZMAN, s. 114 ; ESENER, s. 242 ; NARMANLIOGLU, s. 321 ; ERGİN, s. 85.

<sup>31</sup> BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 190; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.1022; ERGİN, s. 79.

<sup>32</sup> İş Kanunu m. 18.

<sup>33</sup> SÜZEK, s. 630-631; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL s. 1070-1072; SÜMER, s. 224.

<sup>34</sup> İş Kanunu m.19.

koşullarına uygun fesih hakkı saklıdır<sup>35</sup>.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur<sup>36</sup>. İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlama niyeti olmaksızın, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak amacıyla yaptığı başvuru, geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması hâlinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir<sup>37</sup>.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yapılacak ödemedden mahsup edilir<sup>38</sup>. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürele ait ücret tutarı ayrıca ödenir<sup>39</sup>.

İşverence geçerli bir sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkeme veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur<sup>40</sup>. İşe başlatmama tazminatı, brüt ücret

<sup>35</sup> **DUMAN, Barış:** "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2020, s. 4-11.**AYDIN**, s. 148.

<sup>36</sup> İş Kanunu m.21/6.

<sup>37</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s. 658-659; ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması (13. bs Beta Yayınları 2022) 200; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 218; SÜMER, s. 263-264; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.1119-1120; SONGU ÖKTEM, Sezgi: "İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, 2018, s. 135, 158 vd.; SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu: "Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat", II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, 2017, s. 267, KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 1321, 1322.

<sup>38</sup> İş Kanunu m. 25/5.

<sup>39</sup> İş Kanunu m. 25/5.

<sup>40</sup> İş Kanunu m.21/1.

üzerinden hesaplanır<sup>41</sup>. Yalnızca damga vergisine tabi olup, gelir vergisi ve SGK kesintisinden muaftır.

## II. DİJİTAL HAYATIN FESİHLERE ETKİSİNE YÖNELİK YARGITAY UYGULAMASI

### A. Fesihlere İlişkin Yargıtay Görüşü

Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına yer vermeden önce, Yargıtay'ın fesihler bakımından durum değerlendirmesi yaparken dikkate aldığı hususları içeren yerleşik görüşlerini açıklamak faydalı olacaktır. Buna göre, "4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihle takip edilen amaç, işçinin önceki iş sözleşmesine aykırı davranışlarını cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil, sözleşmesel yükümlülükleri ihlal etmeye devam etme veya tekrar etme riskinden kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı ve sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gereklidir. İşçinin kusurlu davranışı sonucunda sözleşmeye aykırı bir tutum sergilemesi ve bunun iş ilişkisini olumsuz bir şekilde etkilemesi durumunda, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmeline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışları veya yetersizlikleri nedeniyle iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin önemli ve makul ölçülerde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, işverenin haklı nedenlerle fesih hakkının bulunduğu durumlarda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca fesih hakkının hak düşürücü süre içinde kullanılması veya Toplu İş Sözleşmesinde Disiplin Kurulu kararının öngörülmesine rağmen, Disiplin Kurulu kararı olmadan fesih hakkının kullanılması

<sup>41</sup> EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 221.

halinde, feshin haksız olduğu kabul edilmektedir. Zira işçinin davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve işveren açısından iş ilişkisinin önemli ölçüde devam ettirilmesinin beklemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmektedir”<sup>42</sup>.

## B. Dijital Hayatın Fesihlere Etkisi

### 1. Şahsi Bilgisayar Kullanımı

#### a. İşyeri bilgisayarını şahsi işlerde kullanmak haklı veya geçerli nedenle fesih imkânı verir mi?

İşyeri bilgisayarının şahsi işlerde kullanımı, uygulama açısından farklı bir değerlendirme gerektirir. Bilgisayarın şahsi kullanımının işe olan etkisinin yanı sıra, işverenin bu konudaki yaklaşımı da önemlidir. Somut olayın özelliklerine göre, işyeri bilgisayarını şahsi işlerde kullanmak haklı nedenle fesih hakkı doğurabilir. Ancak, işveren bu durumu haklı neden yerine geçerli neden olarak kabul etmişse, feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı tartışılmaksızın geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir<sup>43</sup>. Yani şahsi bilgisayar kullanımlarında işçinin işyerindeki kıdemi, işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediği, bu davranışının işyerini zarara uğrattığı, ölçülülük ilkesi, bu konuda işyerindeki genel uygulamanın ne olduğu gibi hususların birlikte değerlendirilmelidir<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Y. 9. HD., 18.02.2019, 2018/6257 E., 2019/3909 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 12.08.2024 ); Y. 22. HD., 22.03.20212, 2011/13022 E. , 2012/5134 K. (Kazancı, Erişim Tarihi:10.07.2024 );

<sup>43</sup> “Davacı hakkında daha önce 05.03.2009 tarihinde işyerinde geçen zaman ve bilgisayarı şahsi işinde kullandığından uyarı cezası verildiği, 08.05.2009 tarihli tutanakta; bilgisayarda yapılan incelemede davacının arkadaşına gönderdiği iddia edilen mailde “bu arada alçak bana 50,00 TL zam yapmış ...” şeklinde mail yazdığı belirtilmiştir. Bu mail içeriğinin davacı iddiası gibi tarafından yazılmadığı kabul edilse dahi davacının işveren nezdinde mesai saatlerinde geçen çalışma süreleri içerisinde işyeri bilgisayarında özel işlerini takip etmesi bu konuda daha öncede uyarı alması dikkate alındığında, işverenin işyeri çalışma kurallarına uymayan bu tür davranışları sergileyen işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenmez. Olayda eylemlerin ağırlığı ve işverenin davacıya kıdem ihbar tazminatlarını ödemesi de dikkate alındığında iş sözleşmesinin feshi için geçerli nedenin varlığının kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur.” Y. 22. HD., 22.03.20212, 2011/13022 E. , 2012/5134 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 06.08.2024)

<sup>44</sup> “Davacının ... sözleşmesi mesai saatleri içinde internet kullanması, diğer işçilere kötü örnek olması ve işverenin güvenini bu şekilde kötüye kullanılması nedeniyle haklı nedenle

İşyeri bilgisayarının şahsi kullanımı sırasında gerçekleştirilen iş ve işlemler somut olaya göre değerlendirilir. Mevzubahis bu durumun genellikle geçerli bir neden olabileceği kabul edilmektedir. Ancak, bilgisayar üzerinden hakaret eylemi gerçekleşir ve bu konuda suç duyurusunda bulunulursa, feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının tespit edilebilmesi için mutlaka soruşturma süreci sonlandırılmalı ve bu sürecin bekletici mesele olarak ele alınması gerekmektedir.<sup>45</sup>

Bir işçinin işyerindeki bilgisayar ağı üzerinden diğer çalışanlara yönelik sarf ettiği sözler işçinin başka bir işçiye sataşması olarak değerlendirilerek işveren tarafından haklı nedenle feshe konu olabilir<sup>46</sup>. Burada

---

*tazminatlı olarak feshedilmiştir. Davacı on iki yıllık çalışandır. Mesai saatleri içinde internet kullanması nedeniyle ... sözleşmesi feshedilmiş fesih bildiriminde işyerinin güvenliğini tehlikeye düşürdüğü, işyerini zarara uğrattığı belirtilmemiştir. Davacının çalıştığı fiili süre, işyerinde herhangi bir zarar meydana gelmemesi dikkate alındığında davacının... sözleşmesinin tazminatlı olarak feshedilmesi ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir. Davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 22. HD., 28.12.2012, 2012/9757 E. , 2012/30048 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 11.07.2024)*

<sup>45</sup> *“Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, tek başına alım yapma yetkisi bulunmayan davacının alımlarla ilgili olarak menfaat temin edemeyeceği, davacının MSN yazışmalarında kullandığı küfürlü ifadelerin muhatabın yüzüne karşı veya diğer çalışanların yanında söylenmemesi, bilgisayar aksamı ve programlarının kontrolü yenilenmesi sırasında ilgili eleman tarafından çöplükten çıkarılarak muhataplarına iletilmesi nedeniyle 4857 sayılı yasanın 25/b maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, davacının mesai saatleri içinde yasak olmasına rağmen MSN yazışmasının ve yine mesai saati içinde görevi dışında eniştesi için araştırma yapmasının işyeri kurallarına aykırı olduğu, davranışları nedeniyle iş akdinin feshinin geçerli nedene dayandığı ancak haklı neden ağırlığında olmadığı gerekçesiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma ve yıllık izin ücreti istemleri hüküm altına alınmış hafta tatili ve genel tatil ücreti istemlerinin ise reddine karar verilmiştir. Davacının iş akdinin feshine konu olan hakaret eylemi nedeniyle yapılan suç duyurusu ile ilgili olarak Gebze Cumhuriyet Başsavcılığının soruşturmasının sonucu beklenmeden karar verilmesi hatalıdır. Yukarıda anılan eylem sebebiyle, Gebze Sulh Ceza Mahkemesi’nde kamu davası açılması sonucu Gebze4.Sulh Ceza Mahkemesi’nin 2011/177 Esas sayılı dosyasında verilen kararın kesinleşmesi beklenmelidir”. Y. 9. HD., 13.03.2014, 2014/6274 E. , 2014/8240 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.07.2024)*

<sup>46</sup> *“Somut olayda, davacının sosyal paylaşım sitesinde iş yeri çalışanları hakkında sataşma niteliğinde yazışmalar yaptığı ve buna ilişkin kayıtların iş yerinde kullanıma tahsis edilen bilgisayarda görüldüğü hep birlikte değerlendirildiğinde işverence yapılan feshin haklı nitelikte olduğu tartışmasız olup mahkemece davanın reddi gerekirken yanılığın değerlendirilme ile davanın kabulü hatalıdır.” Y.9. HD., 25.09.2014, 2014/11150 E. , 2014/28132 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 10.07.2024)*

önemli olan sarf edilen sözlerin sataşma niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Aksi halde sataşmanın mutlaka yüz yüze olmayacağı düşünülmektedir.

İşyerinde kendisine tahsis edilen bilgisayarda cinsel içerikli site ziyareti yapmanın, cinsel içerikli konuşmalara dahil olmanın işveren açısından haklı fesih sebebi olup olmadığı hususunda ise Yargıtay'ın görüşü net olup bu durumun doğruluk ve bağlılığa aykırı olduğu, işverenin güveninin kötüye kullanıldığı sonucuna varılmaktadır<sup>47</sup>.

Bilgisayarda özel işlerini yapan işçilerin tespit edilmesi durumunda, doğrudan fesih yerine bu konuda savunmalarının alınması ve uyarılmaları gerekmektedir. Uyarı yapıldıktan sonra mesai saatlerinde özel işlerini yapmaya devam etmeleri, somut olayın niteliğine göre haklı veya geçerli bir fesih sebebi oluşturabilir<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> “Dosya kapsamından davacının davalı işyerinde idari bölümde (muhasabe) çalıştığı, kendisine tahsis edilen bir bilgisayar bulunduğu, davalı vekilinin dosyaya sunduğu çıktılar incelendiğinde, bu bilgisayarda cinsel içerikli konuşma ve fotoğrafların bulunduğu internet sitelerine girildiği, bu sitelerdeki giriş saatlerinin ağırlıklı olarak mesai saati içinde olduğu, davacının bu internet sitelerine giriş yaptığıının 01/07/2013 tarihinde tespit edildiği, iş akdinin de aynı gün feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının bu eylemi doğruluk ve bağlılığa aykırı olup, davalının güvenini kötüye kullanan davacının iş akdinin feshi haklı olduğundan davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.” Y. 9. HD., 05.09.2019, 2016/1217 E. , 2019/10496 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.08.2024)

<sup>48</sup> “Dosya içeriğinden, davalıya ait okul işyerinde 04.9.2007 tarihinden beri kütüphane görevlisi olarak çalışan davacının 08.08.2009 tarihli fesih bildirimini ile bilgisayarda şahsi işlerini yaptığı ve işvereni hakkında arkadaşına gönderdiği mailde okul idarecesini kötüleyici yazı yazdığından kıdem ihbar tazminatı ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı hakkında daha önce 05.03.2009 tarihinde işyerinde geçen zaman ve bilgisayarı şahis işinde kullandığından uyarı cezası verildiği, 08.05.2009 tarihli tutanakta; bilgisayarda yapılan incelemede davacının arkadaşına gönderdiği iddia edilen mailde “bu arada alçak bana 50,00 TL zam yapmış ...” şeklinde mail yazdığı belirtilmiştir. Bu mail içeriğinin davacı iddiası gibi tarafından yazılmadığı kabul edilse dahi davacının işveren nezdinde mesai saatlerinde geçen çalışma süreleri içerisinde işyeri bilgisayarında özel işlerini takip etmesi bu konuda daha öncede uyarı alması dikkate alındığında, işverenin işyeri çalışma kurallarına uymayan bu tür davranışları sergileyen işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenmez. Olayda eylemlerin ağırlığı ve işverenin davacıya kıdem ihbar tazminatlarını ödemesi de dikkate alındığında iş sözleşmesinin feshi için geçerli nedenin varlığının kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur.” Y. 22. HD., 22.03.2012, 2011/13022 E. , 2012/5134 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.08.2024)



## **b. İşverenin çalıştığı şirketlere işçi tarafından şahsi çıkar elde etmek için gizli isimle işveren aleyhine yanıltıcı e-mail atılması haklı nedenle fesih sebebi midir?**

İşyeri bilgisayarından işçinin işverenin ticaret yaptığı şirketlere şahsi adına farklı bir çıkar elde etmek için gizli isim üzerinden işyeri aleyhine yanlış bilgilendirme yapması sadakat borcunun açık olarak ihlal edildiği Yargıtay tarafından hüküm altına alınmaktadır<sup>49</sup>.

## **2. Sosyal Medya Kullanımı**

### **a. Sosyal medyada iş harici yapılan bir paylaşım nedeniyle iş sözleşmesi feshedilebilir mi?**

Burada dikkat edilmesi gereken iki husus vardır. Birincisi yapılan paylaşımın ahlaka adaba ve kamu düzenine aykırı olup olmadığı, ikincisi ise yapılan paylaşımın işçinin işverene karşı olan borcunu ihlal edip etmediğidir. Yargıtay'a taşınmış bir olayda kulüp antrenörünün kulüp üyesi bir üyeye dışarıda özel ders verdiği gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. Bunun tespiti ise antrenörün sosyal medyada yapmış olduğu bir paylaşımır. Yargıtay olaya ilişkin değerlendirmesinde feshin geçerli nedenle olduğu yönünde hüküm kurmuştur<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Dosya içerisindeki bilgi ve belgeler ve özellikle davalı şirkette çalışan diğer işçilere ait savunma yazılarından, davacının işveren ile aynı konuda faaliyet gösteren bir işyeri açmak için girişimlerde bulunduğu, diğer işçileri de kendisi ile çalışmaya ikna etmeye çalıştığı, bu tür eylemlerin işverene sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği, davacının doğruluk ve bağlılığa uymayan bu davranışları nedeniyle işveren tarafından yapılan feshin haklı olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle iken, mahkemece, davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Y.9. HD., 19.12.2025, 2015/3030 E. , 2015/1969 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 17.08.2024)

<sup>50</sup> "Somut olayda davalı işverenlikte spor eğitmeni olarak görev yapan davacının iş sözleşmesi 18.01.2013 tarihli taahhütnameye aykırı olarak şekilde kulüp üyesine dışarıda özel ders verdiği bu konudaki fotoğrafı sosyal medyada paylaştığı, bunun şirket ile haksız rekabet teşkil ettiği, doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışta bulunduğu gerekçesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e maddesi uyarınca feshedilmiştir. Davacı savunmasında bir üyesi için başka bir yere ders vermeye gittiğinde kulüp üyesi ile karşılaştığını ancak ona ders vermediğini, onun ricası üzerine bir fotoğraf çektiğini, suçlamayı kabul etmediğini beyan etmiştir. Davacı 18.01.2013 tarihinde eski ve yeni kulüp üyelerine dışarıda ders vermeyeceği taahhüdünde bulunmuştur. Davacının paylaştığı fotoğrafta kulüp üyesi olduğu beyan edilen kişi oturur vaziyette ağırlık kaldırırken davacı onun başında ayakta ona bakmaktadır. Davacı tanıkları ve davalı tanıkların anlatımlarından adı geçen üyenin 2013 Eylül ayından sonra dışarıdan özel ders olarak davalının işlettiği spor tesisine gelmediği anlaşılmaktadır. Davacının paylaştığı

**b. İşçinin sosyal medya hesabından işyeri aleyhine hakaret içermeyen eleştiride bulunması veya hakkını helal etmediğine dair beyanda bulunması haklı veya geçerli bir fesih sebebi midir?**

İşçilerin işyerine karşı hakaret oluşturmayacak tarzda beyanda bulunması yahut da hakkını helal edip etmediğine dair açıklamalarda bulunması düşünce özgürlüğü kapsamında yer almakta olup haklı veya geçerli bir fesih sebebi oluşturmayacaktır<sup>51</sup>.

**c. Ulusal bayram tatili öncesi yıllık izin isteyen işçiye şirket politikası gereği izin verilmemesi halinde işçinin rapor olarak işe gelmemesi ve raporlu olduğu süre zarfında tatilden fotoğraf paylaşması işveren açısından fesih sebebi olur mu?**

Yargıtay kararları çerçevesinde, bu tür durumlarda taraflar arasında güven ilişkisinin zedelendiği ve bu nedenle feshin haklı neden olması da geçerli neden olarak değerlendirilebileceği hüküm altına alınmıştır<sup>52</sup>.

*fotoğraf da dikkate alındığında, davalı işverenliğin davacının dışarıda bu üyeye ders verdiği konusunda şüphe uyandırdığı açık olup, davacının davranışlarının güven ilişkisini zedelediği, bu nedenle davalıdan davacıyla çalışma ilişkisini devam ettirmemesinin beklenemeyeceği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi bozma nedenidir.” Y. 9. HD., 07.10.2015, 2015/18350 E. , 2015/27822 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 17.08.2024)*

<sup>51</sup> “İşçinin kendisine ait sosyal medya hesabından “Bütün arkadaşlarımın dikkatine, işte bakın ne kadar büyük bir firmada çalıştığımızı bir kez daha bizlere ifade ettiler, bizler bu kadar aşağılanacak ne yaptık bilmiyorum.....” şeklinde paylaşım yapması haklı veya geçerli fesih nedeni değildir.” Y. 9. HD., 11.11.2019, 2019/ 3100 E., 2019 / 19483 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024) “İşçinin kendisine ait sosyal medya hesabından; “Tam da şu mübarek zamanda tam da bayra müstü bu bize reva midir. Bize bunları yaşatan, destek veren, imkan tanıyan her kim ise sizler bizim ve evlatlarımızın rızıkıyla oynadınız. Dilerim Rabbim’den sizlerde bunları yaşamadan can veremezsiniz. Şu mübarek günde eğer ki toplu işçenin ucu kadar hakkım geçtiyse bile asla ve asla helal etmiyorum.” şeklinde paylaşım yapması, haklı veya geçerli fesih nedeni oluşturmaz.” Y. 9. HD., 26.06.2019, 2019/1405 E., 2019/14318 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024 )

<sup>52</sup> “Davacının talep ettiği iznin verilmemesi sonrasında sarf ettiği “siz izin vermezseniz, ben başımın çaresine bakarım, bir yolunu bulurum” şeklindeki sözleri ile sonrasında istirahat raporu sunması ve memleketine gitmesi, davalı işverende raporun sıhhati hususunda kuşku oluşturması makul kabul edilmelidir. Davacının bu davranışı nedeniyle davacı ile davalı arasındaki güven ilişkisinin bozulduğu ve buna dayalı feshin haklı olmamakla birlikte geçerli

#### **d. İşe giriş tarihinden önceki düşünce özgürlüğü kapsamında kalan sosyal medya paylaşımları fesih sebebi olarak kabul edilebilir mi?**

Yargıtay kararları çerçevesinde işe başlamadan önceki sosyal medya paylaşımlarının işyerinde çalışmalara engel olup olmadığı, düşünce özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilerek belirlenmelidir<sup>53</sup>. Bu durumda dahi feshin haklı olup olmadığı değil geçerli nedenle olup olmadığı tartışılmalıdır.

#### **e. İşçinin asıl işveren aleyhine sosyal medyadan yapılan paylaşımları alt işveren açısından haklı nedenle fesih sebebi oluşturur mu?**

Somut olay ve paylaşımın içeriği ayrıca değerlendirilmek kaydıyla şartları varsa asıl işveren aleyhine yapılan herhangi bir sosyal medya paylaşımı alt işveren için de haklı nedenle fesih imkanı vermektedir<sup>54</sup>.

---

*nedene dayandığı kabul edilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü hatalıdır.” Y.9. HD., 11.09.2018, 2018/2306 E. , 2018/20864 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024)*

<sup>53</sup> Y.9. HD., 26.11.20218, 2018/2116 E.- 2018/21381 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024)

<sup>54</sup> “Somut uyuşmazlıkta Belediyenin alt işvereni olan davalı şirket yanında çalışan davacının iş sözleşmesinin sosyal medya paylaşımları sebebiyle feshedildiği, söz konusu paylaşımların tespiti sonrasında asıl işveren tarafından davacının çalışmasına son verilmesi gerektiği alt işverene bildirilmiş, bunun üzerine de alt işverence iş sözleşmesi feshedilmiştir. Belirtmek gerekir ki, asıl işverene yönelik olan davacının söz konusu paylaşımları, alt işveren bakımından da ahlâk ve iyi niyet kuralları ile doğruluk ve bağlılığa uymayan bir nitelik arz ettiğinden, somut olayda kanuni süre içinde gerçekleştirilen fesih haklı sebebe dayanmaktadır. Diğer taraftan, Mahkemece altı iş günlük sürenin geçtiği gerekçesine dayanılmış ise de, asıl işverenin önceki yazısında fesih talebinden söz edilmediği, buna mukabil ilk kez asıl işverenin fesihten önceki son yazısı ile davacının belediyeedeki görevine son verilmesinin alt işverene bildirildiği anlaşıldığından, feshin altı iş günlük süre içinde yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu itibarla, işverence gerçekleştirilen fesih haklı olduğundan kıdem ve ihbar tazminatı istemlerinin reddi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y.22. HD., 10.03.2020, E. 2017/26906, K. 2020/4693 (Legalbank, Erişim Tarihi: 19.08.2024)

## **f. İki işçinin aynı doktordan rapor olarak tatile gitmesi ve bunu sosyal medyada paylaşması haklı nedenle fesih sebebi midir?**

İki işçinin aynı gün aynı doktordan rapor olarak birlikte tatil yapmaları ve bunu sosyal medyada paylaşmaları, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olarak değerlendirilir ve işveren açısından haklı nedenle fesih imkânı doğurur. Yargıtay da benzer konuda aynı yönde hüküm kurmuştur<sup>55</sup>.

## **g. Çalışırken işyerinde kendisinin fotoğrafını çekerek sosyal medyada paylaşan işçinin iş sözleşmesi feshedilebilir mi?**

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları daha önce yazılı bildirim yapıp yapılmadığı, hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta ısrar edip etmediği, işin işleyişine etkisi ve özellikle bu durumun iş güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediği gibi hususların incelenmesi gerektiği yönündedir. Ancak, her durumda bu tür bir davranışın geçerli bir fesih sebebi olabileceği de vurgulanmaktadır<sup>56</sup>. Yine belirtmek gerekir ki, iş

<sup>55</sup> “Davacının raporlu olduğu tarihte sosyal medyada diğer şirket çalışanı Melih, sosyal medya hesabında; “... turu başlasın, biz yaşayalım siz dedikodusunu yaparsınız” yazısını paylaşmış, paylaşımın altına da “... ile (davacı) birlikte ... yolunda” notunu düşmüştür. Davalı işverence bu olayın ardından davacıdan 21/07/2015 tarihinde savunması talep edildiğinde, davacı 21.07.2015 tarihli savunmasında bu durumu kabul ederek ‘istirahatliydim, doktor temiz hava al dedi, bende memlekete gittim’ şeklinde beyanda bulunmuştur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacının ve iş arkadaşının aynı tarihte aynı doktordan ve aynı sebeple rapor aldıkları, arkadaşının sosyal medya hesabından raporlu olduğu gün davacı ile birlikte ... turuna çıktıklarını yazdığı, davacının işbu davranışı ile işverenin güvenini kötüye kullandığı, eyleminin yasa dışı olarak öngörülen doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olduğu, davacının seyahatinin turizm amaçlı olduğu açıkça ortadadır. Davacı savunmasında da bu durumu kabul etmiştir. Bu delil durumu karşısında, davalı işveren tarafından gerçekleştirilen fesih haklı sebebe dayandığından kıdem ve ihbar tazminat taleplerinin reddi yerinde, kabulü hatalıdır.” Y. 9. HD., 11.01.2021, 2018/5003 E. , 2021/159 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 19.08.2024)

<sup>56</sup> “Davacı işçi hakkında işveren tarafından çeşitli tutanaklar düzenlenmişse de tutanakların işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevlerinin hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar şeklinde bir bütünlük arz etmediği görülmüştür. Feshe konu edilen son eylem 2015 yılı 4. aya ait olup davacının işyerinde çalışırken kendi fotoğrafını çekip sosyal medya hesabında paylaştığı belirtilmiştir. Davacının daha önce de 2014 yılında cep telefonu ile oynadığı yönünde bir tutanak düzenlenmişse de davacının sözü edilen davranışının iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü yönünde herhangi bir iddiada bulunulmamış ve bu yönde bir delil ileri sürülmemiştir. Davacının tutanağa konu davranışları geçerli feshin sebebini oluşturabilir ise de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi kapsamında haklı fesih neden varlığı yönteminde kanıtlanamadığından davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken yazılı şekilde her

güvenliğinin doğrudan tehlikeye düşürülmesi hali genellikle doğrudan haklı nedenle fesih sebebi olacaktır. Yine belirtilmelidir ki, hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta ısrar etmesi durumu için de eylemler artası makul süreye dikkat edilmektedir

### **h. İşçinin bilgisayarından girdiği sosyal medya hesaplarına ait yazışmaların alınması suretiyle haklı nedenle fesih yapılabilir mi?**

İşçinin kullanmış olduğu sosyal medya hesapları kişisel veri kapsamında yer almakta olup işveren tarafından yasal dayanak olmadan elde edilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu<sup>57</sup> sonrasında bir işçinin kişisel verisinin elde edilmesi ise ya kanundan kaynaklanmalı yahut da açık rızaya dayanmalıdır. Yargıtay kişisel verilerin elde edilmesinin nasıl olduğu hususu üzerinde durmuş ve buna göre karar verilmesi yönünde hüküm kurmuştur<sup>58</sup>

---

*iki isteğin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y.9. HD., 14.12.2020, 2017/25172 E. , 2020/18264 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 19.08.2024)*

<sup>57</sup> Resmî Gazete Tarihi: 07.04.2016 Resmî Gazete Sayısı: 29677

<sup>58</sup> *“Davacı işçi iş sözleşmesinin işveren tarafından işyerinde kullandığı bilgisayarından facebook hesabına girilmek suretiyle sosyal medyada geçen yazışmaların hukuka aykırı şekilde elde edilmesine müteakip haklı neden olmaksızın feshedildiğini ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuş mahkemece sosyal medya hesabı ile ilgili yazışma içeriklerinin HMK’nın 189. maddesine göre hukuka aykırı olarak elde edildiği gerekçesiyle hukuka aykırı delil kullanılarak yapılan feshin haklı nedene dayanmadığı kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı hüküm altına alınmıştır. Mahkemece sosyal medya hesabına ait yazışma içeriklerinin ne şekilde elde edildiğine dair deliller toplanmamış, facebook yazışmalarının getirilmesi kararından vazgeçerek başkaca delil toplanmaksızın karar verilmiştir. Temyiz dilekçesinde davacı işçinin şirket yöneticisi hakkında yaptığı şikayet üzerine özel hayatın gizliliğini ihlal etmek suçundan kamu davası açıldığı ve beraatine karar verildiği belirtilmiş bu yönde dosya numarası açıklanmıştır. Mahkemece sözü edilen ceza dosyası getirilmeli, aynı zamanda dosya kapsamında tarafların dayandıkları deliller toplanmak suretiyle feshe konu sosyal medya yazışmalarının davalı işveren tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilip edilmediği tespit olunmak suretiyle davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı yönünden bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y.9. HD., 12.03.2020, 2016/15456 E., 2020/4319 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 19.08.2024)*

### **i. Sosyal medya üzerinden işverene yönelik yapılan eleştiri niteliğindeki paylaşımlar haklı veya geçerli nedenle fesih sebebi olabilir mi?**

İşçilerin zaman zaman işveren aleyhine sosyal medya paylaşımları yaptıkları görülmektedir. Burada önemli olan paylaşımların içeriğidir. İçerik olarak iftira niteliğinde ahlaka adaba aykırı bildirimler haklı nedenle fesih imkânı doğurabilecekse de kendi görüş ve düşüncesi açıklayan eleştirel paylaşımlar genellikle geçerli nedenle fesih olarak değerlendirilmelidir<sup>59</sup>.

### **j. İşçinin rakip firmada çalışan işçilerle sosyal medya üzerinden görüşmesi haklı nedenle fesih sebebi midir?**

İşçilerin rakip firma işçileri ile sosyal medya üzerinden takipleşmeleri veya kendi özel konularına ilişkin görüşmeleri hukuksal olarak herhangi bir sorun taşımaz. Burada dikkat edilmesi gereken husus rakip firma işçileri ile görüşülen konunun içeriğidir. Bu kapsamda konuşulan konuların şirketlerin işleyişine ilişkin olup olmadığı, işçinin sadakat borcunu ihlal edip etmediği gibi hususlar önemlidir. Yargıtay bu durumda konuşulan konuların içeriğini hassas olarak incelemekte, işyerine açıkça zarar verdiği tespit edilemeyen hususlarda sadece yapılan yazışmaların haklı neden değil geçerli nedenle fesih sebebi dahi oluşturmayacağı yönünde hüküm kurmaktadır<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, hukuki ilişkinin nitelenendirilmesine ve özellikle davacının yüzlerce çalışanların bulunduğu davalı işverenin facebook sayfasında "kan ter içinde çalışıyoruz. Bayram paralarımızı, primlerimizi dahi vermediler. Paraya doymadınız. LCW. Senin bayramın kutlu olmasın" ve "kendi terimizle dış alıyoruz ona rağmen bayramda parasız bıraktılar, ayrıca sistemin şakşakçılarının değil emeğin yanında ol " şeklinde yorumlar yazarak işverene hakaret etmediğinin ancak icapsız söz ve davranışlarda bulunduğu, iş sözleşmesinin feshi haklı neden ağırlığında olmasa da davacının eylemleri ve sözleriyle işyerinde olumsuzluğa neden olduğundan işveren açısından iş ilişkisinin sürdürülmesinin beklenemeyeceğinin ve feshin geçerli nedene dayandığını anlaşılmasına göre..." Y. 9. HD., 04.02.2019, 2018/5823 E. , 2019/2609 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 19.08.2024)

<sup>60</sup> "Davacının, dava dışı arkadaşı ile yaptığı facebook görüşmesinin içerik itibarıyla, arkadaşça yazıldığı, mesajda davacının "beni de bekleyin çok yakında" dediği, cevaben "sensiz zaten düşünülemez" karşılığının verildiği, bu şekilde cevap verilmesinin işçi - işveren arasındaki güven ilişkisini zedelediği şeklinde yorumlanamayacağı , dava dışı ... ile davacı işçi arasında imzalanmış bir iş sözleşmesinin varlığına dair herhangi bir delilde bulunmadığı

İşçiler tarafından işveren aleyhine haklı neden oluşturacak nitelikte olmasa da sadakat ve güven ilişkisini zedeleyecek nitelikte paylaşım yapılması da işveren açısından geçerli nedenle fesih sebebi olarak görülmüştür. Yani güven sarsıcı nitelikteki sosyal medya paylaşımları işveren açısından geçerli nedenle fesih sebebidir<sup>61</sup>.

### 3. Cep Telefonu Kullanımı

#### a. İşyerinde cep telefonu ile meşgul olma performansına dayalı bir fesih gerekçesi olabilir mi?

İşyerinde sık sık telefonla meşgul olmak günlük hayatta karşılaşılan bir durumdur. Ancak bu durumun herhangi bir nedenle feshine sebebiyet vermesi ise somut olayın hassas olarak incelenmesine bağlıdır. İşçinin yaptığı işte boşluk olduğu anda işine bakması, yani işini aksatmadan devam ettirmesi ile mevcut işini aksatması ve buna bağlı olarak performansında düşüklük yaşanması gibi çeşitli örnekler verilebilir. Yargı kararlarında telefonla meşgul olmanın işe yönelik performansını etkileyip etkilemediği ayrıca değerlendirilmektedir<sup>62</sup>.

---

*anlaşıldığından, feshin haksız olup, davanın kabulü ile davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken reddi hatalıdır.” Y.9. HD., 26.09.2018, 2018/2937 E., 2018/21522 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.08.2024)*

<sup>61</sup> “Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacı tarafca yazıldığı sabit olan tweetlerin içerdiği olumsuz ifadeler var olmakla birlikte iş akdinin haklı nedenle tazminatsız feshini gerektirecek ağırlıkta olmadığı, fakat öte yandan güven ve sadakat esasına dayalı işçi işveren ilişkisini de sarsıcı nitelikte olduğu, işverenin böyle bir personel ile çalışmasının da beklenemeyeceği ve bu çerçevede ancak geçerli fesih şartlarının bulunduğu, dolayısıyla davacıya tazminat hakları verilmek üzere feshin olması gerektiği davalının iş sözleşmesini fesihle haksız olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.” Y. 9. HD., 02.03.2015, 2013/14024 E. , 2015/8680 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.08.2024)

<sup>62</sup> “İşveren, fesih nedeni olarak performans düşüklüğüne dayanmış olup, fesih bildiriminde ise herhangi bir olguya dayanmamaktadır. Mahkemece davacı işçinin işyerinde cep telefonu ile ilgilendiği gerekçesiyle geçerli fesih olgusunu gerçekleştirdiği yönündeki kabulü işveren savunması ile çelişmektedir. Davalı, performans düşüklüğüne dayalı feshi kanıtlayamadığına göre davacının feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi yerindedir. Ancak, dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin işyerinde yapılan sendikal faaliyetlere bağlı olarak işverence sona erdirildiği anlaşılmakla hükmün bozulmasına, davacının işe iadesine ve tazminatın 6356 sayılı Kanun 25.maddesi uyarınca belirlenmesine karar vermek gerekmiştir.” Y. 9. HD., 19.11.2014, 2014/19863 E. , 2014/34563 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 17.08.2024)

### **b. Cep telefonu ile meşgul olmak hatırlatıldığı halde görevini yapmamak gerekçesiyle feshedilebilir mi?**

Cep telefonu ile sık sık meşgul olan bir işçinin iş sözleşmesinin işini ihmal etmesi yahut da hiç yapmaması halinde iş sözleşmesi İş Kanunu m. 25/2h kapsamında yani işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi halinde haklı nedenle feshedilebilir. Ancak bunun için işçinin işini yapmadığı ve bu konuda uyarıldığı yönünde ispat yükü işverene aittir<sup>63</sup>.

Hatırlatıldığı halde görevini yapmama yahut da işin güvenliğini tehlikeye düşürme olguları tam ispatlanamasa da varlıkları yönünde şüphe oluşturmaları halleri geçerli nedenle fesih sebebi olabilir. Nitekim bu gibi durumların Yargıtay tarafından haklı nedenle fesih sebebi olamayacağı yönünde hüküm kurulmaktadır<sup>64</sup>.

### **c. Cep telefonu ile meşgul olan işçinin iş sözleşmesi işin güvenliğini tehlikeye düşürmek gerekçesiyle feshedilebilir mi?**

İşin güvenliğini tehlikeye düşürmek nedeniyle fesih İş Kanunu m. 25/21'da yer almıştır. Ancak işin güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi hiç şüpheye yer vermeyecek şekilde ispat edilmelidir. İşin güvenliğinin tehlikeye düştüğü somut olaydan anlaşılıyorsa Yargıtay bu konuda doğrudan haklı nedenle fesih olgusunun varlığını kabul etmektedir.

<sup>63</sup> "Somut uyuşmazlıkta, davacıya 27.03.2014 tarihinde cep telefonuyla uğraşmaması gerektiği konusunda bildirim yapıldığı, ancak davacının bu bildirimle rağmen yine de telefonla uğraştığı tekrar hatırlatmada bulunulduğu ancak davacının bu hatırlatmaya rağmen telefonla uğraşmaya devam ettiği konusunda bir tutanak bulunmadığından davranışının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-h maddesine girmeyeceği açıktır." Y. 9. HD., 23.12.20215, 2015/24759 E. , 2015/36525 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024)

<sup>64</sup> "Feshe konu edilen son eylem 2015 yılı 4. aya ait olup davacının işyerinde çalışırken kendi fotoğrafını çekip sosyal medya hesabında paylaştığı belirtilmiştir. Davacının daha önce de 2014 yılında cep telefonu ile oynadığı yönünde bir tutanak düzenlenmişse de davacının sözü edilen davranışının iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü yönünde herhangi bir iddiada bulunulmuş ve bu yönde bir delil ileri sürülmemiştir. Davacının tutanağa konu davranışları geçerli fesih sebebinin oluşturabilir ise de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi kapsamında haklı fesih neden varlığı yönteminde kanıtlanamadığından davacının kadem ve ihbar tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken yazılı şekilde her iki isteğin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y. 9. HD. 14.09.2020, 2017/25172 E. , 2020/18264 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.07.2024)



Nitekim burada önemli olan riskin meydana gelmesi değil işin güvenliğinin tehlikeye düşmesidir<sup>65</sup>. Somut olayda bu durum net olarak anlaşılamiyorsa yargı aşamasında konuya ilişkin bilirkişi raporu aldırılarak işin güvenliğinin tehlikeye girip girmediğinin incelenmesi gerekmektedir<sup>66</sup>.

#### **d. Mesai saatleri içerisinde cep telefonundan oyun oynamak, mesajlaşmak vs. konulara ilişkin sitelerde bulunmak işveren açısından haklı nedenle fesih sebebi midir?**

Mesai saatleri içerisinde iş harici cep telefonu ile meşgul olmak farklı sitelere girmek işveren açısından somut olaya göre haklı yahut da

<sup>65</sup> “Somut uyuşmazlıkta, davacının iş akdi, iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ve işveren hakkında asılsız ithamlarda bulunduğu iddiasıyla haklı sebeple feshedildiğinin savunulduğu, fesih sebebi olarak gösterilen davacının mesai saatleri içinde cep telefonu ile oynaması ve bir elinde tespih bulundurması olayı ile ilgili olarak savunmasının alındığı, davacının savunmasında olaya dair bir açıklama yapmadığı, davacının iş sağlığı ve güvenliği talimat tutanağını imzaladığı ve ilgili tutanakta işyerinde çalışırken sarkan ve düşebilen aksesuar bulundurmasının yasak olduğunun belirtildiği ayrıca cep telefonu bulundurmanın da aynı talimat tutanağı ile yasaklandığı anlaşılmaktadır. Makine operatörü olarak çalışan davacının yaptığı iş dikkate alındığında kullandığı makinelere takılarak kendisine veya başka bir çalışana zarar verme ihtimali bulunan tespihle iş başı yapmasının iş güvenliğini tehlikeye düşüreceği açıktır. Davacının davranışları işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. Davanın reddi yerine yanlıgılı değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 9. HD., 29.11.2017, E. 2017/26995, K. 2017/19335. (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.07.2024)

<sup>66</sup> “Dosya içeriğine göre, davalı işyerinde dilimleme operatörü olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, tüm dikkatini makineye vermesi gerekirken sandalyede oturup telefonu ile uğraşarak işin güvenliğini tehlikeye soktuğu ve birçok kez aldığı eğitimlerde öğrenmesine ve son olarak üretim müdürünün 09.01.2014 tarihinde verdiği eğitimde üretim alanına telefon götürülmesi gerektiği kuralma aykırı davrandığı... Davacıya verilen eğitimlerde üretim alanında cep telefonu bulundurulmaması gerektiği bildirilmiş olup davacının buna aykırı ilk davranışı üzerine doğrudan fesih yapılması ölçülü kabul edilemez. Ancak bunun kabul edilebilmesi için davacının davranışının iş güvenliğini tehlikeye düşürmemesi gerekir. Eğer davacının davranışıyla işin güvenliği tehlikeye düşüyorsa yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmelidir. Bu nedenlerle davacının makine başında sandalyeye otururken cep telefonu ile meşgul olmasının iş güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediği konusunda makine mühendisi ve iş güvenliği alanında uzman bilirkişi eşliğinde iş yerinde keşif yapılmak suretiyle ortaya çıkarılıp iş güvenliği tehlikeye düşmekteyse feshin haklı nedene dayandığının kabulü; iş güvenliği tehlikeye düşmüyorsa davacıya ilk davranışı üzerinedir uyarı veya başka bir disiplin yaptırımını uygulanmadan doğrudan feshin yapılmasının ölçülü olmayacağından feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir. Eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.” Y. 9. HD., 23.12.2015, 2015/24759 E. , 2015/36525 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.07.2024)

geçerli nedenle fesih sebebi olabilir. Ancak bu konuda ispat olgusu önem arz etmektedir. Yani sadece girilen sitelerin mahkemeye sunulmasından ziyade siteye girilen saatlerin, yapılan işin konusu ile girilen sitenin ilgisinin olmadığı hususlarının da mutlaka net bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca konuya ilişkin işçinin yazılı savunmasının olması da oldukça önem arz etmektedir. Yargılama aşamasında feshe konu gerekçelerin de detaylı olarak açıklanması gerekmektedir. Belirtilen hususlar gözetilmeden verilen kararların da Yargıtay tarafından kabul görmemektedir. Yargıtay kanaatimizce biraz da zorlama yaparak işçinin o saatlerde ilgili sitelerde ne yaptığının da işçiye sorulması gerektiği yönünde hüküm kurmaktadır<sup>67</sup>.

#### 4. WhatsApp Grup Yazışmaları

##### a. İşçilerin kendi aralarında WhatsApp grubunda yaptığı yazışmalar fesih sebebi olabilir mi?

İşyerinde çalışan işçilerin kendi aralarında yazışmak için kurmuş oldukları WhatsApp gruplarında yapılan yazışmalar yargı kararlarında gizli bir verinin elde edilmesi olarak görülmektedir. Konuya ilişkin herhangi bir uyuşmazlık halinde yazılan hususlara ilişkin inceleme

<sup>67</sup> “Somut olayda, bozma ilamından sonra devam edilen yargılamada dosyaya giren ... İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin 25.12.2015 tarihli yazı cevabı ekinde, davacı adına kayıtlı “0 533 224 .....” numaralı hattan internet kullanım sürelerini gösterir ikiyüzyirmiiki adet sayfa dökümü içerir CD gönderilmiştir. Söz konusu dökümde, internet kullanım süreleri ve saatleri tarihleriyle birlikte yazılıdır. Davalı işverence, davacının mesai saatleri içerisinde, “facebook”, “messenger” gibi uygulamalar ve oyun oynamak suretiyle zaman geçirdiği savunulmaktadır. Mahkemece, söz konusu belgelerin incelenmesi için dosya bilirkişiye tevdi edilmiş ise de, bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, mesai saatlerine denk gelen internet kullanım süreleri denetime açık bir şekilde değerlendirilmemiştir. Diğer taraftan, davacı asılın bu döküme karşı diyeceklerin sorulması ve alınacak beyanının da değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Anılan sebeplerle, öncelikle davacı asıl, hakimın davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında dinlenilerek, bahsi geçen “0 533 224.....” numaralı hatta ait internet kullanım sürelerine ilişkin döküme karşı diyecekleri sorulmalıdır. Davacı asılın alınacak beyanına göre, internet kullanım sürelerine ilişkin ilave olarak araştırılması ya da üzerinde durulması gereken husus bulunup bulunmadığı da tartışılmalıdır. Ardından, internet kullanım süreleri ve mesai saatlerinin çakıştığı süreler denetime elverişli olacak şekilde tarihleriyle birlikte tespit edilmeli ve neticeye göre bir değerlendirme yapılarak, feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı noktasında sonuca gidilmelidir. Eksik inceleme ve değerlendirmeye karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y. 22. HD., 14.03.2017, 2017/248 E. , 2017/5281 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 14.08.2024)

Yapılmakta olup yazının niteliğine göre hüküm kurulmaktadır<sup>68</sup>. Çeşitli yargıtay kararlarında işçilerin kurmuş olduğu grupların gizlilik taşıdığı buradaki verilerin bir kişisel veri niteliği taşıdığı belirtilmektedir. Yargıtay'a göre, WhatsApp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içerisinde iletişim gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve üçüncü kişilere kapalı bir konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır<sup>69</sup>. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları istikrar kazanmıştır<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> “Somut olayda; davacının iş sözleşmesi 22/07/2015 tarihli fesih bildiri ile müşterilere hizmet verme konusunda yetersiz kaldığı, otelde görev yapan personeller arasında oluşturulan whatsapp yazışma grubunda amirleri... ve .... e karşı küçük düşürücü ve aşağılayıcı beyan ve hitapta bulunduğu otel müdürü... hakkında ise kasten aleyhe beyanlarla anket dolduracağı ve bu hususu kendisine karşı bir tehdit unsuru olarak kullanacağını beyan ettiği tespit edilerek 4857 Sayılı Kanun'un 25/II-b-e maddesi gerekçe gösterilerek son verilmiştir. Oysa dosyaya sunulan whatsapp yazışmalarında davacı ile amiri konumundaki... ile olan yazışmalarda eleştiri sınırlarını aşan hakaret nitelikli her hangi bir söz bulunmamaktadır. Dosya içerisinde bulunan bilgi ve belgeler, tanık ifadeleri ve tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; işsizleşmesinin feshinin haksız olduğunun kabulü gerekir. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteminin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 22. HD., 26.02.2019, 2016/25416 E. , 2019/24401 K. (Legalbank, Kazancı, Erişim Tarihi: 14.08.2024)

<sup>69</sup> Y.9. HD., 01.06.2017, 2016/14205 E., 2017/9526 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.08.2024)

<sup>70</sup> “Whatsapp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içerisinde iletişim gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve 3. kişilere kapalı bir konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır. Somut uyuşmazlıkta, whatsapp konuşmaları gizlilik içeren kişisel veri niteliğinde olduğundan, salt nasıl temin edildiği anlaşılamayan bu yazışmalara dayanılarak iş aktinin feshi haksız olup, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü yerine reddi hatalıdır.” Y. 9. HD., 10.01.2019, 2018/10718 E. , 2019/559 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.08.2024)

## **b. WhatsApp kayıtları psikolojik taciz iddiasında kullanılabilir mi?**

Yargıtay'ın psikolojik tacize ilişkin vermiş olduğu kararlar incelendiğinde dosyaya sunulan WhatsApp yazışmalarına itibar edildiği görülmektedir. Bu kapsamda işçi tarafından herhangi bir taciz vs iddianın ispatlanabilmesi için dosyaya sunulan WhatsApp kayıtlarının delil olacağı görülmektedir<sup>71</sup>.

## **c. İşçinin WhatsApp grubuna yazdığı beyana dayalı olarak mahkemede gerekçe kurulabilir mi?**

İşyerinde işçiler arasında kurulu olan WhatsApp gruplarına işçilerin göndermiş oldukları mesajların özgür iradesine dayandığı kabul görmektedir. Bu kapsamda gruba yapılan beyanın aksine bir iddiada bulunulması halinde bu durumun işçi tarafından net olarak ispatı gerekmektedir. Aksi halde Yargıtay tarafından gruba yazılan mesajın gerçek iradeyi yansıttığı kabul edilmektedir<sup>72</sup>. Yargıtay başka bir kararında da

<sup>71</sup> "Dosya kapsamındaki tanık anlatımları, e-posta, whatsapp yazışma içerikleri birlikte değerlendirilip olayların kronolojik sıralamasına bakıldığında, olayın muhatabı davacı işçinin konuya ilişkin şikâyetini üst makamlara bildirmesi sonrasında da işveren vekilinin işle bağlantılı olmayan ve ilgisini belli edecek şekilde davranmaya devam ettiği, davacının ayrıca yıldırma, pasifize etme amacına yönelik işveren vekili davranışlarına maruz kaldığı anlaşılmaktadır. Temadi eden bu davranışlar nedeniyle davacının sağlığında zarar meydana geldiği, bu sebeple psikolojik destek aldığı, iddia edilenler ile belirtilen eylemlerin birbirleriyle örtüştüğü ve bu suretle davacının işyerinde psikolojik taciz ve baskıya uğradığı sonucuna ulaşılmıştır." Y. 9. HD., 25.05.2022, 2022/4922 E. , 2022/6503 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.08.2024)

<sup>72</sup> "Davacı iş akdine haksız olarak son verildiğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı talebinde bulunmuş, davalı ise davacının kendi işini kurmak için istifa ederek işten ayrıldığını savunmuştur. Ancak dosya kapsamında bulunan işten ayrılma bildirgesi incelendiğinde davacının imzasının bulunduğu ve işten ayrılma nedeni olarak kod 3 (istifa) çıkış kodunun gösterildiği anlaşılmıştır. Ayrıca davacı tarafından şirket whatsapp grubuna gönderilen mesajda şirket çalışanlarına yönelik olarak "merhaba gülersen yağlama cihazlarındaki 14 yıllık çalışma hayatımı bitirmiş bulunmaktayım herkes hakkını helal etsin" şeklinde açıklama yapıldığı görülmüştür. Buna göre davacının işten kendisinin ayrıldığını kabulü gerekirken yazılı şekilde iş akdine haksız bir şekilde son verildiğinin kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin hüküm altına alınması hatalı olup bozma nedenidir." Y9HD., 06.09.2021, 2021/11924 E. , 2021/16153 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.08.2024)

WhatsApp dökümlerini doğrudan delil olarak kabul edip gerekçesinde yer vermiştir<sup>73</sup>.

#### **d. İşçinin diğer bir işçiye WhatsApp üzerinden hakaret etmesi haklı nedenle fesih sebebi oluşturur mu?**

İşçinin diğer bir işçiye mesaj yolu ile hakaret etmesi ve bunun ispatlanması halinde, Yargıtay bu durumu işçinin işyerinde diğer bir işçiye satışması olarak kabul etmiş ve iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceğine hükmetmiştir. Bu konuda hakaret eyleminin mutlaka yüz yüze olması gerekmemektedir<sup>74</sup>.

#### **e. WhatsApp grubuna sinkaflı mesaj yazmak fesih sebebi midir?**

İşçiler tarafından oluşturulan WhatsApp grubuna sinkaflı mesaj yazmak fesih sebebidir. Ancak feshin haklı mı yoksa geçerli nedene mi dayandığı hususu mesajın kime ve hangi amaca yöneldiği ile ilgilidir. Yargıtay kimi hedef alındığı bilinmeyen sinkaflı bir mesaj sonrası geçerli nedenle fesih olabileceği yönünde hüküm kurmuştur<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Y.9. HD., 12.02.2018, 2018/146 E., 2018/2939 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.08.2024)

<sup>74</sup> "Somut uyuşmazlıkta dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden; iş akdinin feshine sebep olan olay, davacının davalının bir diğer işçisi ...'e telefon mesajı ile hakaret etmesi olup, bu durumun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II-d maddesine göre işveren açısından haklı fesih sebebi olduğu sabittir. Esasen davacı da fesih konusu eylemi işverene sunduğu yazılı savunmasında ikrar ederek attığı mesajın arkasında olduğunu beyan etmiştir. Davacının sarf ettiği sözler satışma niteliğinde olduğundan işverence yapılan fesih haklı nedene dayanmaktadır. Davacının işe iade talebinin reddi yerine, yazılı gerekçelerle kabulü hatalıdır." Y. 9. HD., 28.11.2018, 2018/2785 E., 2018/21795 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024)

<sup>75</sup> "Dosyadaki bilgi ve belgeler ile taraf tanık anlatımları değerlendirildiğinde davacının bir kısım işçilerin oluşturduğu whatsapp grubunda sinkaflı bir mesaj attığı sabittir. Ancak dosya kapsamından bu mesajın kime yönelik atıldığı tam olarak belirlenemediği için davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı ortadadır. Fesih haklı nedene dayanmasa da davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve yapılan feshin haklı olmasa da geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın bu gerekçe ile reddi gerekirken iş akdinin haklı nedenle feshedildiği gerekçesiyle reddi hatalı olup İlk Derece Mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekmektedir." Y.9. HD., 15.01.2020, 2019/7066 E. , 2020/357 K. Aynı yönde, Y.9. HD., 09.02.2017, 2016/3776 E., 2017/1428 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024)

### f. Kendisine gelen bir fotoğrafı başkası ile paylaşan işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçinin mevcut pozisyonu önem arz eder mi?

İşyerinde çalışan bir işçinin fotoğrafının yahut da kişi hakkında bir bilginin herhangi bir işçi tarafından WhatsApp gruplarında yahut da başka birisiyle paylaşılması genel olarak etik bir davranış olarak değerlendirilmez. Fakat bu gibi durumlar somut olayın özelliği ve paylaşılan bilgi/belgenin niteliği doğrultusunda hüküm kurulmaktadır. Bazı kararlarda ise hiçbir zarar ortaya çıkmasa dahi paylaşımı yapan kişinin konumu ve kendisinden beklenen özen yükümlülüğü dikkate alınarak haklı veya geçerli nedenle bir fesih yapılabileceği yönünde hüküm kurulmaktadır<sup>76</sup>.

İşçiler arasında WhatsApp grubu yazışmalarında feshe gerekçe olacak nitelikte bir olgunun varlığını ispat yükü işverene aittir. İşçilerin eleştirel düzeyde kalan yazışmaları fesih için haklı veya geçerli bir neden oluşturmaz<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> “Dosya kapsamına göre, bankada destek personeli olarak çalışan dava dışı...’nin güvenlik kamerası izleme odasında, genel müdür ile yönetim kurulu başkanın odalarının bulunduğu koridoru güvenlik kamerasından izlerken, genel müdürün odasının önünde bulunan kutularını görmesi üzerine, genel müdürün görevden ayrılacağı düşüncesiyle ekrandaki görüntüyü fotoğrafladığı ve cep telefonundaki whatsapp programı ile paylaştığı anlaşılmaktadır. Davacının da, kendi telefonuna ulaşan bu fotoğrafı, müfettiş arkadaşıyla iletişim kurduğu gruba gönderdiği sabittir. Halka açık bir şekilde bankacılık faaliyetinde bulunan, borsada hisse senetleri işlem gören ülkemizin sayılı bankalarından olan davalı bankanın genel müdürünün görevden alındığı izlenimini verecek nitelikteki bu görüntünün, kurum dışına sızması, özellikle basma yansımaları durumunda ekonomik açıdan sakıncalar doğacağı açıktır. Müfettiş olarak çalışan davacının belirtilen bu sakıncaları öngörerek davranması beklenir. Kendisine bir başka çalışan tarafından whatsapp programından iletilen fotoğraf paylaşmaktan ibaret olan davacının davranışları fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiğinden 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir.” Y. 9. HD., 09.05.2017, 2017/32592 E., 2017/10720 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.08.2024)

<sup>77</sup> “Dosya içeriğine göre davalı işyerinde satış uzmanı olarak çalışan davacı ve aynı konumdaki diğer çalışanlar, çalışma koşullarının olumsuz olarak değiştirilmesi, ücret politikası, mobbing uygulanması nedeni ile toplu imza ile istekte bulunmuşlar ve mailler göndermişlerdir. Aynı zamanda da iletişim için Whatsapp sistemi içinde grup kurmuşlardır. Burada da çalışma koşullarının olumsuzluğu, yöneticilerin tutumları ve davranışları hakkında yorumlarla yazışmalarda bulunmuşlardır. Bu iletişimlerin dosyadaki çözümlerine göre genel olarak mesai saatleri dışında olduğu görülmektedir. Davacı ve diğer arkadaşlarının Whatsapp grubu içindeki

## **g. İşyeri amiri tarafından çalışanlara yönelik WhatsApp'tan gönderilen tehdit mesajları nedeniyle işyeri amirinin iş sözleşmesi haklı veya geçerli nedenle feshedilebilir mi?**

İşyeri amiri tarafından işçilere yönelik gönderilen tehdit veya aşağılayıcı ifade içeren mesaj ve e-maillerim varlığı halinde işveren bakımından fesih sebebi oluşmaktadır. Ancak yazılı olan içeriğin esas feshin haklı veya geçerli olup olmayacağını gösterecektir<sup>78</sup>.

*bu yazışmaları, aynı grup içinde yer alan diğer bir işçi tarafından işverene iletilmiş, işveren bunun üzerine grupta yer alan işçilerin savunmasını alarak, davacı ve diğer işçilerin iş sözleşmelerini feshederken, ileten işçiye ise ihtar cezası vermiştir. Grup içi konuşmaların gizli kalması esas olduğu gibi genel olarak bakıldığında çalışma koşullarının olumsuzluğu, işveren ve yöneticilerin eşit davranmama, mobbing niteliğindeki tutumlarının dile getirildiği tespit edilmiştir. İşveren gizli kalması gereken verileri yasak bir şekilde elde ettiği gibi kendisine veren ve aynı konuşmalarda bulunan işçiye davranışı nedeni ile ihtar cezası vermek sureti ile de bilgi veren işçisini korumuştur. İşçilerin işyerinde mailleri, işverene bildirimleri işçilik hakları ile ilgili demokratik talep niteliğinde olup, bu tür barışçıl davranışların fesih nedeni yapılması doğru değildir. İspat yükü kendisinde olan davacı işveren haklı ve geçerli feshi kanıtlayamamıştır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.” Y.9. HD., 01.06.2017, 2016/14205 E., 2017/9526 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.08.2024 )*

<sup>78</sup> *“Dosyaya sunulan mail ve Whatsapp yazışmalarında davacının ... isimli çalışana gönderdiği mesajlarda “özellikle mi benim söylediklerimi yazmamakta direniyorsun veya sana öyle yapmamamı söyleyen birileri mi var. Her iki durumda da bundan sonraki birlikte çalışma ortamımız tehlikeye girer, sana şimdiden belirtiyorum. Şimdi maile dediğim hususu da ekleyerek yeniden yaz ve bilgiye ... adresini de eklemeyi unutma” ve “kim olursa olsun o kişi veya kişilere bizim departmanımızın iç işleyişimizle ilgili karşılıklı konuştuğumuz konuları sakın paylaşma, bu bilgiler daha sonra ikimizin de aleyhine kullanılabilir dikkatli ol” yazdığı ve diğer bir yazışmada da “unutma sen teknik kalite müdürlüğü personelinin yanında döndüğümde benimle çalışacaksın, sadece günlük olayları değil tüm ekstra ve anlık gelişmeleri bana bildir.....” yazdığı görülmektedir.” (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024) Somut olayda işyerinde teknik kalite müdürü olarak çalışan davacının amirlerine ve iş arkadaşlarına karşı bilgilendirme ve onay alma yükümlüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle fesihten önce uyarıldığı ve izinli olduğu dönemde diğer bir çalışan olan ...'a maillerle ve mesajlarla üstü örtülü tehditlerle baskı yaparak onu kontrol altında tutmaya çalıştığı ve davacının bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. Buna göre, feshin haklı nedene değil ancak geçerli nedene dayandığının kabulü ile davanın reddi gerekirken Mahkemece yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır. Y9HD., 17.06.2019, 2019/823 E., 2019/13484 K (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024)*

## 5. E-Mail İçerikleri

### a. İşyerinde amirlere karşı ithamlarda bulunmak suretiyle gönderilen e-mail haklı veya geçerli nedenle fesih sebebi midir?

Yargıtay'a göre amirlerini de kapsar şekilde ithamda bulunan, küçük düşürücü ifadelerle yer verilen eleştirel maillerde genellikle e-mailin içeriğine göre geçerli nedenle fesih yapılabilir<sup>79</sup>. Ancak ithamların iftira veya ahlak ve adaba aykırı nitelikte olması halinde haklı nedenle fesih yapılmasında bir engel olmayacağı da belirtilmelidir<sup>80</sup>.

### b. İşverene e-mail üzerinden hakaret eden işçinin ceza mahkemesinden beraat alması, haklı nedenle fesih yapılmış olmasını etkiler mi?

Bu durumda ceza mahkemelerinin kararları hukuk mahkemelerini bağlamaz. Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşü de bu doğrultudadır. Bir Yargıtay kararında somut uyuşmazlıkta davacının hakaret ve tehdit suçlarından dolayı sanık olarak yargılandığı ceza mahkemesinin hakaret suçu ile ilgili beraat kararının gerekçesi, usulüne uygun bir arama ve el koyma kararı olmadan müşterinin kullandığı bilgisayar kontrol edilerek usulsüz delil elde edilmesine ve giyapta hakarete bulunması gereken ihtilat unsurunun bulunmamasına dayanmaktadır<sup>81</sup>. Anlaşılacağı üzere,

<sup>79</sup> "Somut olayda, davacının iş akdi yatan hasta hizmetleri sorumlusu ...'a göndermiş olduğu 07.08.2014 tarihli "niye yıllardır hemşirelik hizmetleri yöneticisi odayla uğraşırken kimsenin dikkatini çekmiyordu, neyse sağ ol, yönetimden ve hastaneden fazla beklentim var. Benim adamına göre iş yaptıklarını unuttum,geç çıkmaz herhalde odaya süsleme falan yapacaklar, iletin demi ... hanıma teşekkürümü olur da ben de görürsem ileticem yarm, zaten hafta sonu geliyor, keşke egosunu başka yerde tatmin etseydi" içerikli mailler nedeniyle 29.09.2014 tarihinde toplanan disiplin kurulu kararı ile tazminatsız olarak sona erdirilmiştir. Davacının gönderdiği maillerde ismi geçen ....'nın genel müdür yardımcısı olduğu da dikkate alındığında maillerde kullanılan ifadelerin işyerinde olumsuzluğa yol açacağı açık olup, davacının feshe konu sözleri fesih için haklı neden olmasa bile geçerli neden teşkil eder. Mahkemece, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilerek davanın reddi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile kabulü hatalıdır. Y. 7.HD., 10.12.2015, 2015/28605 E. , 2015/24943 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.08.2024)

<sup>80</sup> Y.9. HD., 09.05.2016, 2016/14115 E., 2016/11506 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 19.08.2024)

<sup>81</sup> Y.9. HD., 09.05.2016, 2016/14115 E., 2016/11506 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.08.2024)



ceza mahkemesinin beraat gerekçesi, hakaret fiilinin olmadığına değil, usulsüz delil elde edilmesine ve gıyapta hakaret suçunun unsurlarının bulunmadığına dayanır. Davacı tarafından davalı şirketin sahibine hakaret içeren e-mail kayıtları nedeniyle davacının iş akdinin işverence feshinin haklı olduğu, davacı hakkında verilen beraat kararının hukuk haki-mini bağlamayacağı gözetilmeden, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi yerine kabulü hatalıdır<sup>82</sup>.

### **c. Kendi özel ilişkilerinde aşırı küfürlü konuşan bir işçinin hatalı olarak farklı bir işçiye sinkaf içeren e-mail göndermesi iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir mi?**

Normal koşullarda kişilerin özel hayatında işe, işverene yahut da diğer bir işçiye karşı olmayan söz ve davranışları istisnai durumlar hariç herhangi bir nedenle fesih sebebi sayılamaz. Ancak böyle bir durumun varlığı işyerinde öğrenilmiş ve somut olayın içeriğine göre güven duygusunu sarsacak nitelikte ise Yargıtay yerleşik içtihadına göre bu nedenle yapılacak feshin geçerli bir neden oluşturmaktadır<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Y.9. HD., 09.05.2016, 2016/14115 E., 2016/11506 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.08.2024)

<sup>83</sup> "Somut uyuşmazlıkta, davacının iş akdi, şirketin web adresinin uzantısı elektronik posta adresinden küfürlü e-mailleri sehven işyeri çalışanı bir kadın işçiye gönderdiği, kadın işçinin bu durumu yetkililere bildirdiği ve bunun üzerine davacının savunması alındıktan sonra 06.10.2016 tarihli fesih bildirimini ile cevap dilekçesinde belirtilen sebeplerle, İş Kanununun 17. maddesi uyarınca kıdem ve ihbar tazminatının ödeneceği bildirilerek feshedilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden, sunulan CD içeriği ve CD. çözümüne ilişkin bilirkişi raporundan, davacının bölge adliye mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, davalı işveren tarafından tahsis edilmiş şirkete özgü elektronik posta üzerinden gerek işyerindeki çalışanlarla gerekse aynı faaliyet konulu farklı işyerlerinde çalışan 3. kişilerle mesajlaştığı, e-mail yazışmalarında (kararda yazılamayacak düzeyde) sürekli aşırı küfürlü bir dil kullandığı, bu küfürlü e-maillerin ve davacının özel yazışmalarını şirket web sitesi üzerinden yapmasının, küfürlü yazışmaların sehven diğer personele gönderilmesi üzerine ortaya çıktığı, özel yazışmalarında da olsa bu tür bir dil kullandığı ortaya çıkan işçinin davranışlarının iş akışını ve iş yeri çalışma huzurunu bozacak nitelikte olduğu, bu itibarla davalı işverenin davacının iş akdini feshinin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." Y. 9. HD., 14.02.2019, 2018/5891 E. , 2019/3653 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 21.08.2024)

#### **d. Amirlerine karşı ast üst ilişkisini aşacak şekilde yazışma yapılması ve sürekli olarak amirine mesaj atmak, e-mail atmak haklı veya geçerli nedenle fesih sebebi olabilir mi?**

İşyerlerinde belli bir düzenin korunması ve kurumsal yapının sağlanması için ast üst ilişkileri içerisinde dijital iletişim makul düzeyde olmalıdır. İletişimde saygı sınırları ve tekrar eder nitelikte baskılayıcı olması işveren açısından fesih sebebi olarak kabul edilmektedir<sup>84</sup>.

### **6. Kamera Kayıtları**

#### **a. İşyerinde açık bir alanı aleni olarak kayıt altına alan bir alana ilişkin kamera kaydı için işçinin yazılı rızasının alınması gerekli midir? İşveren bu kayıtlara göre fesih hakkını kullanabilir mi?**

İşyerinde açık bir alan kamera kaydı yapılıyorsa bunun için işçinin yazılı rızasının alınmasına gerek yoktur. Kamera kaydının alındığı alanda yaşanan bir olaya bağlı olarak işverenin fesih hakkını kullanabileceği Yargıtay'ın yerleşik görüşüdür<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> "Dosya içeriğinde davacıyla amiri ...'nın mail ve whatsapp yazışmalarının sunulduğu, bu yazışmalardan davacı ve ... arasındaki konuşmalarda üslubun ve içeriğin ast üst ilişkisini ihlal eder nitelikte olduğu, tarafların da kabulünde olduğu üzere davacının sürekli kendisine iş verilmediği veya işyerinde şikayetlerine cevap verilmediği gibi konularda şikayetçi olduğu, amirine çalışma düzenini bozacak sıklıkta şikayet içeren mailler yazdığı, davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve işin yürütümüne engel olduğu, iş ilişkisinin işveren açısından çekilmez hale geldiği anlaşılmaktadır. Davacının iş sözleşmesinin feshi davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi gerekirken hatalı gerekçe ile kabulü hatalıdır." Y. 9. HD., 12.02.2018, 2017/14638 E. , 2018/2329 K. (Legalbank, Erişim Tarihi:15.08.2024)

<sup>85</sup> "Davacı her ne kadar savunmasında müşteriye hakaret etmediğini ve saygısızlık yapmadığını belirtmişse de yargılama sırasında dinlenen tanıkların tartışma olayını doğruladıkları, dosyaya sunulan kamera kayıtlarından da davacının bakanlıkta genel müdür olarak çalışan müşteriyle bağırarak konuştuğu ve müşteri ayrıldıktan sonra "s....n götsin a.... k....n çocuğu" şeklinde hakaretlerde bulunduğu sabittir. Söz konusu olayda davacının müşteriyle tartışarak olumsuzluğa neden olduğu ve sinkaflı küfürler ettiği, bu davranışların doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmadığı, işveren açısından haklı fesih sebeplerinin doğduğu, resepsiyonu gören aleni kameraların kayıt yapması için işçinin yazılı rızasının alınmasının gerekmediği ve feshin haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine kabulü hatalıdır." Y.9. HD., 11.03.2019, 2019/ 891 E., 2019 / 5323 K. (Legalbank, Erişim Tarihi:15.08.2024)

## **b. İşyerinde bulunan kamera kayıtları iddia edilen herhangi bir olayın ispatı açısından kullanılabilir mi?**

İşyerlerinde güvenliği sağlamak ve işleyişi kontrol edebilmek için sesli ve/veya görüntülü kamera kayıtları kullanılmaktadır. Bu kapsamda kameraların gizli olmaması ve Kişisel Verileri Koruma Kanununa uygun bir şekilde veri işlemlerinin yapılıyor olması halinde bunlar yargılama- larda delil olarak kullanılabilecektir. Nitekim Yargıtay kararlarının bazı ge- rekçelendirilmelerinde de işyeri kamera kayıtlarına dayanılmaktadır<sup>86</sup>. Yargıtay içtihadına göre açık alanda yer alan kamera kayıtlarının delil olabilmesi bakımından işçinin kamera kaydı alındığına dair yazılı bir onay vermesine gerek yoktur<sup>87</sup>.

## **c. İşyerinde yaşanan bir hırsızlık olayında işçinin kamera açısını değiştirdiği tespit edilirse haklı nedenle fesih sebebi olarak değerlendirilebilir mi?**

İşyerinde yaşanan bir hırsızlık olayı incelenirken işçi aleyhine çok net bir veri olmadığı takdirde yalnızca kamera açısının değiştirilmesi

<sup>86</sup> "Mahkemece, "kamera kayıtlarının, iş akdinin feshi bildiriminde anlatıldığı haliyle davacının kasadan aldığı ve çantasma koyduğu hususunu ispatlar mahiyette görüntüler içermediği, ta- nık beyanlarının iş akdinin feshi bildirimindeki anlatılan olayları teyit eder mahiyette olma- dığı, davacının üzerindeki firma ürünü mont ile facebookta resmi olmasının iş akdinin feshine neden olabilecek mahiyette olmadığı" gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı vekilince dosyaya ibraz edilen ve .... 5. İş Mahkemesi'nin 2015/340 Esas sayılı dava dosya- sında aldırılan bilirkişi raporu incelendiğinde; davacının, masanın altında bulunan kasayı açtığı ve kasadan paraya benzer kağıtları aldığı, bu sırada odaya başka bir çalışanı girdiği ve davacının masanın üzerinde bulunan kağıtları düzelttiği bir kısmına kaşe yaptığı ve imzala- dığı, davacının bu işlemleri yaptığı sırada sol elinde paraya benzer kağıtların olduğu daha sonrasında da bunları çantasının içerisine koyduğunun belirtildiği görülmektedir. Dosya içe- risindeki bilgi ve belgeler ve cd çözümüne dair bilirkişi raporu dikkate alındığında, iş ilişkisi- nin devamı için gerekli olan güveni yıkmaya elverişli ciddi bir şüphe söz konusudur. Bu ne- denle iş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayanmasa da, geçerli nedene dayandığı kabul edil- melidir. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne hükmedilmesi hatalıdır. Y. 9. HD., 07.11.2017, 2016/30439 E. , 2017/17586 K. (Legalbank, Erişim Tarihi: 16.08.2024)

<sup>87</sup> "Söz konusu olayda davacının müşteriyle tartışarak olumsuzluğa neden olduğu ve siniklikli küfürler ettiği, bu davranışların doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmadığı, işveren açısından haklı fesih sebeplerinin doğduğu, resepsiyonu gören aleni kameraların kayıt yapması için işçinin yazılı rızasının alınmamasının gerekmediği ve feshin haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine kabulü hatalıdır." Y. 9. HD., 11.03.2019,2019/891 E., 2019/5323 K. (Kazanca, Erişim Tarihi: 17.08.2024 )

haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilmemektedir. Ancak yaşanan olayın içeriği de dikkate alındığında taraflar arasında çalışma ilişkisinin devamlılığı mümkün görülmediğinden iş ilişkisinin geçerli nedenle feshedilebileceği kabul edilmektedir<sup>88</sup>.

İş yargılaması açısından açık alandaki kamera kayıtlarının mahkemelerde doğrudan kullanıldığı görülmektedir<sup>89</sup>.

## 7. Parmak Basma ve Kart Okuma

### a. Parmak basma veya kart okuma sistemi ile giriş çıkış yapılan işyerlerinde ilgili kayıtlara elle müdahale ederek değişiklik yapmak fesih sebebi midir?

Birçok işyerinde işe giriş çıkış parmak okuma veya kart basma hatta retina taraması yolu ile yapılmaktadır. Konuya ilişkin kişisel verilerin korunması durumu açısından değerlendirme yapılmaksızın belirtilmelidir ki, işverenlerin buradaki amacı çalışma saatlerine uyulup uyulmadığının tespit edilmesi, resmi ve dini bayram çalışmaları ile fazla mesai yapılması halinde ücretlerin ödenebilmesidir. İşverenler açısından oldukça önemli olan bu kayıtlara işverenin bilgisi olmadan dışarıdan herhangi bir şekilde müdahale edilmesi işveren açısından fesih sebebidir. Bu durum genellikle haklı nedenle fesih sebebi oluşturmaktaysa da somut olayın özelliğine

<sup>88</sup> "Mahkemece kamera kayıtlarının incelenmesi sonrasında alınan raporda davacının davalıya ait bankamatiğe müdahale ettiğinin ya da bankamatikten para aldığı görünmediği, bu yönde başka bir delilin de bulunmadığı ve feshin haklı nedene dayanmadığı anlaşılmaktaysa da iç denetim raporunda ve bilirkişi raporunda tespit edildiği üzere davacının bankamatiklerin anahtarlarının olduğu çekmeceyi ve bankamatiği gören kamera açılarını birçok kez değiştirdiği ve bilgisayarın başında bu değişiklikleri takip ettiği bu eylemleri nedeniyle davacı işçiden şüphelenmekte haklı olan işverenin davacı ile çalışmaya devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği ve davalının şüphe nedeni ile iş akdini feshedebileceği anlaşılmakla mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır."Y.9. HD., 04.02.2019, 2018/11210 E. , 2019/2604 K. Kazancı, Erişim Tarihi: 17.08.2024)

<sup>89</sup> "Somut uyuşmazlıkta, dosyaya sunulan güvenlik kamerası görüntülerinden ve kavgaya karışan diğer işçi ... 'ın açtığı işe iade davasındaki mahkeme huzurunda alınan tanık ifadelerinden davacının kavgaya karıştığı sabittir. Ancak kavganın sebebine ve kavgayı kimin başlattığına dair yeterli veri bulunmamaktadır. Bu itibarla işverenin davacının iş akdini haklı nedenle feshettiği kabul edilemezse de davacının başka bir işçiyle kavga etmek şeklindeki eylemiyle işyerinde düzeni bozduğu, işyerinde olumsuzluğa ve huzursuzluğa yol açtığı, işverenin artık davacı ile çalışmaya devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği ve işveren feshinin geçerli nedene dayandığı anlaşılmakla davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır. Y. 9. HD., 11.03.2019, 2019/937 E., 2019/5269 K. (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.08.2024) .

göre ispat açısından şüphe duyulması halinde Yargıtay geçerli nedenle fesih olarak hüküm kurmaktadır<sup>90</sup>.

### **b. İşyerinde parmak basma sistemi ile çalışıldığı dönemde fazla mesai ücretini alamadığını iddia eden işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir mi?**

İşçi, ücretini alamadığını düşünüyorsa, bunu gerekçe göstererek her zaman iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Ancak, işyerinde parmak basma sistemi ile giriş çıkış kayıtları mevcutsa ve bu konuda usulsüzlüğe ilişkin başka bir iddia bulunmuyorsa, giriş çıkış kayıtlarının denetime elverişli bir şekilde incelenmesi yapılmadan yalnızca rapora dayanılarak hüküm kurulamayacağı Yargıtay'ın yerleşik görüşüdür.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> “Somut olayda işverenin davacının kayıtlarda değişiklik yaptıktan sonra sildiği iddiası bilirkişi raporunda belirtildiği şekilde kayıtların yapısı nedeniyle yedeklenmiş kayıtlarla karşılaştırma yapılmadığından ispatlanamamışsa da davalı işyerinde giriş çıkışların parmak basma suretiyle yapıldığı, işverenin de fazla mesai bu kayıtlara bakarak belirlediği, davalı işyerinde kart basma kayıtlarıyla hafta sonu fiilen çalışan işçilerin sayısının örtüşmediğinin tespit edilmesi üzerine bu durumun sebebinin araştırıldığı, davacının da savunmasının alındığı, parmak okuma sistemine giriş yetkisi olan davacının savunmasında daha önce fazla mesai yaptığı halde değişik sebeplerle kayıtlara bu durumu yansımayan bazı işçileri hak kaybı olmasın diye hafta sonları çalışmadıkları halde çalışmış gibi gösterdiğini beyan ettiği, davacı işçinin de savunmasında bir usulsüzlük bulunduğunu kabul ettiği, ancak bir kısım işçilere yapmadıkları fazla mesaiyi yapmış gibi göstererek haksız menfaat mi sağladığı yoksa herhangi bir nedenle sisteme kaydedilmemiş olan ancak gerçekte yapılmış olan fazla mesai hak kaybı olmasın diye mi hafta sonu çalışmalarına ekleme yaptığı tam olarak açıklığa kavuşturulmamış ise de, işveren açısından davalı işçiyle arasındaki ... ilişkisi zedelendiğinden işverenden davacı ile çalışmaya devam etmesinin beklenemeyeceği anlaşılmakla davacının iş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayanmasa da geçerli nedene dayandığından mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Y. 9. HD., 22.10.2018, 2018/1047 E., 2018/18969 K. (Legalbank, Kazancı, Erişim Tarihi 20.08.2024)

<sup>91</sup> “Davacı tarafından imzalanan ve imza itirazına uğramayan bu belgelerin dikkate alınarak hesaplama yapılması gereknekte olup hükme esas alınan bilirkişi raporunda öncelikle; fazla çalışma ve hafta tatili ücreti talebi bakımından, dosyada bulunan personel çalışma çizelgelerinin, parmak basma kayıtlarının ve mesai formlarının denetime elverişli şekilde dökümlendirilerek incelenmemesi hatalı olmuştur. Söz konusu yazılı deliller gün bazında detaylı dökümlendirilerek denetime elverişli şekilde incelenmeli ve haftalık bazda kanuni çalışma süresinin aşılp aşılmadığı yapılan fazla mesai karşılığında izin kullanılıp kullanılmadığı ve hafta tatili günlerinde çalışma olup olmadığı belirlenmelidir. Dosyada yer alan yazılı ve davacı tarafta imzalı kayıtlar ile puantaj kayıtları değerlendirilerek kayıt olan dönemler yönünden kayıtlara göre olmayan dönem yönünden tanık beyanlarına göre hesaplama yapılmalı, fazla mesai karşılığı serbest izin olarak kullanılan sürelerin bulunduğu da görülmekle, tüm belgeler detaylıca incelenerek sonucuna göre değerlendirilmek suretiyle davacının fazla çalışma

### c. İşyerinde kart okuma sistemi uygulaması varken ayrıca imza çizelgesinin imzalanmaması işveren açısından fesih sebebi midir?

İşyerinde yer alan kart okuma sistemi yahut da giriş çıkış imzasının alınması sonuç itibariyle aynı amaca hizmet eden uygulamalardır. Dolayısıyla kart okuma sistemi ile giriş çıkış yapılan bir işyerinde işçinin imza çizelgesini imzalamaması işveren açısından herhangi bir fesih sebebi oluşturmayacaktır<sup>92</sup>. Burada belirtmek gerekir ki hem kart okuma hem de parmak basma sistemlerinin uygulandığı iddiası halinde kayıtlar arası çelişki olması durumunda Yargıtay çelişkinin giderilmesi açısından mutlaka işçinin görüşü doğrultusunda hangisine itibar edilmesi gerektiğinin tespit edilmesi yönünde hüküm kurmaktadır<sup>93</sup>.

---

*karşılığı serbest zaman kullandığının anlaşılması halinde bu süreler de mahsup edilmelidir. Belirtilen sebeplerle, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Y. 22. HD., 06.07.2020, 2017/35098 E., 2020/8783. Aynı yönde, Y. 22. HD., 11.10.2018, 2017/15272 E., 2018/21900 K. (Legalbank, Kazancı; Erişim Tarihi 21.08.2024)*

<sup>92</sup> *“Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle işyerinde işe giriş çıkış yaparken kart okutma sistemi bulunması ve ayrıca davalı tanığı ...’nın beyanından mesai çizelgesine imza atılması uygulamasından vazgeçildiği yönündeki beyanı dikkate alındığında davacının mesai çizelgesine imza atmamasının fesih için geçerli bir neden oluşturmayacağı...” Y. 9. HD., 13.04.2017, 2016/9074 E., 2017/6432 K. (Legalbank, Kazancı; Erişim Tarihi 21.08.2024)*

<sup>93</sup> *“Somut uyuşmazlıkta; işveren tarafından 2010-2012 dönemine ilişkin elektronik giriş çıkış kayıtları sunulmuş ise de bilirkişi tarafından 16.11.2015 günlü ek raporda davalı tarafından dosyaya farklı tarihlerde sunulan kayıtlarda farklılıklar bulunduğu belgelere bilgisayar ortamında müdahale edilmiş olabileceği ve muteber olmadığı, fazla mesai görünen sürelerin bordroya da yansıtılmadığı gerekçesi ile işyeri kayıtlarına değer verilmemiş ise de bilirkişinin bu yorumu soyuttur. Mahkemece bu kayıtlar davacıya sorulmamış, kayıtların güvenilirliği açısından bilgisayar uzmanından rapor alınmamış, tanıklara giriş çıkışta kart okutma, parmak izi ile geçiş gibi yöntemlerin hangisinin kullanıldığı sorulup açıklanmamıştır.” Y. 9. HD., 10.02.2020, 2016/13413 E., 2020/1817 K. (Legalbank, Kazancı; Erişim Tarihi 21.08.2024)*

## 8. GPS Kayıtları

### a. İşyerine ait araçta GPS kayıtlarında tespit edilen güzergâh değişikliği veya iş için gerekli ziyaretlerin yapılmadığının tespiti fesih sebebi midir?

İşverenler tarafından şirket araçlarına GPS yerleştirerek güzergâh takibi yaptığı bilinmektedir. Bu kapsamda işçi tarafından işverenin rızası yahut da acil bir durum olmaksızın güzergâh değişikliği yapılması yahut da programlı olan iş akışının uygulanmaması somut olayın özellikleri de incelenerek fesih sebebi kabul edilmektedir<sup>94</sup>. Yargıtay bu konuda GPS kayıtlarının yanı sıra işçinin gitmesi gereken yerlere gitmediğinin iş program listesi ile örtüşmesi gerektiği yönünde de hüküm kurmaktadır. Hatta kanaatimizce Yargıtay zorlama bir karar olarak işçinin gitmesi gereken yere mutlaka GPS takılı olan araçla gitmek zorunda olmadığı yönünde de hüküm kurmuştur. Tabi somut olayın içeriğinde işverenin de bazı noktaları ispatlayamadığına atıflar bulunmaktadır<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> “Dosyadaki bilgi ve belgeler, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle; davacının kullanımında olan araca ait gps uydusu ile yapılan takip kayıtlarına göre davacının kasım ayı içerisinde değişik günlerde mesai saatlerinde kardeşinin devralmayı düşündüğü “... cafe” isimli mekanda bulunduğu, davacının asli edim yükümlülüğü olan tıbbi tanıtım ve sağlık mensup ve kurumlarını ziyaret etme görevlerini yerine getirmediği, iş yeri kayıtları arasında yer alan ziyaret raporuna göre de; davacının kasım ayında hedeflenen ve planlanan ziyaretleri gerçekleştirmediği, davacının bu eylemlerinin “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış” niteliğinde olup, haklı fesih nedeni olduğu, davalı işverenin davacının iş akdini haklı nedenle feshettiği anlaşıldığından, davalı vekilinin yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulü, davacı vekilinin yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun kararın bu değişik gerekçe ile ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenlere yükletilmesine, 10.10.2016 gününde oybirliği ile karar verildi. Y9HD., 10.10.2016, 2015/33974 E. , 2016/17542 K. (Legalbank, Kazancı; Erişim Tarihi 21.08.2024)

<sup>95</sup> Bölge Adliye Mahkemesince, davacının iş akdinin, davacının ziyaret ettiğini bildirdiği sağlık görevlileri veya kuruluşları veya özel işyerlerine dair verilerin kaydedildiği ... bilgisayar programı verileri ile davacıya tahsis edilen araca takılan ve araç takip sistemi olan GPS verileri arasında çelişki bulunduğu, bir başka anlatımla, ... programında ziyaret edildiği bildirilen yerlere, davacının gitmediğinin araç takip sistemiyle anlaşıldığı gerekçesiyle feshedildiği, davacı tarafın ise ziyaretlerin yapıldığının ancak davacının ziyaret programının dosyaya sunulmadığı, yine davacının ... sisteminde ziyaret ettiğini bildirdiği, herhangi bir kişi veya herhangi bir kuruluş veya herhangi bir işyerinin ziyaret edilmediğine, yani sisteme ziyaret edildiği bildirilen herhangi bir kişi veya kuruluş ismi somut olarak belirtilip bu kişi veya kuruluşa gidilmediğine dair herhangi somut bir iddia ortaya konulup ispatlanamadığı, sadece, ... programa göre olması gereken yerle GPS cihazına göre bulunulan yer belirtmesine dayanıldığı, bu durumda ispat yükü altında olan davalı taraf, ... programında ziyaret edildiği bildirilen

İşçinin kullanmış olduğu aracın bir suça karışmış olması ve GPS kayıtlarına göre normal olmayan bir durumun tespit edilmesi halinde işçinin doğrudan suçu işlediği ispat edilemezse Yargıtay geçerli nedenle fesih olabileceği yönünde hüküm kurmuştur<sup>96</sup>.

## SONUÇ

Çalışmamızda iş hukukunda yer alan fesihlere ilişkin kısa ve öz bilgilere yer verdikten sonra dijital hayatın çalışma hayatına fesihler bakımında etkilerini inceledik. Bu konuda sosyal medya platformları, kamera kayıtları, cep telefonları, GPS cihazları gibi çeşitli dijital materyallerin

---

*yerlerin ziyaret edilmediği, bir başka anlatımla davacının gerçeğe aykırı bildirim yaptığını salt araç takip sistemine dayanarak ispat ettiğinin kabul edilemeyeceği, zira, ziyaret edilmesi gereken yerlere şirket aracıyla gidilmesinin davalı şirketçe zorunlu tutulmadığı tanık anlatımlarından anlaşıldığı gibi davalı şirketçe de, çalışanlarına bu yönlü bir yükümlülük veya zorunluluk yüklediğine dair bir belge ibraz edilmediği, feshin haklı veya geçerli nedene dayandığını, ispat yükü altında olan davalının haklı veya geçerli nedeni ispatladığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle davacının istinaf başvurusunun kabulüne karar verilmiştir.” Y.9.HD., 04.02.2019, 2018/11052 E., 2019/2631 K. (Legalbank, Kazancı; Erişim Tarihi 21.08.2024)*

<sup>96</sup> *“Davacı yurt içi ve yurt dışı nakliye faaliyetinde bulunan davalı şirkette filo yöneticisi olup tir şoförlerinin amiri olarak görev yapmaktadır. Davalının iş akdinin feshinden önce davalı işyerinde çalışan tir şoförlerinden ... kontrolündeki ... plakalı aracın ... Gümrük Müdürlüğünde gümrük işlemlerinin yapılmasının akabinde Haydarpaşa Limanına gitmesi gerekirken Sancaktepe yönüne doğru gittiği ve aracı “...” ta park ettiği GPS kayıtlarından anlaşılınca davalı tarafından aracın şoförü ...’in savunması alınmış, ... güzergah değişikliği ile ilgili savunmasında; “Çok büyük bir baskı altındayım 10 gündür, ... Gümrükten çıktım ... YERİNE ...’YE GİTTİM aracı stop ettim, arabamda oturdum. Arabama kaç kişi koyduklarını bilmiyorum, para ya da herhangi bir şey almadım, suçumu kabul ediyorum. Arabamın arkasına...yanaştı aracıma kaç kişi bindiğini bilmiyorum.” şeklinde beyanda bulunduğu görülmüştür.” Dosyaya sunulan bu yazılı ifadelerin yargılama sırasında dinlenen tanıklar Ufuk ve Serkan tarafından da doğrulandığı, davacının Haydarpaşa’ya gitmekte olan Ufuk’un yönetimindeki TIR’ı telefon ederek Taşkın’a teslim etmesini istediği, Taşkın’ın da dorseyi teslim aldığı, sonrasında bu dorsede kaçak göçmen taşımacılığı yapıldığının dorsede kaçak göçmenlerin yakalanması üzerine anlaşılmıştır. Davacının yasadışı göçmen ticareti faaliyetine bilerek karıştığına ve bundan maddi bir menfaat sağladığına yönelik kesin bir delil bulunmamaktaysa da yukarıda anlatılan tutanaklar ve tanık ifadeleri nedeniyle işverenin davacıdan şüphe duyması işin niteliğine ve hayatın olağan akışına uygundur. Tüm bu nedenlerle davacının iş sözleşmesinin feshi haklı neden ağırlığında olmasa da davacının eylemleri ve sözleriyle işyerinde olumsuzluğa neden olduğu anlaşıldığından fesih geçerli nedene dayandığının kabulü ile, mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.” Y. 9. HD., 04.02.2019, 2018/11109 E. , 2019/2630 K. (Legalbank, Kazancı; Erişim Tarihi 21.08.2024)*



kullanıma bağlı fesihlere ilişkin Yargıtay görüşlerine yer vererek bu kararların dijital çalışma hayatına etkilerinden bahsettik.

Sonuç olarak, dijitalleşmenin hızla ilerlediği günümüzde iş hukuku alanında da yeni tartışma konularının ortaya çıktığı görülmektedir. Bu konuda alınacak adımlar ve yapılacak düzenlemeler değişen teknolojiye uygun şekilde güncellenmelidir. Yapılacak yeni düzenlemeler için Yargıtay kararlarının dikkate alınması ve bu konudaki gelişmelerin yakından takip edilmesi önem arz etmektedir. Bu sayede çalışanların hakları korunabilir ve dijital hayat ile iş sözleşmelerinin feshi arasındaki denge sağlanabilir. Tüm bunları yaparken de yeni gelişmekte olan kişisel verilerin korunması hukukunu da dikkate alarak hareket edilmesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- AKYİĞİT**, Ercan: İş Hukuku Şerhi, 3. Bası, Ankara 2008.
- AKYİĞİT**, Ercan: Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007.
- AKYİĞİT**, Ercan: İş Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018.
- AKTAY**, Nizamettin/**ARICI**, Kadir/**KAPLAN SENYEN**, Emine Tuncay: İş Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.
- ALPAGUT**, Gülsevil: "İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı", Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt 3, Sayı 74, 2022, s. 1733-1767.
- ASTARLI**, Muhittin: "Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010.
- ATABEK**, Reşat, İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938.
- BAŞBUĞ**, Aydın/**YÜCEL BODUR**, Mehtap: İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2021.
- BEDÜK**, Mehmet Nusret: "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Sayı 2, 2019, s. 679-726.
- CANBOLAT**, Talat: "İşe İade Kararının Uygulamasında Dürüstlük Kuralı", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi/İstanbul Barosu, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, İstanbul 2010, s. 83-134.
- CENTEL**, Tankut: İş Güvencesi, 2. Baskı, İstanbul 2020.
- ÇELİK**, Nuri/**CANIKLIOĞLU**, Nurşen/**CANBOLAT**, Talat/**ÖZKARACA**, Ercüment: İş Hukuku, 36. Baskı, İstanbul 2023.
- ÇENBERCİ**, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara 1986.
- DEMİR** Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, İzmir 2013.
- DEMİR**, Fevzi: "Geçerli Sebep Kavramı ve Uygulama", Legal İHSGHD, 2006/10, s. 469-499.

- DEMİR** Fevzi: “İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları”, Legal İHSGHD, Sayı 19, 2008, s. 887-898.
- DUMAN**, Barış: “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s. 1-17.
- EKMEKÇİ**, Ömer/**ÖZEKES**, Muhammet/**ATALI**, Murat: Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018.
- EKONOMİ**, Münir: İş Hukuku C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- EKONOMİ**, Münir: “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, Cilt 17, Sayı 2, 2003.
- EKONOMİ**, Münir: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, TÜSİAD, İş Kanunu Toplantı Dizisi I, İstanbul, 2005.
- ELBİR**, Nazlı: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s. 139-154.
- ENGİN**, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.
- ERKUL**, İhsan: İş Hukuku Uygulama Çalışmaları, Eskişehir 1987.
- ESENER**, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978.
- EYRENCİ**, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim/**BASKAN**, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.
- GÖKTAŞ**, Seracettin: “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt 1, Sayı 20, 2009.

**GÜNAY**, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ankara 2020.

**GÜZEL**, Ali: "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 159-182.

**GÜZEL**, Ali: "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul 1995.

**GÜZEL**, Ali: "İş Sözleşmesinin Eylemli Feshi ve Uygulama Sorunları", Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt 5, Sayı 75, 2022, s. 2485-2507.

**KAPLAN**, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987.

**KAR**, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara 2020. (İş Güvencesi)

**KAR**, Bektaş: "Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihle Yargısal Denetim", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 11, 2008, s. 34-42.

**KAR**, Bektaş: "İşletme, İşyeri ve İşin Gerekerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", Çalışma ve Toplum, Cilt 2, Sayı 17, 2008, s. 101-129.

**KILIÇOĞLU**, Mustafa/**ŞENOCAK**, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.

**KÖSEOĞLU**, Ali Cengiz: "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı 36, 2012, s. 85-132.

**MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL**, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2022.

**NARMANLIOĞLU, Ünal:** “Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku İlişkisi Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992. (Yargıtayın 1990)

**NARMANLIOĞLU, Ünal:** İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, 5. Baskı, İstanbul 2014.

**NARMANLIOĞLU, Ünal:** “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Açılacak Davanın Konusu ve Davayı Tamamen veya Kısmen Konusuz Bırakan Olgular”, Prof.Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2011.

**OĞUZMAN, Kemal:** Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

**ÖKTEMSONGU, Sezgi:** “İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, İstanbul 2018, s. 135-173.

**SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu:** “Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, s. 267-299.

**SAYMEN, F. Hakkı:** Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

**SÜMER, Haluk Hadi:** “Hizmet İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999.

**SÜMER, Haluk Hadi:** İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Ankara 2019.

**SÜZEK, Sarper:** İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976. (İş Akdini)

**SÜZEK, Sarper:** İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 565-586.

**SÜZEK, Sarper:** İş Hukuku, 22. Baskı, İstanbul 2022.

- ŞAHLANAN**, Fevzi: “İş Güvencesinde Gerekli Altı Aylık Kıdem-İşçi Raporlu İken Fesih Bildirimi (Karar İncelemesi)”, *Tekstil İşveren Dergisi*, Ağustos 2006.
- ŞAKAR**, Müjdat: *İş Hukuku Uygulaması, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı*, İstanbul 2022.
- TAŞKENT**, Savaş: “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İllkeler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 21, Mart 2011, s. 15-24.
- TULUKÇU**, Nezihe Binnur: *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade*, Ankara 2017.
- TULUKÇU**, N. Binnur: “İş Güvencesine İlişkin İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Nedenleri”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Cilt 12, Sayı 131, 2017, s. 14-26.
- TULUKÇU**, N. Binnur: “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri ile İş Sözleşmesinin Feshi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 18, Haziran 2010, s. 129-142.
- TUNCAY**, A. Can: “Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtay’ın İş Hukuku İlişkisi Kararlarının Değerlendirilmesi 1994*, İstanbul 1996.
- TUNCAY**, A. Can: “İşe İadede 30 İşçi Ölçütünün Yorumu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 6, 2007, s. 75-81.
- YILDIZ**, Gaye Burcu: “İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulamasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği”, *Legal İHSGHD*, Sayı 11, 2006, s. 902-911.
- YÜCEL BODUR**, Mehtap: “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, *İş ve Hayat*, Cilt 1, Sayı 2, 2015, s. 137-167.
- YÜREKLİ**, Sabahattin: *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Ankara 2016.

## İŞ KAZASI NEDENİYLE BAĞLANAN GELİRLERİN KESİLMESİ VEYA DEĞİŞMESİ SONUCU SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNUN RÜCU HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ


Doç. Dr. Hasan Kayırgan\*

### Öz

İş kazası nedeniyle en az yüzde on oranında malul kalınması ya da ölüm halinde sigortalıya veya hak sahiplerine sürekli gelir bağlanmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumunun bağlanan gelirler nedeniyle işverene rücu hakkı bulunmaktadır. Rücu hakkının belirlenebilmesi için iş göremezlik oranının kesin şekilde belirlenmesi gereklidir. Ancak kimi zaman bu oran kontrol muayenesi sonucu ya da yaşlılık aylığı bağlanması nedeniyle değişebilmekte, yine hak sahibinin evlenmesi veya maluliyet oranının yüzde onun altına düşmesi nedeniyle kesilebilmektedir. Bu gibi durumlarda hangi şartlarda rücu edileceğine yönelik kanunda bir hüküm bulunmadığından sorun yargı kararlarıyla çözümlenmiştir. Fiili ödemelerin dikkate alınarak ilk peşin değerli gelire eklenmesi ya da maluliyet oranının artması halinde fark fiili ödemelerin mahsup edilmesi gibi uygulamalar Yargı kararlarıyla geliştirilmiştir.

\* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara, Türkiye | Assoc. Prof., Hacettepe University, Faculty of Law, Department of Private Law, Labor and Social Security Law Department, Ankara, Türkiye.

 hasan.kayirgan@ogu.edu.tr •  0000-0001-6819-7725

 **Atf Şekli** | **Cite As:** KAYIRGAN, Hasan : “İş Kazası Nedeniyle Bağlanan Gelirlerin Kesilmesi veya Değişmesi Sonucu Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Hakkının Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2173-2204 .

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

 Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## Anahtar Kelimeler

•İş Kazası •Sürekli İş Göremezlik Geliri •Gelirin Kesilmesi •Fiili Ödemeler •İş göremezlik Oranı

## EVALUATION OF THE RIGHT OF RECOURSE OF THE SOCIAL SECURITY INSTITUTION AS A RESULT OF THE INTERRUPTION OR CHANGE OF THE INCOME CONNECTED DUE TO OCCUPATIONAL ACCIDENT

### Abstract

In the event of at least ten per cent disability or death due to a work accident, a permanent income is paid to the insured or his/her beneficiaries. The Social Security Institution has the right of recourse to the employer due to the income. In order to determine the right of recourse, the rate of incapacity for work must be determined precisely. However, sometimes this rate may change as a result of the control examination or due to the granting of an old-age pension, or it may be interrupted due to the marriage of the beneficiary or the disability rate falling below ten per cent. In such cases, since there is no provision in the law on the conditions under which recourse will be granted, the problem has been resolved by judicial decisions. Practices such as taking into account the actual payments and adding them to the income with the first advance value or offsetting the difference actual payments in case the disability rate increases have been developed by judicial decisions.

### Keywords

•Work Accident •Permanent Incapacity Income •Interruption of Income  
•Actual Payments •Rate of Incapacity for Work.

## GİRİŞ

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile iş kazası sonucu bedenen veya ruhen zarar gören ve en az yüzde on oranında malul kalan sigortalıya ya da sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine gelir bağlanması amaçlanmaktadır. Bağlanan gelirin ilk peşin değer tutarının da sosyal güvenlik kurumu tarafından rücu edilmesi söz konusudur. Gelir bağlanmasının ardından sürekli iş göremezlik oranında değişiklikler meydana gelmekte ve bağlanan gelirin miktarında da farklılıklar oluşabilmektedir. Aynı şekilde hak sahipliği sıfatı sona erebilmekte ya da gelir ve aylıkların birleşmesi nedeniyle gelirden azalmalar ortaya çıkmaktadır.

Gelir bağlandıktan sonraki süreçte gelirin kesilmesi, gelirden azalma ya da artma gibi durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiğine yönelik



ise kanunda hüküm bulunmamaktadır. Çalışmamızda gelir bağlandıktan sonra meydana gelen değişiklikler halinde nasıl hareket edilmesi gerektiğine yönelik Yargıtay kararları incelenecek ve bu çözümün hukuka uygunluğu irdelenecektir.

## I. İŞ KAZASI NEDENİYLE KURUMUN RÜCU HAKKI

Sosyal Güvenlik Kurumu, iş kazası ve meslek hastalıkları sigorta kolundan iş kazasına uğrayan ya da meslek hastalığına yakalanan kişiye veya ölümü halinde hak sahiplerine yaptığı yardımların bedelini belirli koşullarla işveren ve üçüncü kişilerden isteme hakkına sahiptir. Sosyal Güvenlik Kurumunun sigorta giderlerini işveren veya üçüncü kişilerden talep edebilmesine rücu adı verilmektedir<sup>1</sup>.

Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu hakkı, 5510 sayılı Kanununun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde Kurumun rücu hakkı, işveren ve üçüncü kişi ayrımı yapılarak hüküm altına alınmıştır. Kurumun iş kazasının meydana gelmesinde rücu imkânı işveren ve üçüncü kişiler için söz konusu olmakta, kusuru bulunan işçiye ise rücu etme imkanı bulunmamaktadır<sup>2</sup>. İşçinin kasıtlı davranışı bulunsa dahi kendisine veya hak sahiplerine rücu edilemez.

<sup>1</sup> Geniş bilgi için bkz. **BAŞBUĞ**, Aydın, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücu, Ankara, 1992; **BAYCIK**, Gaye, Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış, Sosyal Güvenlik Dergisi, C.7, S.1, 2017, 35 vd.; **BAŞBUĞ**, Aydın, Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Hakkı ve Buna Bağlı Temel Sorunlar, Prof.Dr.A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 815 vd.; **GÜZEL**, Ali, Sosyal Güvenlik Kurumunun İşverene Rücu ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, 279 vd.; **TUNCAY**, A. Can, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Kurumun Sigortalıya Yaptığı Giderler İçin İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücu Davalarında Bazı Sistemler ve Yüksek Yargı Organları Kararlarında Beliren Esaslara Genel Bir Bakış, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, 310 vd.; **UMDU**, Ersin, 5510 Sayılı Kanun Öncesi ve Sonrası İşveren Sorumluluğu İle İlgili Rücu Davaları, Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları, Editörler: Aydın Başbuğ/Mehmet Bulut, Ankara 2016, 395 vd.; **GÖRGÖZ**, Oğuzcan, İşverenin İş Kazası Sonrası Tazminat ve Rücu Ödemeleri, Ankara 2019, 127 vd. **ÖZDEMİR**, Halil, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Alacağından Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu, Sosyal Sigorta Hukuku İncelemeleri I, Editörler: Ali Nazım Sözer, Mahmut Kabakçı, Halil Özdemir, Ankara 2022, 83 vd.

<sup>2</sup> **TUNCAY**, Can/**EKMEKÇİ**, Ömer/**GÜLVER**, Ender, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 22. Baskı, İstanbul 2023, s. 412; **SÜMER**, Haluk Hadi, Sosyal Güvenlik Hukuku,

İş kazası ve meslek hastalığı; İşverenin kastı<sup>3</sup> veya Sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse<sup>4</sup>, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı<sup>5</sup>, sigortalı veya

4. Baskı, Ankara 2023, s. 176; SÜMER, Haluk Hadi/KAYIRGAN, Hasan, Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları, Ankara 2023, s. 517.

<sup>3</sup> “İş kazası veya meslek hastalığı, işverenin kastı sonucunda meydana gelmişse işveren Kuruma karşı sorumlu hâle gelir. Kasıt; iş kazası veya meslek hastalığına, işverenin bilerek ve isteyerek, hukuka aykırı eylemiyle neden olması hâlidir. İşverenin eylemi hukuka aykırı olmamakla birlikte, yaptığı hareketin hukuka aykırı sonuç doğurabileceğini bilmesi, ihmali veya ağır ihmali sorumluluğunu kaldırmaz.” (SSİY.45/1).

<sup>4</sup> “İş kazası veya meslek hastalığı işverenin, sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucunda oluşmuşsa işvereni Kuruma karşı sorumlu hâle getirir. Mevzuat; yasal olarak yürürlüğe konulmuş ve yürürlüğünü muhafaza eden, sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği alanında, yasa koyucu ile yasa koyucunun yürütme veya idareye verdiği yetki sonucu, bu organlarca kabul edilen genel, objektif kural veya hükümlerin tümüdür.” (SSİY.45/2).

<sup>5</sup> Peşin sermaye değeri toplamının nasıl hesaplanacağı Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 46-48. maddelerinde düzenlenmiştir:

*“Peşin sermaye değeri tabloları*

MADDE 46 – (1) Kurumca, Kanunun ilgili maddelerinde belirtilen giderlerin, yaş kesilme veya yeniden bağlanma ya da hak sahipliği nedeniyle sonradan gelir veya aylık bağlanma ihtimalleri ve yüzde beş iskonto oranı dikkate alınarak hesaplanacak tutarı tespit etmek amacıyla peşin sermaye değeri tabloları hazırlanır. Hazırlanan tablolar demografik ve ekonomik değişiklikler nedeniyle Kurumca gerekli görülen hâllerde güncellenir. İlk peşin sermaye değeri, gelir veya aylığın başlangıç tarihinde yürürlükte olan peşin sermaye değeri tablolarına göre belirlenir.

*Peşin sermaye değerinde yaş hesabı*

MADDE 47 – (1) Peşin sermaye değerlerinin hesabında, sigortalıların veya hak sahiplerinin gelire girme veya aylık başlangıç tarihindeki yaşları esas alınır. Yaş hesabında altı aydan küçük yıl kesirleri dikkate alınmaz. Altı ay ve daha fazla yıl kesirleri tam yıl sayılır.

*Rücu davalarına esas tutarın hesabı*

MADDE 48 – (1) İşveren veya üçüncü şahıslar aleyhine açılacak rücu tazminat davalarına konu olabilecek tutar, sigortalı ve hak sahiplerine bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerine, Kurum tarafından Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken diğer ödemeler eklenerek hesaplanır.

(2) İşveren, birinci fıkrada belirlenen rücu tazminat davalarına konu olan, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin tamamından kusur oranı kadar sorumludur.

hak sahiplerinin işveren den isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir (SSGSSK.21/1). İş kazası nedeniyle sigortalıya veya hak sahiplerine herhangi bir ödeme yapılmaması durumunda bir rücu imkânı da yoktur<sup>6</sup>.

Rücu davasında öncelikle işveren belirlenmeli, birden fazla davalı bulunması halinde taraflar arasındaki ilişkinin niteliği tespit edilmelidir. Alt işverenlik ilişkisinin bulunup bulunmadığı ya da verilen işin anahtar teslim mi olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Varsa iş kazası tazminatına ilişkin davanın akıbeti araştırılmalıdır<sup>7</sup>. İşveren veya üçüncü kişilere rücu

(3) Ancak, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı olaylarında zarara sebep olan üçüncü kişiler ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlar, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının yarısından kusur oranları kadar sorumludur.

(4) Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malul veya vazife malulü olan sigortalıya veya ölümü hâlinde hak sahiplerine, bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısından üçüncü kişiler kusurları oranında sorumludurlar.”

<sup>6</sup> Somut olayda; Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğünden gelen 03/01/2019 havale tarihli yazı cevabında; kurum sigortalılarından geçirdiği iş kazası sonucu aynı gün vefat eden 8720006 sigorta sicil numaralı Mustafa Çiçek'in hak sahibi eşi Ayla Çiçek'e 01/02/2014 tarihinden itibaren 9210102838 tahsis numarası ile iş kazası ölüm geliri, 01/11/2014 tarihinden itibaren 3211726718 tahsis numarası ile ölüm aylığı bağlandı, ancak hak sahibine kendi çalışmalarından dolayı 01/06/2011 tarihinden itibaren 2/5508348 tahsisi numarası ile yaşlılık aylığı bağlanması nedeni ile ödemeye en çok imkan veren 2/5508348 ve 3/1726718 tahsis numaralı dosyalardan aylıkların ödendiği, 9/102838 tahsis numarası ile bağlanan iş kazası ölüm gelirinin ise mahfuz tutulduğu, bu nedenle gelir ödemesi yapılmadığından, bildirilecek peşin sermaye değeri bulunmadığı belirtilmiş olduğu anlaşılmıştır (İstanbul BAM. 34HD., 01.02.2023, E. 2021/949, K. 2023/186).

<sup>7</sup> Mahkemece, kazaya konu inşaat işinin kime ait olduğu ya da kimden alındığı, kazaya konu iş dışındaki kaba inşaatın ya da sair imalatların kim tarafından yapıldığı veya kime verildiği, söz konusu inşaat ve imalatların yapılmasında davalıların müdahalelerinin veya faaliyetlerinin söz konusu olup olmadığı, işin anahtar teslimi suretiyle verilip verilmediği araştırılmalı ve tüm deliller tartışılmak suretiyle taraflar arasındaki hukuki ilişki ortaya konulmalı, hak sahipleri tarafından davalı şirkete karşı açılan maddi -manevi tazminat istemli Ankara 35. İş Mahkemesinin 2018/37 Esas sayılı dosyasının akıbeti araştırılarak söz konusu dosyanın sonucu da beklenmek sureti ile karar verilmelidir (Ankara BAM. 10HD., 11.05.2023, E. 2021/2322, K. 2023/1073); Mahkemece, bozma sonrasında alınan bilirkişi raporunda kusur verilen ... .. şirketi ile davalı ... .. arasındaki ilişkinin niteliği belirlenmeli, kusur oranı buna göre değerlendirilmelidir. Davalı ... ile ilgili olarak genel ifadelerle organizasyon yapmadığı şeklindeki kusur nitelemesinin

edilebilmesi için iş kazası ile bağlanan gelir arasında illiyet bağının bulunması da şarttır<sup>8</sup>.

Rücu davalarının, -kusur oranları ile tazminat miktarlarının belirlenmesinin mümkün olmaması dikkate alınarak- belirsiz alacak davası şeklinde açılması mümkündür<sup>9,10</sup>.

---

olayla ilgili somutlaştırmasının yapılarak hangi organizasyonu yapması gerektiğini, hangisini eksik yaptığını, vinç kullanımı ilgili olarak kullanım ve kapasite, giderek yüklemeye ne gibi bir sorumluluğu bulunduğu somut ifadelerle ortaya konularak kusurunun buna göre değerlendirilmesi, davalı ... Vinç şirketinden temin edilen vinç teknik kapasitesi belli olup çatıya çıkarılacak malzeme ve malzeme ağırlığının da belli olması karşısında uygun vinç temin edilmediği hususunun ne şekilde gerçekleştiği ortaya konularak işçi sağlığı ve ... güvenliği ile ... kazasının vuku bulduğu ... kolunda uzman ... güvenliği uzmanlarından oluşan bilirkişi heyetinden; kusur oran ve aidiyeti konusunda yeniden rapor alınarak hasil olacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır (Y10HD., 30.06.2022, E. 2022/2448, K. 2022/10170).

<sup>8</sup> 5510 sayılı kanununun 21. Maddesine göre iş verenin ve 3. Şahısların sorumlu tutulması iş kazası ile ölüm arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Yasanın 20.maddesinin 1. fıkrasına göre hak sahiplerine gelir bağlanması için ölüm ile iş kazası arasında illiyet bağı bulunması şartı aranmakta iken 20.maddenin 3.fıkrasında bu şart aranmaksızın hak sahiplerine gelir bağlanması düzenlenmiştir. Somut olayda, sigortalının 21.07.2010 tarihinde iş kazası geçirdiği, 28.04.2017 tarihinde vefat ettiği, davacı kurumca sigortalının hak sahiplerine 5510 sayılı yasanın 20.maddenin 1.fıkrasına göre gelir bağlandığının ispatlanamadığı ve 20.maddenin 3.fıkrasına göre hak sahibi eşe bağlanan bu gelir açısından Kurumun rücu hakkı bulunmadığı (Ankara BAM. 10HD., 30.06.2022, E. 2021/269, K. 2022/1193).

<sup>9</sup> İstanbul BAM. 34HD., 20.03.2024, E. 2022/2337, K. 2024/610).

<sup>10</sup> Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin kararına göre; Belirsiz Alacak ve Tespit Davası" başlıklı 107. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında" davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir" hükmü düzenlenmiştir. Baştan miktar veya değeri tam olarak tespit) edilemeyen bir alacak için, davacının böyle bir ihmâl ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hale gelmişse, başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi mümkündür (Ankara BAM., 10HD., 24.02.2022, E. 2020/1137, K. 2022/285; Aynı yöndeki karar için bkz.: Ankara BAM., 10HD., 03.02.2022, E. 2021/1867, K. 2022/167).

Kurumun işverene rücu hakkının dayanağı *kanuni halefiyet ilkesi*dir<sup>11</sup>. Sosyal Güvenlik Kurumu sigortalıya sağladığı yardımları, sigortalının yerine geçerek işverenden isteyebilmesi halefiyet ilkesinin sonucudur. Kanuni halefiyet, alacaklıya basit rücu hakkından daha geniş haklar verir. Rücu hakkı, ifa ile sona eren alacaktan bağımsız, ayrı bir hak iken halefiyette alacak ifa ile sona ermez ve üçüncü kişiye geçer. Kanuni halefiyette, alacak hakkına bağlı olarak alacaklının sahip olduğu yetkiler ve haklar ifada bulunan kişiye geçer<sup>12,13</sup>.

Rücu davalarında da iş göremezlik oranının kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi gereklidir<sup>14</sup>. Sigortalıda oluşan sürekli iş göremezlik oranı, sigortalıya bağlanan peşin sermaye değeri ile tazminatın

<sup>11</sup> GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2021, s. 436; TUNCAY/EKMEKÇİ/GÜLVER, s. 413; SÜMER, s. 176.

<sup>12</sup> TUNCAY/EKMEKÇİ/GÜLVER, s. 413-414; SÜMER, s. 176.

<sup>13</sup> Yargıtay 31.3.1954 tarih ve 17/101; 25.6.1960 tarih ve 13/15 sayılı; 17.1.1972 tarih ve 2/1 sayılı; 1.7.1994 tarih ve 3/3 sayılı içtihadı birleştirme kararlarında bu görüşü benimsemiştir. Yeni tarihli bir daire kararında da bu husus açıkça belirtilmiştir ve sigortalı açısından uygulanacak zamanaşımı başlangıcının halefiyet esasına bağlı olarak Kurum için de geçerli olduğu hüküm altına alınmıştır; 01.07.1994 tarihli, 1992/3 E., 1994/3 K. Sayılı içtihadı birleştirme kararında rücu davalarında zamanaşımı yönünden "Sosyal Sigortalar Kurumu'nun halefi olduğu, sigortalı işçi ile tazmin sorumlusu işvereni arasında hizmet akti ilişkisi vardır. Sigorta olayının meydana gelmesinde işverenin, 506 sayılı Kanun madde 26/1'de sayılan kastı, suç sayılı eylemi, işçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuata aykırı hareketi neden olmuştur. Bu davranışlar Borçlar Kanunu'nun 332/1'inci maddesinde belirtilen akte aykırın durumları oluşturur. Borçlar Kanunu'nun 332'nci maddesine 1.1.1957 tarih ve 6763 sayılı Kanununun 41/F maddesiyle eklenen ikinci fıkra gereğince, işverenin bu davranışı nedeniyle açılacak tazminat davaları dahi, akte aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkında hükümlere tabidir. Borçlar Kanunu madde 125'e göre ise, akdi müruruzaman on senedir. 0 hâlde, 1.1.1957 tarih ve 6763 sayılı Yasadan bu yana, söz konusu gelir ve gelir artışlarına ilişkin rücu davaları, Borçlar Kanunu'nun 125. maddesindeki on yıllık akdi zamanaşımına tabidir. Zamanaşımının hangi tarihten başlayacağını belirlenmesine gelince; Bu tür rücu davalarının akdi zamanaşımına tabi olduğu yukarıdaki şekilde belirlendikten sonra, bu zamanaşımının hangi tarihte başlayacağı konusunda dahi, özel kanun olan 506 sayılı Kanunda bir hüküm mevcut olmadığından başlangıç tarihinin de Borçlar Kanununa göre belirlenmesi gerekeceği ortadadır. Bu konuda Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi hükmü açıktır. Müruruzamanın, alacağın muaccel olduğu zamandan başlayacağı belirtilmiştir. Burada söz konusu olan, Kurum'un alacağıdır. Sigorta Kurumu'nun alacağı ise, gelir bağlandı ve bu işlem yetkili makamca onaylandığı tarihte ödenebilir hale gelebileceği için, gelir bağlanmasının onaylandığı tarihte muaccel olur. Kurum'un halefliği de o tarihte gerçekleşir." şeklinde düzenleme içermektedir (YHGK., 25.6.2019, 2681/753).

<sup>14</sup> SÜMER/KAYIRGAN, s. 527.

miktartını doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle, sigortalıya bağlanacak gelir ve hükmedilecek tazminatın miktarını doğrudan etkilemesi nedeniyle, işçide oluşan sürekli iş göremezlik oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeksizin saptanmalıdır<sup>15</sup>.

İşveren için kusur sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir<sup>16</sup>. 21. madde uyarınca rücu edilmesi halinde işverenin kusurunun bulunmadığı durumlarda rücu edilemez<sup>17</sup>. İlk peşin değerli gelir ile gerçek zarar kıyaslaması yapılarak az olan tutarın rücu edilmesi söz konusudur<sup>18</sup>. Kazanın

- 
- <sup>15</sup> Sürekli iş göremezlik oranının tespitine ilişkin raporun ne şekilde temin edileceğinin yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun "Raporlar" başlığını taşıyan 109'uncu maddesi ile 5510 sayılı Kanunun "Sağlık raporlarının usûl ve esaslarının belirlenmesi" başlığını taşıyan 95. Maddesi olup, bu maddelerde; sigortalıların sürekli iş göremezlik durumlarının saptanmasında, izlenecek prosedür belirlenmiştir. Buna göre, Kurumun yetkili kurulları tarafından usulüne uygun düzenlenmiş sağlık kurulu raporları ve diğer belgelere istinaden Kurumca verilen karara ilgililerin itirazı halinde, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nca karara bağlanır. Buna göre, kurum sağlık tesisleri tarafından raporlara dayanılarak verilen kararlara karşı ilgililerin S.S.Yüksek Sağlık Kuruluna itiraz hakları mevcuttur. Söz konusu kurulun raporlarının Kurumu bağlayacağı diğer ilgililer yönünden bağlayıcı olmayıp, Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesinden rapor alınmalıdır.
- <sup>16</sup> 5510 sayılı Yasanın 21. maddesinde düzenlenen sorumluluk kusur sorumluluğudur. Kusur sorumluluğu da ancak işverenin kastı, suç sayılır eylemi, işçilerin sağlığı ve iş güvenliği mevzuatına aykırı eyleminin, üçüncü kişilerin kasıt ve kusuru ve bunlarla meydana gelen iş kazası arasında illiyet bağının bulunması halinde oluşmaktadır. Yani işveren kusuru varsa sorumlu olacaktır (Ankara BAM., 10HD., 13.10.2020, E. 2019/1320, K. 2020/1183).
- <sup>17</sup> Dosyadaki bilgi ve belgelerden, dava dışı sigortalı ....'in 12/09/2009 tarihinde sevk ve idaresindeki .....plakalı aracı mıcra kaptırarak kaza yapıp hayatını kaybettiği, sigortalının hak sahiplerine gelir bağlandığı, adli soruşturmanın takipsizlikle sonuçlandığı, SGK teftiş raporunda ve mahkemece alınan kusur raporunda kusurun tamamının sigortalıda olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, davalıların herhangi bir kusuru bulunmadığından mahkemece verilen ret kararı yerinde olmuştur (Ankara BAM., 10HD., 17.02.2022, E. 2020/1121, K. 2022/251; aynı yöndeki kararlar için bkz.: Ankara BAM., 10HD., 13.04.2023, E. 2021/2202, K. 2023/832; Ankara BAM., 10HD., 19.04.2023, E. 2021/2246, K. 2023/935).
- <sup>18</sup> Kaza tarihinde yürürlükte bulunan 5510 Sayılı Kanunun 21. Maddesine göre kurumun rücu alacağı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olduğundan mahkemece gerçek zarar hesabı yaptırılmış ve alınan hesap raporu denetime elverişli, gerekçeli ve yukarıda belirtilen hesaplama uygun olduğu ve hesaplanan gerçek zararın bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinden fazla olduğu anlaşıldığından davalı vekilinin hesap raporuna ilişkin itirazı da yerinde değildir (Ankara BAM., 10HD., 18/01/2024, E. 2022/1914, K. 2024/137); Hesap raporunda; TRH 2010 yaşam tablosuna göre bakiye ömrün belirlendiği, sigortalının

01.10.2008 tarihinden önce meydana gelmesi halinde rücu hakkı 506 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmelidir<sup>19</sup>. 506 sayılı kanun kapsamında rücu kapsamı belirlenirken gerçek zarar hesabı yapılmasına da gerek yoktur<sup>20</sup>. Bahsi geçen düzenleme sigortalının Sosyal Güvenlik Kurumuna

bilinmeyen yıllık kazancının %5 iskonto ve %5 artış ile hesap edildiği, sigortalının maluliyet durumuna göre pasif devre hesabının yapılmadığı ancak maluliyet oranının kontrol muayenesinden dolayı değişip değişmediği, buna göre kurum zararında değişiklik olup olmadığı araştırılmadığı, 5510 SY 21/2 maddesinin uygulanması gerektiği göz ardı edildiği, Kurum alacağının gerçek zarar tavan miktarını aşmadığı görülmüştür (İstanbul BAM. 34HD., 08.02.2023, E. 2021/1136, K. 2023/293).

<sup>19</sup> Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; kurumun 4.4003.01.01.1110021.006.25 sayılı dosya ile ... 23/03/2006 tarihinde geçirdiği kaza sonucu hayatını kaybettiğini, .... talep ve dava etmiştir. Davanın yasal dayanağı olan 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi uyarınca, davalıların sorumluluğu kusur sorumluluğu ilkesine dayanmaktadır. 506 sayılı Yasa'nın 26/1. maddesinde, kasti, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi ya da suç sayılabilir bir eyleminin varlığı halinde işverenin rücu alacağından sorumluluğu olanağı tanınmıştır. Aynı Yasa'nın 26/2. maddesinde ise, 3. kişinin rücu alacağından sorumluluğu için, kasit veya kusuruyla iş kazasının oluşumuna etkide bulunma koşulu öngörülmüştür. İşveren veya üçüncü kişiler ile üçüncü kişileri çalıştıranlara rücu olanağı anılan maddede öngörülen sayılı ve sınırlı durumların gerçekleşmesi halinde mümkün olup, 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine dayalı dava kapsamında, maddedeki sorumluluk hallerinin genişletilmesi veya genel hükümler uyarınca kusursuz sorumluluk yoluna gidilmesine olanak bulunmamaktadır (Ankara BAM., 10HD., 09.02.2022, E. 2020/967, K. 2022/60).

<sup>20</sup> 19.10.2007 tarihinde gerçekleşen iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik kaybına uğrayan sigortalıya yapılan sosyal sigorta yardımları nedeniyle uğranılan zararın rücu tahsiline ilişkin davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanununun 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağı, hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (Tavan) miktarı ile sınırlı iken, Anayasa Mahkemesi'nin, 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 23.11.2006 gün ve E:2003/10, K:2006/106 sayılı kararı ile 26.maddedeki "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptali sonrasında, Kurumun rücu hakkının, yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirler ile masraf ve ödemeler toplamının, tazmin sorumlusunun kusuruna isabet eden miktarıyla ve taleple sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekmekte olup, bu çerçevede gerçek zarar hesaplaması yapılmasının mümkün olmadığı, her ne kadar kesinleşen dosyada gerçek zarar hesabı yapılmış ise de iş bu dava tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi kararı gereği gerçek zararın istenemeyeceği, kesinleşen dosyada sigortalının eşi Zeliha için bağlanan ilk peşin sermaye değeri miktardan gözetilmediği bakiye alacağın kalmadığı, sigortalının çocukları Mehmet ve Burak için açılan davanın ise reddine karar verildiği, bunlar için ek dava olanağının bulunmadığı, ilk dava onanarak kesinleştiğinden kesin hüküm bulunduğu, Ankara 11. İş Mahkemesi tarafından hüküm altına alınmayan bir miktarın bulunmadığı anlaşılmalı davacı taraf

bildirimini yapılması halinde hüküm ifade eder. Sigortalının Kuruma bildirilmemiş olması halinde Kurumun rücu hakkının düzenlendiği SSGSSK. m. 23'de işveren açısından *kusursuz sorumluluk esası* kabul edilmiştir<sup>21</sup>. Başka bir anlatımla sigortalıyı kuruma bildirmeyen işverenin, kazanın oluşunda hiçbir kusuru bulunmasa bile sigortalının kusurunun yarısından sorumlu olacağından kurum karşısında sorumluluğu yüzde elli olarak belirlenecektir<sup>22</sup>.

Kazanın meydana gelmesinde kusuru bulunanlardan biri faili meçhul konumdaysa rücu imkânı söz konusu olamayacağından faili meçhul kişinin kusuru dışlanarak kusuru bulunan diğer kişilerin sorumlu tutulması yönünde karar verilmiştir<sup>23</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre

---

vekilinin bu yöndeki istinaf nedenleri yerinde görülmemiştir (Ankara BAM., 10HD., 24.02.2022, E. 2020/1148, K. 2022/283).

<sup>21</sup> Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir. Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, *işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmiş olma koşulu aranmaksızın, işverene ayrıca ödetirilir (SSGSSK.23/1,2).*

<sup>22</sup> Mahkemece alınan hesap bilirkişi raporunda özetle;

a) Hak sahibine bağlanan peşin sermaye değerli gelir: 32.056,02 TL

Yargıtay uygulamaları gereği, işçinin çalışmasının süresinde kuruma bildirilmemesi halinde işçinin kusurunun yarısı da işveren kusuruna eklenir. Bu sebeple, ilk peşin sermaye değerinin hesabında davalının işveren olarak kabulü halinde kusuru 0 \* (100/2) – 50 olacaktır.

a) G.... Ulus. Nak. Taş. Ve Turz. Tic. Ltd. Şti.32.056,02 x %50=16.028,01 TL

b) Hak sahibine ödenen geçici iş görmezlik ödeneği: 7.158,09 TL G.... Ulus. Nak. Taş. Ve Turz. Tic. Ltd. Şti. 7.158,09 x %100 – 7.158,09 TL " olarak belirlenmiştir... Her ne kadar davalı şirketin dava konusu olayda kusuru bulunmuyor ise de; Yargıtay kararları gereği, "işçinin çalışmasının süresinde kuruma bildirilmemesi halinde işçinin kusurunun yarısı da işveren kusuruna eklenir." denilmektedir. Bu nedenle davalı şirket tarafından kuruma süresinde bildirim yapılmadığı anlaşıldığından şirket kusurlu bulunmuştur." gerekçesiyle, hüküm fıkrasında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır (İstanbul BAM. 34HD., 01.03.2023, E. 2021/1393, K. 2023/485).

<sup>23</sup> Dava konusu alacak, kazazede sigortalının, terör örgütü mensuplarınca yola döşenen mayın patlaması sonucu yaralanmasından kaynaklanmış olup, faili meçhul kişilere rücu imkanı bulunmadığından, olayda kusurlu bulunan davalıların faili meçhul kişilerin kusurundan da teselsülen sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Bu nedenle



teknolojik gelişmeler nedeniyle iş kazasından uzun süre sonra 30.09.2014 tarihinde takılan kol protez bedelinden primleri tahsil eden sosyal güvenlik kurumunun sorumlu olması gerekir. İşveren uzun süre dava tehdidi altında tutulamaz<sup>24</sup>.

## II. BAĞLANAN GELİRLERİN DEĞİŞMESİ HALİNDE RÜCU HAKKININ KAPSAMI

Kurumun bağlamış olduğu gelirler bakımından rücu hakkı 5510 sayılı Kanununun 21. maddesinde ifade edildiği üzere gelirin bağlandığı tarihteki ilk peşin değerli gelirle sınırlıdır. Kurumun, sigortalı veya hak sahiplerine bağladığı ilk peşin sermaye değerli gelirden fazlasını isteme hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir. İlk peşin değerli gelir haricinde gelirden değişiklik olmadığı müddetçe fiili ödemelerin istenemeyeceği de bilinmektedir<sup>25</sup>. Ayrıca bağlanan gelirin kesildiği veya kesilmesi

---

davalıların sorumluluğu belirlenen kusur oranlarıyla sınırlı olacaktır (Ankara BAM. 10HD., 19.01.2023, E. 2021/1418, K. 2023/149).

<sup>24</sup> Somut olaya gelince; dava dışı sigortalının 09.07.2007 tarihinde davalı şirketlere ait işyerinde geçirdiği iş kazasında sağ ön kolunun koptuğu, %47,2 oranında sürekli iş göremezlik durumuna girdiği, davacı Kurum tarafından sigortalıya gelir bağlandığı, geçici iş göremezlik ödeneği ödendiği ayrıca hastane ve tedavi masrafı yapıldığı, bu suretle oluşan Kurum zararının rücu tahsili istemiyle Bursa 2. İş Mahkemesinde açılan davada 10.12.2009 tarihli ve 2009/263 E., 2009/953 K. sayılı karar ile davalıların toplam %80 kusurlu olduklarının belirlendiği, davanın kabulüne ilişkin verilen kararın davalı Toksan A.Ş. vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 13.10.2011 tarihli ilamı ile onanarak kesinleştiği, dava dışı sigortalıya 30.09.2014 tarihinde başparmak dahil tüm parmaklar elektronik mikroişlemcili kontrollü programlanabilir dirsek altı kol protezi takıldığı, protez bedelinin davacı Kurum tarafından 06.11.2014 tarihinde ödendiği, eldeki dava ile protez bedelinin davalılardan rücu tahsilinin talep edildiği anlaşılmıştır.20. Şu hâlde yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; 09.07.2007 tarihinde meydana gelen iş kazasında %47,2 oranında sürekli iş göremez hâle gelen sigortalıya teknolojik gelişmeler nedeniyle iş kazasından uzun süre sonra 30.09.2014 tarihinde takılan kol protez bedelinden primleri tahsil eden Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumlu olması gerektiği, işverenin uzun süre dava tehdidi altında bırakılmasının sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına geleceği, bu nedenle direnme kararının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır (YHGK., 07.10.2021, E. 2018/707, K. 2021/1176).

<sup>25</sup> Kaza tarihinde yürürlükte bulunan 5510 Sayılı Kanununun 21. Maddesine göre kurumun rücu alacağı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olduğundan mahkemece gerçek zarar hesabı yapılmış ve alınan hesap raporu denetime elverişli ve gerekçeli olduğu ve hesaplanan gerçek zararın bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinden fazla olduğu, ilk peşin sermaye değeri esas

gereğinin, yargılama sürecinde ortaya çıktığı durumlarda; Kurumun ödemediği veya ödemeyecek olduğu gelir kesimini rücu istemeyeceği yönü de, tazmine yönelik davada gözetilmesi gereken genel ilkeler arasında bulunmaktadır<sup>26</sup>.

İş kazası nedeniyle ortaya çıkan maluliyet oranının kesin şekilde tespit edilerek rücu edilebilecek miktar belirlenebilir. Kontrol muayenesi gerektiren durumlarda maluliyet oranının kesinleştiğinden söz edilemez. Mahkeme kararlarında da kontrol muayenesi kaydına vurgu yapılarak kontrol muayenesinin sonucu beklenerek iş göremezlik oranının değişmesi nedeniyle ilk peşin değere etkisinin araştırılması gerektiği belirtilmektedir<sup>27</sup>.

İş kazası nedeniyle bağlanan gelirlerin değişmesi ilk olarak iş göremezlik oranının artması ya da azalması nedeniyle gerçekleşebilir. Ancak bunun yanında sigortalının yaşlılık aylığı alması nedeniyle iş göremezlik geliri yarıya düşebilir. Aynı şekilde hak sahibine de ölüm aylığı bağlanması nedeniyle ölüm gelirin 5510 sayılı Kanun m. 54 uyarınca yarıya düşürülmesi söz konusu olabilecektir.

Bağlanan gelirin kesilmesi de mümkündür. Aşağıda da ifade edileceği üzere kontrol muayenesine sigortalının gitmemesi ya da kontrol muayenesi sonucunda maluliyet oranının yüzde 10'un altında belirlenmesi durumunda sürekli iş göremezlik gelirin kesilmesi gerekecektir. Ölüm geliri alan erkek çocuğun okulunu bitirmesi, çalışmaya başlaması ya da kız çocuğunun veya hak sahibi eşin evlenmesi durumlarında da bağlanan gelir kesilir. Bahsi geçen durumlarda rücu hakkı belirlenirken ilk peşin değerli gelir ile Kanuna yabancı bir kavram olan fiili ödemeler de dikkate alınarak rücu hakkının kapsamı belirlenmektedir. Gerçekten kanunda

---

alınarak hesaplama yapıldığı, ilk peşin sermaye değeri yönünden karar verildiğinden ayrıca fiili ödeme miktarına karar verilmemesinin isabetli olduğu (Ankara BAM. 10HD., 06.06.2024, E. 2023/678, K. 2024/1719).

<sup>26</sup> Y10HD., 15.09.2022, E. 2022/8452, K. 2022/10627.

<sup>27</sup> Sürekli iş göremezlik derecesi, 506 sayılı Kanunun 26.maddesi kapsamında kurumun rücu alacağını oluşturan miktara doğrudan etkili bulunmakta olup, kontrol muayene kaydının sonucunda meslekte kazanma gücü kaybı oranında değişiklik olup olmadığı, değişiklik olması halinde değişikliğin, ilk peşin sermaye değerli gelire etkisinin olup olmadığının belirlenmesi ile sonucuna göre karar vermek gerekir (Y10HD., 25/04/2022, E. 2022/3370, K. 2022/6289).

gelirin miktarında değişiklik veya gelirin kesilmesi halinde rücu hakkının akıbetinin nasıl belirlenmesi gerektiği yönünde bir hüküm bulunmadığından Yargıtay tarafından fiili ödemelerin dikkate alınması suretiyle sorun çözümlenmeye çalışılmıştır.

### A. İş göremezlik Oranının Değişmesi Halinde Rücu Hakkının Kapsamı

İş göremezlik oranının değişmesi halinde ilk peşin değerli gelirin de değişen orana göre belirlenmesi gereklidir<sup>28</sup>. Bu sebeple maluliyet oranının değişmesinin ilk peşin değerli gelire etkisi de araştırılmalıdır<sup>29</sup>. Sürekli iş göremezlik oranının belirlenmesine ilişkin kararda kontrol muayenesi kaydı bulunmakta ise bu takdirde kontrol muayenesinin de beklenmesi gerekir<sup>30</sup>. Sürekli iş göremezlik geliri veya ölüm geliri bağlanması

<sup>28</sup> Sürekli işgöremezlik derecesinin zaman içinde iyileşme göstererek düştüğü tespit edilirse, sürekli işgöremezlik derecesinin düşme tarihinin açıkça belirlenmesi gerekir. Bu durumda, düşmeye bağlı olarak değişime uğrayan gelir, yüksek işgöremezlik oranı nedeniyle bağlanmış olan başlangıçtaki gelir olup; gelir hesabındaki unsurlardan biri olan işgöremezlik oranındaki düşme karşısında, başlangıçtaki gelirin, değişen işgöremezlik oranına uyarlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durumda, peşin sermaye değerli gelirin, gelir başlangıç tarihi itibarıyla, düşen işgöremezlik oranına göre belirlenmesi; yeni oran üzerinden belirlenmiş olan peşin sermaye değerli gelire, gelir başlangıç tarihinden sürekli iş göremezlik derecesinin düştüğü tarihe kadar ödenen gelirin, yüksek işgöremezlik oranı ile düşen işgöremezlik oranı arasındaki fark işgöremezlik oranına karşılık gelen miktarının ilavesi gerekeceğinden ve ayrıca başlangıçtaki gelir onay tarihi de değişmeyeceğinden, bu ilkelere göre Kurumdan ilk peşin değer sorularak bildirilecek rakamlar üzerinden ve belirlenen kusur oran ve aidiyetlerine göre, taleple bağlılık ilkeside gözetilerek karar verilmesi gerekir. Kaza tarihi itibarıyla, sürekli işgöremezlik derecesinin % 27,2 olduğu belirlenirse, bu kez, gelir bağlama onay tarihi itibarıyla, ilk peşin değerli gelirin Kurumdan sorularak tespiti gerekir (Y10HD., 18.06.2020, E. 2019/2945, K. 2020/3550).

<sup>29</sup> Sigortalının işgöremezlik oranının kontrol muayene sonucu artmasının bağlanan ilk peşin değerli gelire etkisinin davalı Kurum'dan sorularak belirlenmesi ve kazalı işçinin işe giriş bildirgesinin davalı işveren tarafından kaza tarihi sonrasında verildiği dikkate alınarak hüküm kurulması gerekir (İstanbul BAM. 34HD., 22/02/2023, E. 2021/1181, K. 2023/431).

<sup>30</sup> Sigortalının Kurumca tespit edilen %100 meslekte kazanma gücü kaybı oranına 03.06.2017 de kontrol muayene kaydı konulduğu anlaşılmaktadır. Sigortalıda oluşan %100 meslekte kazanma gücü kaybı oranı bakımından kontrol kaydı varlığı ve bu durumun rücu alacağına doğrudan etkili bulunması karşısında, Mahkemece, kontrol muayene kaydının sonucu araştırılarak, meslekte kazanma gücü kaybı oranında değişiklik olup olmadığı, değişiklik olması halinde en başından itibaren mi, yoksa azalma kaydıyla mı değiştiği ve gelirin kesilip kesilmediği ile Kurumca

sonrasında gelirlerin değişmesi halinde hangi tarihte bağlanan gelirin rücu edilebileceğine yönelik bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Konu Yargıtay kararları ile çözüme kavuşturulmuştur. Yargıtay'a göre kontrol muayenesi kaydı bulunup bulunmadığı, gelirin kesilip kesilmediği ve varsa fiili ödemelerin tespit edilerek sonuca göre hareket edilmelidir<sup>31</sup>.

### 1. İş Göremezlik Oranının Artması Nedeniyle Gelirin Artması

İş göremezlik oranının artması halinde kurum tekrar rücu talebinde bulunabilir<sup>32</sup>. Bu itibarla yapılan fiili ödemeler ve onay tarihi itibarıyla

---

yapılan fiili ödeme olup olmadığı hususu Kurumdan sorularak ilk peşin değer belirlenip, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir (Y10HD., 18.05.2021, E. 2020/1845, K. 2021/6416).

<sup>31</sup> Dosya kapsamı incelendiğinde sigortalı Abdullah Oflaz'ın Kocatepe Sağlık Sosyal Güvenlik Merkezinin 21.06.2015 tarih 5985 sayılı raporuna göre %15 sürekli iş göremezlik raporu verilmiş, yardıma muhtaç olmadığı, 12.11.2017 tarihinde kontrol muayene kaydı konulduğu anlaşılmaktadır. Sigortalının sürekli iş göremezlik oranı kurumun alacağına doğrudan etkilidir. Her ne kadar mahkemece, kontrol muayene kaydının sonucu kurumdan sorulmuş ise de gönderilen belgelerin bir kısmı okunaklı olmadığından sürekli iş göremezlik oranında değişiklik olup olmadığı, anlaşılamaaktadır. Bu nedenle mahkemece bu husus açıklığa kavuşturularak, değişiklik olması halinde en başından itibaren mi, yoksa azalma kaydıyla mı değiştiği ve gelirin kesilip kesilmediği, oranın azalması halinde ise Kurumdan yeni orana göre ilk peşin sermaye değeri hesaplatılarak yapılan fiili ödeme olup olmadığına da belirlenmesi gerekmektedir (Ankara BAM. 10HD., 07/12/2023, E. 2022/1540, K. 2023/2507).

<sup>32</sup> Yukarıda yer alan açıklamalar ışığında; hükme esas alınan kusur raporunun olaya uygun, açıklayıcı ve denetime elverişli olduğu, Kurum zarar kalemleri ve miktarlarının doğru belirlendiği, gerçek zararın belirlenmesine yönelik hesap raporunun yöntemine uygun olduğu, taleple bağlı kalınarak hüküm kurulmasına ve sigortalının değişen ve son maluliyet oranı %34,20 üzerinden hesaplanacak ilk psd ve fiili ödemeler belirlendiğinde bakiye kurum zararının ileride açılması muhtemel ek davada istenmesinin mümkün görülmesine göre ; İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığından, davacı Kurum vekili ile davalı vekilinin istinaf istemlerinin 6100 sayılı HMK'nın 353/1-b.1 bendi uyarınca esaslan reddine karar verilmiştir (İstanbul BAM. 34HD., 06/12/2023, E. 2022/2317, K. 2023/3551);

Somut olayda, 12/03/2015 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu % 17,2 oranında malul kalan 21/02/1978 doğumlu Veysi Sevim'e 33.755,84 TL ilk peşin sermaye değerli gelir bağlandığı, 7.944,64 TL tedavi gideri yapıldığı, 5.797,57 TL geçici iş göremezlik ödeneği ödendiği, sigortalının açtığı maddi tazminat dava dosyasında alınan kusur bilirkişi raporu ve bu dosyada iş güvenliği uzmanı bilirkişi heyetinden alınan kusur raporunda işverenin % 50 oranında kusurlu olduğunun bildirildiği, yapılan gerçek zarar tavan hesabı sonucu belirlenen miktarın ilk peşin değer üzerinde olması sebebiyle mahkemece ilk peşin sermaye değeri ile yapılan masraf ve

peşin değerli gelir nazara alınarak değerlendirme yapılmaktadır<sup>33</sup>. Diğer bir deyişle, gelirin başlangıç tarihinden itibaren artan sürekli iş göremezlik oranına göre (aynı tarihte geçerli bulunan peşin sermaye değeri hesap verileri gözetilerek) ilk peşin sermaye değerli gelirin belirlenmesi gerekmektedir<sup>34</sup>.

ödemelerin işveren kusur karşılığı esas alınarak karar verildiği, sigortalının sürekli iş göremezliği sebebiyle kontrol kaydı bulunmakta ise de bu konunun taraflarca istinafa getirilmediği, sürekli iş göremezlik oranının artması halinde kurumun fark için ileride açacağı ek dava ile talepte bulunabileceği anlaşılmakla (Ankara BAM., 10HD., 23.09.2020, E. 2019/1263, K. 2020/1111).

<sup>33</sup> Sigortalı E... A...’ın 15/06/2009 tarihinde davalı işyerinde çalışırken geçirdiği iş kazası sonucu yarralandığı. Olayın iş kazası olarak değerlendirildiği sigortalıya %12,20 sürekli iş göremezlik oranı üzerinden peşin sermaye değerli gelir bağlandı. Yüksek Sağlık Kurulunun 17/07/2017 tarihinde sigortalının sürekli iş göremezlik derecesini %18 olarak tespit etmesi üzerine 30/11/2017 onay tarihli peşin sermaye değerli gelir bağlandı, fiili ödeme yapıldığı, Ankara 17. İş Mahkemesinin 27/01/2019 tarihli 2018/101 esas- 2019/66 karar sayılı kararı ile sürekli iş göremezlik derecesinin %30,2 belirlenmesi üzerine 19/11/2020 onay tarihli peşin sermaye değerli gelir bağlanmıştır. Fiili ödeme, geçici iş göremezlik ödeneği ve tedavi gideri yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece alınan kusura ilişkin bilirkişi heyet raporu ile davalı işverenin %80, kazalı işçinin ise %20 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği, mahkemece denetime elverişli, gerekçeli ve dosya kapsamına uygun bu rapora itibar edilmesinde isabetsizlik bulunmadığından istinaf nedenleri yerinde görülmemiştir (Ankara BAM. 10HD., 01/02/2024, E. 2022/2052, K. 2024/229); Sigortalı H...’in 27/06/2014 tarihinde davalı işyerinde çalışırken geçirdiği iş kazası sonucu %47,2 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiği, kontrol muayenesi neticesinde düzeltme kaydı ile 21/05/2019 tarihinden itibaren %49 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiğinin tespit edildiği ve davacı SGK tarafından sigortalı için ilk peşin sermaye değerli gelir bağlandı, tedavi masrafı yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece alınan ve itibar edilen kusura ilişkin bilirkişi heyet raporu ile davalı işverenin % 95, kazalı işçinin ise %5 oranında kusurlu olduğunun tespit edildiği, mahkemece denetime elverişli, gerekçeli ve dosya kapsamına uygun bu rapora itibar edilmesinde isabetsizlik bulunmadığından taraf vekillerinin bu yöndeki istinaf nedenleri yerinde görülmemiştir. Somut olayda, dava dışı sigortalının değişen SİD oranına göre bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin kurumca bildirildiği ve yine kurumca gönderilen belgelere göre değişen oran gözetilerek fark fiili ödeme tutarının mahsup edildiği, mahkemece kurumun gönderdiği miktarlara itibarla hüküm kurulduğu anlaşılmakla davalı kurum vekilinin bu yöndeki istinafının yerinde görülmediği, verilen kararın yerinde olduğu görülmektedir (Ankara BAM. 10HD., 04.07.2024, E. 2023/872, K. 2024/1984).

<sup>34</sup> Dosya kapsamı incelendiğinde, sürekli iş göremezlik derecesi %50,5 oranında olan sigortalıya 28.06.2001 (24.10.2001 onay tarihli) gelire girme tarihinden itibaren 39.835,81TL ilk peşin sermaye değerli gelir bağlandı, Yapılan kontrol muayenesi üzerine en son 18.08.2011 tarihli (16.10.2011 onay tarihi) ödeme döneminden itibaren

Öncelikle artan iş göremezlik oranına göre tekrar ilk peşin değerli gelir tespit edilmektedir. İş göremezlik oranında meydana gelen artış nazara alınarak fiili ödemelerin artan orandaki kısmı, artan iş göremezlik oranına göre belirlenen ilk peşin değerli gelirden mahsup edilmek suretiyle rücu edilebilecek miktar ortaya çıkarılır<sup>35</sup>. Örneğin, sigortalının tespit edilen iş göremezlik oranı % 81 ve 01.10.2016 tarihi itibarıyla gelir bağlanmış iken kesin sürekli işgöremezlik oranı 31.10.2019 tarihinden itibaren “artma” kaydı ile %88 olarak tespit edilmiştir. Kazalı sigortalıya bağlanan gelirlerin 01.10.2016 tarihinden itibaren %81 sürekli işgöremezlik oranı üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerine ilişkin ilk PSD Tablosunda hesaba esas alınan 926,08 TL’lik ilk aylık gelir, artma kaydı ile tespit edilen %88 sürekli işgöremezlik oranına uyarlanarak (926,08

%73 oranı üzerinden 62.311.43 TL gelir bağlandığı ve gelirin değiştiği tarihe kadar 60.721,57 TL fiili ödeme yapıldığı belirtilmiştir. Sürekli iş göremezlik oranındaki artışa bağlı olarak değişime uğrayan gelir, yüksek iş göremezlik oranı nedeniyle bağlanmış olan başlangıçtaki gelir olup; gelir hesabındaki unsurlardan biri olan iş göremezlik oranındaki değişim karşısında, başlangıçtaki gelirin, değişen iş göremezlik oranına uyarlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durumda, peşin sermaye değerli gelirin, gelir başlangıç tarihi itibarıyla, artan iş göremezlik oranına (%73) göre belirlenmesi, yeni oran üzerinden belirlenmiş olan bu peşin sermaye değerli gelirden, gelir başlangıç tarihinden sürekli iş göremezlik derecesinin arttığı tarihe kadar ödenen gelirin, yüksek iş göremezlik oranı ile düşen iş göremezlik oranı arasındaki fark iş göremezlik oranına (%22,5) karşılık gelen miktarının çıkarılması gerekecektir. Öte yandan başlangıçtaki gelir onay tarihinin esas alınması gereği de dikkate alınmalıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde bulunacak ilk peşin değerli tutara kusur uygulanmak suretiyle kurum alacağı saptanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Dairemiz ilkeleri çerçevesinde, gelirin başlangıç tarihi olan 24.10.2001 tarihinden itibaren %73 sürekli iş göremezlik oranına göre (aynı tarihte geçerli bulunan peşin sermaye değeri hesap verileri gözetilerek) ilk peşin sermaye değerli gelirin belirlenmesi gerekmekte olup, söz konusu eksikliğin giderilmesi hususu, geri çevirme kararımız ile ikmal edilemediğinden, mahkemece bu hususta bilirkişi raporu alınıp, 24.10.2001 tarihinden itibaren %73 sürekli iş göremezlik oranına göre (aynı tarihte geçerli bulunan peşin sermaye değeri hesap verileri gözetilerek) ilk peşin sermaye değerli gelirin hesaplanması ve yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde Kurum alacağının hesaplanıp ortaya çıkan sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir (Y10HD, 25.05.2022, E. 2021/11529, K. 2022/7875).

<sup>35</sup> Somut olayda, dava dışı sigortalının değişen SİD oranına göre bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin kurumca bildirildiği ve yine kurumca gönderilen belgelere göre değişen oran gözetilerek fark fiili ödeme tutarının mahsup edildiği, mahkemece kurumun gönderdiği miktarlara itibarla hüküm kurulduğu anlaşılmalı davalı kurum vekilinin bu yöndeki istinafının yerinde görülmediği, verilen kararın yerinde olduğu görülmektedir (Ankara BAM. 10HD., 04.07.2024, E. 2023/872, K. 2024/1984).

TL/81x88=) 1.006,11 TL'lik ilk aylık gelir üzerinden ve %81 işgöremezlik oranı üzerinden düzenlenen SGK İlk Peşin Sermaye Değeri Hesaplama Tablosundaki diğer tüm hesap unsurları aynı kalmak üzere, kazalı sigortalıya bağlanan gelirlerin %88 sürekli işgöremezlik oranı üzerinden ilk peşin sermaye değeri hesaplanarak 221,986,10 TL bulunmuştur. Sigortalıya %81 işgöremezlik oranı üzerinden fiilen ödendiği bildirilen 40.824,41 TL'lik sigorta gelirlerinin (fiili ödemelerin) (88-81=) %7 fark işgöremezlik oranına isabet eden (40.824,41 TL/81x7=) 3.528,04 mahsup edilerek kalan (221,986,10 TL'lik PSD)-3.528,04 TL(Fark Fiili ödeme] 218.316,94 TL'lik İlk PSD tutarı işverenin kusuruna isabet eden kısmının rücu edilebileceği sonucuna ulaşılacaktır<sup>36</sup>

İşgöremezlik oranının yeni bir iş kazasının meydana gelmesi nedeniyle artması halinde de Balthazard formülü ile belirlenen yeni oran üzerinden bağlanacak ilk peşin değerli gelire bu tarihe kadar yapılan fiili

<sup>36</sup> Sigortalının sürekli işgöremezlik oranı 05.12.2017 tarihli SGK Sürekli İşgöremezlik Derecesi Tespitine İlişkin Sağlık Kurulu Kararında "kontrol muayene kaydı" ile %81 ve Önceki raporun tanziminden sonra dosyaya gelen 28.01.2020 tarihli SGK Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespitine İlişkin Kurum Sağlık Kurulu Kararına göre kontrolü gerekmeyen kesin sürekli işgöremezlik oranı 31.10.2019 tarihinden itibaren "artma" kaydı ile %88 olarak tespit edilmiştir. Mahkemece bu hususta ilgili Sosyal Güvenlik Merkezine yeniden müzekkere yazılmış gelen cevabi yazıda; manuel olarak işlem yapılamadığı, işlemlerin dijital ortamda yapıldığı, yeterli personel bulunmadığı şeklinde cevap verilmesi nedeniyle mahkememizce hesap raporuna itibar edilmiş, kazalı sigortalıya bağlanan gelirlerin 01.10.2016 tarihinden itibaren %81 sürekli işgöremezlik oranı üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerine ilişkin İlk PSD Tablosunda hesaba esas alınan 926,08 TL'lik ilk aylık gelir, artma kaydı ile tespit edilen %88 sürekli işgöremezlik oranına uyarlanarak (926,08 TL/81x88=) 1.006,11 TL'lik İlk aylık gelir üzerinden ve %81 işgöremezlik oranı üzerinden düzenlenen SGK İlk Peşin Sermaye Değeri Hesaplama Tablosundaki diğer tüm hesap unsurları aynı kalmak üzere, kazalı sigortalıya bağlanan gelirlerin %88 sürekli işgöremezlik oranı üzerinden ilk peşin sermaye değeri hesaplanmıştır. SGK Gaziosmanpaşa Sosyal Güvenlik Merkezinin 19.02.2021 tarihli cevap yazısı ekindeki Fiili Ödeme Tablosunda İşgöremezlik oranındaki artış tarihine kadar davacıya %81 işgöremezlik oranı üzerinden fiilen ödendiği bildirilen 40.824,41 TL'lik sigorta gelirlerinin (fiili ödemelerin) (88-81=) %7 fark işgöremezlik oranına isabet eden (40.824,41 TL/81x7=) 3.528,04 mahsup edilerek kalan (221,986,10 TL'lik PSD)-3.528,04 TL(Fark Fiili ödeme] 218316,94 TL'lik İlk PSD tutarı geçici işgöremezlik ödeneği ve tedavi giderlerinin davalı işverenin %90 kusuruna isabet eden rücu edilebilecek bölümü hesaplanmış ve bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değeri nedeniyle davacı Kurumun talep edebileceği rücu alacağı 196.612,25 TL olarak hesaplanmıştır (İstanbul BAM. 34HD., 11.10.2023, E. 2021/2797, K. 2023/2949).

ödemeler eklenerek sonuca gidilmektedir<sup>37</sup>. İlk kazada oluşan maluliyet oranının yüzde onun altında kalması halinde ise ikinci kazanın toplam maluliyet oranına etkisi ile birlikte ilk peşin değerli gelirin dikkate alındığı belirtilmelidir<sup>38</sup>.

## 2. İşgöremezlik Oranının Azalması Nedeniyle Gelirin Azalması

İşgöremezlik oranının azalması halinde de gelir değişen orana göre belirlenmektedir. Bu halde baştaki yüksek iş göremezlik oranı nedeniyle fazladan ödenen tutarlar yeni oran üzerinden peşin değerli gelire eklenerek

<sup>37</sup> Dosyadaki bilgi ve belgelerden, Kurum sigortalısı Ahmet Bayarslan'ın 05/03/2011 tarihinde atermite çatının kırılması sebebiyle düşmesi ve 23/10/2012 tarihinde açık kalıp sistemli eksantrik preste çalışırken sol elinin pres içinde kalması sonucu olmak üzere iki ayrı iş kazası geçirdiği, Kurum müfettişinin düzenlediği raporda, her iki olayın iş kazası olarak bildirildiği, işverenin % 90, kazazedenin % 10 kusurlu olarak bildirildiği, Kurumun sağlık kurulu raporu ile birinci kaza sebebiyle % 40,2 ikinci kaza sebebiyle % 4 oranında olmak üzere % 42,59 birleştirme oranıyla 75.908,24 TL ilk peşin sermaye değerli gelir bağlandığı, ikinci iş kazasına kadar 4.724,48 TL fiili ödeme yapıldığının bildirildiği, Ankara 2. İş Mahkemesi'nde görülen maddi tazminat dosyasında alınan iki ayrı bilirkişi raporunda birinci kaza sebebiyle işverenin % 90, kazazedenin % 10, ikinci kaza sebebiyle işverenin % 100 kusurlu olarak belirtildiği, ilk heyetin düzenlediği ek raporda da benzer kusur oranının bildirildiği, rücu istemli bu dosyada da üç kişilik iş güvenliği uzmanı bilirkişi kurulundan rapor alındığı, maddi tazminat davasındaki bilirkişi raporlarındaki görüşe benzer görüşle birinci kaza sebebiyle işverenin % 90, kazazedenin % 10, ikinci kaza sebebiyle işverenin % 100 kusurlu olarak belirtildiği, kaldırma kararı sonrası ATK İhtisas Dairesinden alınan raporda davacının birleştirilmiş maluliyet oranının %42.59 olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır (Ankara BAM. 10HD., 21.09.2023, E. 2022/619, K. 2023/1745).

<sup>38</sup> Dosya kapsamından, kurum sigortalısı Mehmet Doğan'ın 23/12/2000 tarihinde geçirdiği kaza nedeni ile sürekli iş göremezlik oranının %5,2, dava konusu kaza sonucu ise %11,9 olduğu ve sigortalıya toplam %16,48 iş göremezlik oranına göre 23/10/2018 gelir bağlama onay tarihli 20.562,06 TL ilk peşin sermaye değerli gelir bağlandığı, 01/05/2018 - 31/07/2018 arasında 669,93 TL fark fiili ödeme yapıldığı, 1.510,00 TL geçici iş göremezlik ödemesi ödendiği, ikinci iş kazasının sürekli iş göremezlik oranına etkisinin %11,47 olduğunun ve %11,47 oranına isabet eden ilk peşin sermaye değerli gelirin 14.311,09 TL olduğu anlaşılmıştır (Ankara BAM. 10HD., 09.02.2023, E. 2021/1576, K. 2023/250).



sonuca gidilmelidir<sup>39, 40</sup>. İşverenin tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı belirlenirken; gelirin başladığı tarih itibariyle indirilmiş hali üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerli gelir

<sup>39</sup> Sürekli iş göremezlik derecesindeki düşmeye bağlı olarak değişime uğrayan gelir, yüksek işgöremezlik oranı nedeniyle bağlanmış olan başlangıçtaki gelir olup; gelir hesabındaki unsurlardan biri olan işgöremezlik oranındaki düşme karşısında, başlangıçtaki gelirin, değişen işgöremezlik oranına uyarlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu durumda, peşin sermaye değerli gelirin başladığı tarih itibariyle düşen işgöremezlik oranına göre belirlenmesi zorunlu olup; başlangıçtaki yüksek işgöremezlik oranı nedeniyle fazladan (yüksek işgöremezlik oranı ile düşen işgöremezlik oranı arasındaki fark iş göremezlik nedeniyle) ödenen fark gelirlerin, yeni oran üzerinden belirlenmiş olan peşin sermaye değerli gelire ilavesi gereği bulunmaktadır.

Bu itibarla Mahkemece, davalının tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı belirlenirken; gelirin başladığı tarih itibariyle indirilmiş hali üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerli gelir miktarına, indirme tarihine kadar yapılan fark fiili ödeme miktarının eklenmesi suretiyle gelirin ilk peşin sermaye değerli gelir miktarının belirlenmesi, yine gerçek zarar hesabı yapılırken bilinen dönem yönünden davacının işgöremezlik oranındaki değişiklik miktarlarının dikkate alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir (Ankara BAM. 10HD., 14.03.2024, E. 2022/2550, K. 2024/703); Y10HD., 26.09.2022, E. 2022/8674, K. 2022/11232.

<sup>40</sup> Sürekli iş göremezlik derecesindeki düşmeye bağlı olarak değişime uğrayan gelir, yüksek iş göremezlik oranı nedeniyle bağlanmış olan başlangıçtaki gelir olup; gelir hesabındaki unsurlardan biri olan iş göremezlik oranındaki düşme karşısında, başlangıçtaki gelirin, değişen iş göremezlik oranına uyarlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durumda, peşin sermaye değerli gelirin başladığı tarih itibariyle düşen iş göremezlik oranına göre belirlenmesi zorunlu olup; başlangıçtaki yüksek iş göremezlik oranı nedeniyle fazladan (yüksek iş göremezlik oranı ile düşen iş göremezlik oranı arasındaki fark iş göremezlik nedeniyle) ödenen fark gelirlerin, yeni oran üzerinden belirlenmiş olan peşin sermaye değerli gelire ilavesi gereği bulunmaktadır (İstanbul BAM. 34HD., 01.03.2023, E. 2021/1280, K. 2023/482); Dairemizin 05.10.2020 tarihli geri çevirme kararı sonrasında Kurum tarafından; %30,2 sürekli iş göremezlik oranı üzerinden hesaplanan, gelir başlangıç tarihi 29.04.2005 ve tahsis onay tarihi 01.06.2010 olan ilk peşin sermaye değerli gelir ve ilk peşin sermaye değerli sosyal yardım zammı miktarını gösteren peşin sermaye değeri hesapları tablosunun gönderildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece yapılacak iş, 26.09.2007 tahsis onay tarihi ve 09.08.2006 gelire girme tarihi itibariyle, aynı tarihte geçerli bulunan peşin sermaye değeri hesap verileri gözetilerek %30,2 sürekli iş göremezlik oranı üzerinden hesaplanacak ilk peşin sermaye değerli gelir ile ilk peşin değerli sosyal yardım zammının miktarı davalı Kurumdan sorulup saptanarak; saptanacak bu miktara, 09.08.2006-03.01.2008 tarihleri arası fark iş göremezlik (%35- %30,2 = %4,8) oranı nedeniyle fazladan yapılan ödeme miktarı ilave edilmek suretiyle gelirin ilk peşin sermaye değeri belirlenerek, varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekir (Y10HD., 22.03.2021, E. 2021/2186, K. 2021/3715); Aynı yöndeki karar için bkz.: Y10HD., 10.03.2021, E. 2021/1031, K. 2021/3073; Y10HD., 18.05.2022, E. 2022/4352, K. 2022/7377).

miktarına, indirme tarihine kadar yapılan fark fiili ödeme miktarının eklenmesi suretiyle gelirin ilk peşin sermaye değerli gelir miktarının belirlenmesi, yine gerçek zarar hesabı yapılırken bilinen dönem yönünden davalının işgöremezlik oranındaki değişiklik miktarlarının dikkate alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir<sup>41</sup>. Örneğin, sürekli göremezlik oranındaki azalma tarihine kadar %32,2 sürekli işgöremezlik oranı üzerinden yapılan fiili ödemeler toplamı 22.668,05 TL; peşin değerli gelir ise 40.740,81 TL'dir. Maluliyet oranının % 13,1'e düşmesi durumunda  $(32,2-13,1=)$  %19,1 fark işgöremezlik oranına karşılık gelen fiili ödemelerin  $(22.668,05 / 32,2 \times 19,1=)$  13.445,96 TL'lik bölümü İlk PSD'ye ilave edilerek  $(40.740,81 \text{ TL uyarlanmış İlk PSD}) + 13.445,96 \text{ TL fark fiili ödeme} = 54.186,77 \text{ TL tutarındaki uyarlanmış ilk PSD tutarının rücuacağı hesabına esas alınması gerekecektir}$ <sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Ankara BAM. 10HD., 14.03.2024, E. 2022/2550, K. 2024/703; Dosya kapsamı incelendiğinde, sürekli iş göremezlik derecesi %73 oranında olan sigortalıya 01.11.2014 gelire girme tarihinden itibaren (21.10.2015 onay tarihli) 129.426,81 TL ilk peşin sermaye değerli gelir bağlandığı, Yapılan kontrol muayenesi üzerine, 01.06.2017 tarihli (09.01.2020 onay tarihi) ödeme döneminden itibaren %60 oranı üzerinden 75.194,69 TL gelir bağlandığı ve gelirin değiştiği tarihe kadar 22.473,29 TL fiili ödeme yapıldığı belirtilmiş ise de; Dairemiz ilkeleri çerçevesinde, gelirin başlangıç tarihi olan 01.01.2014 tarihinden itibaren %60 sürekli iş göremezlik oranına göre (aynı tarihte geçerli bulunan peşin sermaye değeri hesap verileri gözetilerek) ilk peşin sermaye değerli gelirin belirtilmesi gerekmekte olup, söz konusu eksikliğin giderilmesi hususu, geri çevirme kararımız ile ikmal edilemediğinden, mahkemece bu hususta bilirkişi raporu aldırılıp, 01.01.2014 tarihinden itibaren %60 sürekli iş göremezlik oranına göre (aynı tarihte geçerli bulunan peşin sermaye değeri hesap verileri gözetilerek) ilk peşin sermaye değerli gelirin hesaplanması ve yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde Kurum alacağının hesaplanıp, gerçek zarar hesabı ile mukayese edildikten sonra ortaya çıkan sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir (Y10HD., 18.05.2022, E. 2021/11084, K. 2022/7417; aynı yöndeki karar için bkz.: Y10HD., 13.01.2022, E. 2021/12048, K. 2022/325).

<sup>42</sup> İstanbul BAM. 34HD., 13/03/2024, E. 2022/2394, K. 2024/536; Sigortalının iş göremezlik oranı %14,2'den %11,1'e düştüğünden mahkemece kurumdan peşin sermaye değerli gelirin, gelir başlangıç tarihi itibarıyla (ilk gelire giriş tarihi), düşen (azalan) iş göremezlik oranına göre belirlenmesi; istenildiği halde kurum tarafından hesaplama yapılmadığından mahkemece bu hususta bilirkişi raporu alınmış, denetime elverişli bilirkişi raporuna göre 11,1 maluliyete göre sigortalının ilk peşin sermaye değerli gelirin 19.400,40TL olduğu ve kontrol muayenesine kadar olan dönem de ödenen gelirin, fark maluliyete isabet eden miktarının peşin sermaye değerine 1.571,02TL ilave edilmesi gerektiği ve toplam 20.971,42TL'nin %90 kusur karşılığı olan 18874,27

### 3. Gelir Bağlanan Kişiyeye Ayrıca Ölüm veya Yaşlılık Aylığı Bağlanması Nedeniyle Gelirin Yarıya Düşmesi

Rücu davasına bağlanan gelirin ölüm aylığı bağlanması suretiyle değişmesi nedeniyle de Yargıtay'a göre ilk peşin değerli gelir belirlenerek bu tarihe kadar yapılan fiili ödemelerin yarısı eklenmeli, ardından da gelirin başladığı tarihteki ilk peşin değerli gelir ile kıyaslanarak hüküm kurulmalıdır<sup>43</sup>. Bu sebeple, mahkeme tarafından sigortaliya bağlanan iş

TL ilk peşin değerli gelirin talep edilebileceği hesaplanmıştır (Ankara BAM. 10HD., 07.03.2024, E. 2022/2514, K. 2024/637).

<sup>43</sup> Ankara BAM. 10HD., 16/05/2024, E. 2023/390, K. 2024/1478;

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, dava dışı sigortalı Sıtkı Gülşen'in 1997 tarihinden itibaren davalı nezdinde kaynak ustası olarak çalıştığı, sigortalıdaki rahatsızlığa pnömokonyoz teşhisi konulduğu ve rahatsızlığın meslek hastalığı olarak kabul edildiği, sigortalının % 17 oranında malül kaldığının tespit edildiği, SGK teftiş raporunda işverenin %100 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği mahkemece alınan kusur raporunda işverenin %90, sigortalının %10 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği, sigortalıya 01/04/2016 tarihinde sürekli iş göremezlik geliri bağlandığı, yine sigortalıya 01/03/2018 tarihinde yaşlılık aylığı bağlandığı ve aylığın sürekli iş göremezlik gelirinde fazla olması nedeniyle gelirin yarıya düşürüldüğü, sigortalıya toplam 8.652,12-TL fiili ödeme yapıldığı, alınan hesap raporunda, gelirin yarıya düşürülmesi nedeniyle gelir bağlama başlangıç tarihi itibarıyla peşin değerli gelirin, hesaplandığı fiili ödeme eklenerek yarıya indirildiği ve yeniden hesaplanıp yarıya indirilmiş, peşin değerli gelir üzerinde kusur oranı dikkate alınarak alacak miktarının hesaplandığı anlaşılmaktadır (Ankara BAM. 10HD., 11.01.2024, E. 2022/1716, K. 2024/39); Kurumun, sigortalıya bağladığı ilk peşin sermaye değerli gelirden fazlasını isteme hakkı bulunmadığı gibi; bağlanan gelirin kesildiği veya kesilmesi gereğinin, yargılama sürecinde ortaya çıktığı durumlarda; Kurumun ödemediği veya ödemeyecek olduğu gelir kesimini rücu istemeyeceği yönü de tazmine yönelik davada gözetilmesi gereken genel ilkeler arasında bulunmaktadır. Dava konusu edilen gelirlerin, 506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi (5510 sayılı Yasa'nın 54. madde) uyarınca indirildiğinin anlaşılması halinde; davalının tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarının; gelirin başladığı tarih itibarıyla 506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi (5510 sayılı Yasa'nın 54. madde) uyarınca indirilmiş hâli üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerli gelir miktanna, indirme tarihine kadar yapılan fiili ödeme miktarının yarısı da eklenmesi suretiyle belirlenmelidir. Mahkemece; dava konusu edilen gelirlerin, 506 sayılı Kanunun 92. maddesi (5510 sayılı Yasa'nın 54. madde) uyarınca yarıya indirilmiş olup olmadığı belirlenerek yarıya indirildiğinin belirlenmesi halinde gelirin başlangıç tarihi itibarıyla 506 sayılı Yasa'nın 92. madde (5510 sayılı Yasa'nın 54. madde) uygulaması gözetilerek belirlenmiş (yukarıda anlatılan şekilde hesaplanmış) miktarını gösterir ilk peşin sermaye değeri Kurumdan sorulmalı, davalının tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde belirlenmeli ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir (Y10HD., 14.09.2022, E. 2022/7089, K. 2022/10494).

kazası gelirlerine 5510 sayılı Kanununun 54. maddesinin uygulanıp uygulanmadığının Kurumdan sorulması ve anılan kanunun 54. maddesinin iş kazası gelirlerine uygulandığının anlaşılması halinde buna göre hareket edilmelidir<sup>44</sup>.

Yaşlılık ya da ölüm aylığı bağlanması sonucu iş göremezlik geliri- nin yarıya indirilmesi halinde gerçek zararı hesabı aylık bağlandığı tarihe kadar yapılarak fiili ödemeler ile karşılaştırma yapılmalıdır<sup>45</sup>. Sürekli iş

Bölge Sağlık Kurulu'nun 27/05/2015 tarihli raporuna göre; kazalının sürekli işgöremezlik derecesinin % 31 olduğu, 20/Ekim/2018 tarihinde kontrol muayenesi gerektiği belirtilmiş, İzmit SGM'nin 13/03/2020 günlü yazısı ve ekindeki Kurum Sağlık Kurulunun 05/11/2018 tarihli/3641 sayılı kararının incelenmesinde azalma kaydıyla MKG-KO'nun % 14 olarak belirlendiği, kontrol kaydı olmadığı, Gebze 1. İş Mahkemesinin 2015/876 E. sayılı hak sahibi dosyasının, 05/12/2012 tarihinde feragat nedeni ile reddine karar verildiği, Gebze Cumhuriyet Başsavcılığınca, 2012/12 nolu soruşturma hakkında şikayet yokluğundan kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiğinin bildirildiği, İlk peşin sermaye değerli gelirin, Kurum yararına tazmini mümkün kısmının belirlenebilmesi için gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 16/11/2017 Tarih, E:2015/20251 K: 2017/8041) Mahkemece yaptırılan 14.03.2021 havale tarihli ek hesap bilirkişi raporu ile; Kazalıya, yapılan ödemelere ilişkin olarak, gelir bağlama tarihi 01/04/2012 tarihinden azalma kaydına kadarki 20/10/2018 tarihine kadar olan dönemde toplam yapılan ödeme tutarı tablo olarak toplamda, %31 sürekli iş göremezlik derecesi üzerinden 41.195,51TL olarak bildirildiği, Buna göre; hesaplama %14 sürekli iş göremezlik derecesi üzerinden yapılarak yapılan fiili ödeme dikkate alınarak davacı kurumun rücu limitleri gösterilmiş, ilk PSD ve fiili ödemeli gelir toplanarak 112.456,87 TL den %80 kusura göre iç ve dış tavan hesabı yapıldığında kurumun talep edebileceği tutarın 89.965,49, PSD olduğu, yapılan iş göremezlik ödeneği bakımından 3.764,67TL den kurumun talep edebileceği tutarın 2.867,26 TL olmak üzere toplamda 92.832,75 TL olarak tespit edildiği, 5510 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden sonra meydana gelen iş kazaları sonucu oluşan kurumun işverenenden rücu hakkının 5510 sayılı Yasanın 21.maddesine göre ilk peşin sermaye değerli gelirin kurum yararına tazmini mümkün kısmının belirlenebilmesi için gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğunun Yargıtay'ın istikrar kazanan içtihatlarında vurgulandığı, mahkemece buna uygun hesap raporunun alındığı (İstanbul BAM. 34HD., 17.05.2023, E. 2021/2272, K. 2023/1485).

<sup>44</sup> Y10HD., 12.01.2023, E. 2022/12616, K. 2023/315; Y10HD., 26.05.2022, E. 2021/4397, K. 2022/7911.

<sup>45</sup> Dosyadaki bilgi ve belgelerden, dava dışı sigortalı Ç... B...'ın davalı nezdinde çalışırken 10/11/2015 tarihinde meydana gelen kazada yaralandığı, yaralanma nedeniyle %37,2 oranında malul kaldığı, meydana gelen olayın kurum tarafından iş kazası olarak kabul edildiği ve sigortalıya 85.807,79- TL bedelli sürekli iş göremezlik geliri bağlandığı, ayrıca geçici işgöremezlik ödemesi ve tedavi masrafı yapıldığı, kurum teftiş kurulu raporunda işverenin %100 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği,

göremezlik gelirin yarıya indirildiği durumlarda, peşin sermaye değerli gelirin, gelir başlangıç tarihi itibariyle %50 üzerinden belirlenmesi, bu oran üzerinden belirlenmiş olan peşin sermaye değerli gelire, gelir başlangıç tarihinden gelirin yarıya düştüğü tarihe kadar ödenen gelirin %50

mahkemece alınan kusur raporunda işverenin %70 sigortalının %30 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği, sigortalıya 01/11/2017 tarihinde yaşlılık aylığı bağlandığı, ve sigortalıya bağlanan gelirin yarıya düşürüldüğü ve yarıya düşürülen sürekli işgöremezlik gelirin PSD 'sinin ise 48.737,00- TL olduğu, ayrıca sigortalıya yaşlılık aylığının bağlandığı tarihe kadar toplam 9.120,91- TL fiili ödeme yapıldığı, alınan hesap raporunda sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanması nedeniyle aylığın bağlandığı tarihten sonraki dönem yönünden gerçek zararı hesabı yapılmadığı ve sigortalının gerçek zararının yaşlılık aylığı bağlandığı tarihe kadar olan kısmı için gerçek zarar hesabı yapıldığı ve bu miktarlar üzerinde %70 kusur karşılığı Kurum alacaklarına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, sigortalıya 01/11/2017 tarihi itibari ile yaşlılık aylığı bağlanmış olup, bu tarihten sonraki dönem yönünden gerçek zarar hesabı yapılmayacaktır. Bu tarihe kadar yapılan gerçek zararın ise yarıya düşürülmüş PSD li değerden daha az olduğundan bu miktar üzerinden kusur karşılığı Kurum alacaklarına hükmedilmesi gerekmektedir (Ankara BAM., 10HD., 17.02.2022, E. 2020/1050, K. 2022/249);

O halde %79 iş göremezlik nedeniyle uyulan bozma kararı çerçevesinde inceleme yapıp 5510 sayılı Kanun 54 üncü maddesi gereğince Kurumdan gelirlerin birleştiği tarihe kadar davacıya yapılmış olan fiili ödemeler ile bu tarih itibariyle hesap edilen ilk peşin sermaye değerinin sorulması, aynı zamanda gecici iş göremezlik ödeneğinin de SGK'da sorularak bu gelir ve ödeneklerin Türk Borçlar Kanununun 55 inci maddesi ile 5510 sayılı Kanun'un 21/4 üncü maddesi kapsamında rücuya kabil kısmını 15.02.2013 tarihli hesap raporundaki tazminat alacağından mahsubu noktasında dosyada rapor düzenleyen bilirkişilerden farklı bir hesap bilirkişiden denetime elverişli mahiyette rapor almak suretiyle ortaya konulması, anılan raporun hükme esas alınarak karar verilmesi gerekmektedir (Y10HD., 26.12.2023, E. 2022/10542, K. 2023/13487); Davaya konu iş kazası nedeniyle davacılar bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerlerinin ve gelir ve aylığın birleşmesi halinde 5510 sayılı Kanununun 54. Maddesi kapsamında işlem yapılmış ise gelir ve aylığın birleşmesi tarihindeki ilk peşin sermaye değerleri ile fiili ödeme miktarları mevcut ise SGK'dan sorularak söz konusu bilgilerin dosyaya kazandırılması (Y10HD., 08.11.2022, E. 2021/12144, K. 2022/13810); 4. Dava konusu edilen gelirin, 5510 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesi uyarınca indirildiğinin anlaşılması halinde; davalının tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı; gelirin başladığı tarih itibariyle 5510 sayılı Yasa'nın 54. maddesi uyarınca indirilmiş hali üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerli gelir miktarına, indirme tarihine kadar yapılan fark fiili ödeme miktarının da eklenmesi suretiyle bulunan tutar ile yarıya indirilmemiş tam gelir üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerinin karşılaştırılması sonucu düşük olan esas alınarak belirlenmelidir (Y10HD., 08.03.2023, E. 2023/2154, K. 2023/2242); aynı yöndeki karar için bkz.: Y10HD., 10.05.2022, E. 2021/3874, K. 2022/6807; Y10HD., 31.03.2022, E. 2022/2260, K. 2022/4774).

fark oranına karşılık miktarının ilavesi gerekecektir<sup>46</sup>. Bunun sonucu olarak belirlenecek tutar ile yarıya indirilmesi nedeniyle hesaplanacak ilk

<sup>46</sup> Dosyadaki bilgi ve belgelerden, dava dışı sigortalı Sıtkı Gülşen'in 1997 tarihinden itibaren davalı nezdinde kaynak ustası olarak çalıştığı, sigortalıdaki rahatsızlığa pnömokonyoz teşhisi konulduğu ve rahatsızlığın meslek hastalığı olarak kabul edildiği, sigortalının % 17 oranında malül kaldığının tespit edildiği, SGK teftiş raporunda işverenin %100 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği mahkemece alınan kusur raporunda işverenin %90, sigortalının %10 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği, sigortalıya 01/04/2016 tarihinde sürekli iş göremezlik geliri bağlandığı, yine sigortalıya 01/03/2018 tarihinde yaşlılık aylığı bağlandığı ve aylığın sürekli iş göremezlik gelirinde fazla olması nedeniyle gelirin yarıya düşürüldüğü, sigortalıya toplam 8.652,12-TL fiili ödeme yapıldığı, alınan hesap raporunda, gelirin yarıya düşürülmesi nedeniyle gelir bağlama başlangıç tarihi itibarıyla peşin değerli gelirin, hesaplandığı fiili ödeme eklenerek yarıya indirildiği ve yeniden hesaplanıp yarıya indirilmiş, peşin değerli gelir üzerinde kusur oranı dikkate alınarak alacak miktarının hesaplandığı anlaşılmaktadır (Ankara BAM. 10HD., 11.01.2024, E. 2022/1716, K. 2024/39); Dosyadaki bilgi ve belgelerden, dava dışı sigortalı Kemal Demirel'in davalı nezdinde çalışırken 03/05/2001 tarihinde, meydana gelen kazada yaralandığı ve % 16 oranında malül kaldığı, yaralanma olayının Kurum tarafından iş kazası olarak kabul edildiği, sigortalıya Aralık/2009 tarihinde sürekli iş göremezlik geliri bağlandığı, ayrıca geçici iş göremezlik ödeneği ödendiği, SGK teftiş raporunda işverenin % 100 oranında kusurlu olduğunun belirlendiği, mahkemece alınan kusur raporunda, işverenin kazanın meydana gelmesinde etkili olduğu, sigortalının kazanın meydana gelmesinde bir etkisinin bulunmadığının belirtildiği, sigortalıya Temmuz/2010 tarihi itibarıyla yaşlılık aylığı bağlandığı ve aylığın gelirden fazla olması nedeniyle gelirin yarıya düşürüldüğü, ve yarıya düşürülen gelirin peşin sermaye değerinin 26.329,29-TL olduğu, Aralık/2009 tarihinden Temmuz/2010 tarihleri arası 2269,58-TL fiili ödeme yapıldığı, alınan hesap raporunda yarıya düşürülen gelirin PSD değerinin yarısı dikkate alınarak hesaplama yoluna gidildiği ve hesaplanan bu miktarın kurum tarafından ıslah edildiği, mahkemece hüküm altına alındığı anlaşılmaktadır. Somut olayda, mevcut deliller karşısında, 506 sayılı yasanın 26. maddesi uyarınca davalı şirketin sorumlu olduğu kabul edilerek, verilen karar yerinde olmuştur (Ankara BAM. 10HD., 15.02.2024, E. 2022/2211, K. 2024/369); Kurumca olayın 5510 sayılı Kanun'un 13.maddesine göre iş kazası kabul edilmesi üzerine sigortalıya 17.10.2017 onay tarihli 66.198,20 TL peşin sermaye değerli gelir bağlandığını, sigortalıya 01.12.2016 tarihi itibarıyla yaşlılık aylığı bağlandığından iş kazası kolundan bağlanan gelirlerin yarıya indirildiği, 01.04.2016-01.12.2016 tarihlerinde 5.560,31 TL fiili ödeme yapıldığı, 6.618,28 TL geçici iş göremezlik ödeneği ödendiği ve 5.329,88 TL tedavi masrafı yapıldığı ve böylece toplam 83.706,67 TL Kurum zararı oluştuğu görülmüştür (İstanbul BAM. 34HD., 20.03.2024, E. 2022/2422, K. 2024/599); 4. Dava konusu edilen gelirin, 5510 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesi uyarınca indirildiğinin anlaşılması halinde; davalının tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı; gelirin başladığı tarih itibarıyla 5510 sayılı Yasa'nın 54. maddesi uyarınca indirilmiş hali üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerli gelir miktarına, indirme tarihine kadar yapılan fark fiili ödeme miktarının da eklenmesi suretiyle bulunan tutar ile yarıya indirilmemiş tam gelir üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerinin

peşin değerli gelirin karşılaştırılması sonucu rücu edilecek miktar belirlenmektedir<sup>47</sup>.

## B. Kurum Tarafından Bağlanan Gelirin Kesilmesi

Rücu davalarına konu ödemelerin sigortalının ölümü veya hak sahiplerinin evlenmesi, çalışmaya başlaması gibi nedenlerle kesilmesi veya değişmesi söz konusu olabilir. Bu durumda tüm süre nazara alınarak belirlenen ilk peşin değerli gelirin işverene ödettirilmesi de haksız sonuçlara sebebiyet verir. Yargı uygulamasında rücuya konu fiili ödemelerin belirlenmesi suretiyle ilk peşin değerli gelirin karşılaştırılması istenmektedir<sup>48</sup>. Fiili ödemeler ile ilk peşin değerli gelirin hangisi az ise ona hükmedilmesi gerektiği yönünde kararlara da rastlanmaktadır<sup>49</sup>.

---

karşılaştırılması sonucu düşük olan esas alınarak belirlenmelidir (Y10HD., 08.03.2023, E. 2023/2154, K. 2023/2242).

<sup>47</sup> Sigortalıya 01/05/2018 tarihine itibariyle gelir bağlandığı ve gelirin 23/10/2018 tarihi itibariyle yarıya indirildiği anlaşıldığından fiili ödeme tutarının da yarısının peşin sermaye değerli gelire eklenmesi gerekmektedir. Gelirin başlama tarihi 2018 olduğundan davalı vekilinin hesap raporuna dair istinaf nedenleri yerinde değildir (Ankara BAM. 10HD., 09.02.2023, E. 2021/1576, K. 2023/250); Ankara BAM. 10HD., 09.11.2023, E. 2022/1336, K. 2023/2280.

<sup>48</sup> Y10HD., 27.06.2022, E. 2022/4451, K. 2022/9887; Y10HD., 13.01.2022, E. 2021/12423, K. 2022/342.

<sup>49</sup> Hak sahibi çocuklardan Fatma'nın işe girmesi nedeniyle 21.08.2012 tarihinde gelirden çıktığı, bu tarih itibariyle de hak sahibi kız çocuğu için yapılan fiili ödemenin dosyaya gönderildiği anlaşılmakla, fiili ödeme ile ilk peşin sermaye değerinin karşılaştırılarak düşük olanın kusur karşılığının hüküm altına alınması gerekir (Y10HD., 02.03.2023, E. 2023/1189, K. 2023/1924); Somut olayda, sigortalının hak sahiplerinden olan eşi vefat nedeniyle, kız çocukları Semra ve Sevim ise evlenme nedeniyle gelirden çıktıkları, eş olan Fatma'ya 304,408,74-TL, kızı Sevim'e 36.429,00-TL, diğer kız çocuğu Semra'ya 27.105,00-TL fiili ödeme yapıldığı, alınan bilirkişi raporunda hak sahibi Fatma'nın gerçek zararının 152.747,00-TL, hak sahibi Serkan'ın 481,051,00-TL, Sevim'in 8.343,00-TL, Semra'nın ise 4.217,00-TL olduğu ortadadır. Bu durumda gelirden çıkan hak sahipleri Fatma, Sevim ve Semra için gerçek zararları az olduğu için bu miktarların, diğer hak sahibi Serkan için ise gerçek zarar fazla olduğundan peşin değerli gelirin dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerekmektedir. Bu durumda davacı kurumun toplam alacağı 230.792,25-TL olup bu miktar üzerinden davalının sorumluluğu bulunmaktadır (Ankara BAM., 10HD., 30.05.2024, E. 2022/1587, K. 2024/1632); Sigortalının öldüğü anlaşıldığından sigortalıya yapılan fiili ödeme toplamı kurumdan dairemizce sorulmuş, gelirin kesildiği tarihe kadar (01/01/2014-18/01/2016 arası) toplam 3.929,74 TL fiili ödeme yapıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda, ilk peşin değerli gelirin altında kaldığı gözetilerek fiili ödeme toplamının işveren kusurunun karşılığının hüküm altına alınması gerektiğinden kısa kararı ile gerekçeli kararı çelişen mahkeme kararı

İş göremezlik oranının % 10'un altına düşmesi nedeniyle de gelirin kesilmesi söz konusu olacağından yapılan fiili ödemelerin rücu gündeme gelecektir<sup>50</sup>. Böyle bir durumda kurum tarafından yapılan tüm ödemelerin belirlenmesi önem arz eder<sup>51</sup>. Aynı şekilde sigortalının ölmesi

---

kaldırılarak yeniden esas hakkında karar vermek gerekmiştir (Ankara BAM., 10HD., 17.09.2020, E. 2018/2613, K. 2020/1089).

- <sup>50</sup> Kurumca olayın 5510 sayılı Kanun'un 13.maddesine göre iş kazası kabul edilmesi üzerine sigortalıya %12 meslekte kazanma güç kaybından dolayı 13.06.2018 onay tarihli 51.863,57 TL peşin sermaye değerli gelir bağlandığı, meslekte kazanma güç kaybının azalma kaydıyla %8 olması nedeniyle 27.108,43 TL fiili ödeme yapıldığı, 3.324,39 TL geçici iş göremezlik ödeneği ödendiği ve 22.368,04 TL tedavi gideri yapıldığı ve böylece toplam 52.246,16 TL Kurum zararı olduğu görülmüştür (İstanbul BAM. 34HD., 20/03/2024, E. 2022/2802, K. 2024/604); Somut olayda; Toplanan delillere, SGK soruşturma belgelerine, Bakırköy 8. İş Mahkemesi'nin 2016/177 Esas sayılı dosyasına, kusur bilirkişi heyeti raporuna, hesap bilirkişisi raporuna ve tüm dosya kapsamına göre; olay günü davacı kurum sigortalısı Cemil Yılmaz' ın, davalının %75 oranında kusurlu davranışı sonucu iş kazası geçirerek maluliyete uğradığı, kurumca sigortalıya gelir bağlandığı, böylece kurum zararlarının olduğu, ancak maluliyet oranının daha sonradan iyileşme üzerine 0'a düşüp gelirin kesildiği, gelirin kesildiği tarihe kadar bilirkişi raporunda belirtilen miktar fiili ödemenin bulunduğu, bu fiili ödeme yönünden de bilirkişi raporunda belirtilen miktar davacının rücu hakkının bulunduğu, davacının bilirkişi raporuna göre de geçici iş göremezlik ödemesi ve hastane masrafı ve ilaç gideri açısından rücu hakkının bulunduğu, davanın ispatlandığı sonucuna varılmış, davanın kabulü yönünde hüküm kurulmuştur. Yapılan inceleme neticesinde; Mahkemece hükme esas alınan kusur raporunun 3 kişilik iş güvenliği uzmanlarından oluşturulmuş heyet tarafından verildiği, uzman bilirkişi heyeti tarafından düzenlenen kusur raporunun oluşa, olaya, dosya kapsamına uygun olduğu (İstanbul BAM. 34HD., 20.03.2024, E. 2022/2435, K. 2024/620); aynı yönde karar için bkz.: İstanbul BAM. 34HD., 15.05.2024, E. 2022/2717, K. 2024/928).
- <sup>51</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulu Kararında %24 sürekli işgöremezlik derecesi olarak belirlenen ve Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu ile akabinde Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 04.12.2017 tarihli raporuyla %27 olarak tespiti yapılan ve bu suretle gelirin başlangıç tarihi itibarıyla belirlenen oranın Adli Tıp Kurumu Adli Tıp İkinci Üst Kurulu raporuyla %8,2'ye düştüğü 01.03.2019 tarihine kadar sigortalıya ödenmesi gereken gelir ve fiili ödeme tutarlarının Kurumdan sorularak gönderilmesi için, dosyanın GERİ ÇEVİRİLMESİNE (Y10HD., 16.03.2022, E. 2022/444, K. 2022/3699); Dava dosyası içerisindeki peşin değerli gelir tablosunda sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerde 506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi uygulaması yapıldığının anlaşılması nedeniyle, gelir başlangıç tarihi olan 12.01.2003 tarihi itibarıyla hak sahibi eşi İlknur ve oğlu Muhammed'e (92. madde uygulanmış hali ile) gelir bağlanması halinde ilk peşin değerli tutarın ne miktarda olması gerekeceği ile gelirin yarıya indiği 01.09.2008 tarihine kadar yapılan fiili ödeme tutarlarının miktarlarının davacı kurumdan sorularak alınacak açıklayıcı cevabi yazının iş bu dava dosyasına



nedeniyle gelirin kesilmesi durumunda da yapılan fiili ödemelerin toplamının kusuru oranında rücu edilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir<sup>52</sup>. Hak sahibinin ölmesi ya da evlenmesi nedeniyle bağlanan gelirin kesilmesi halinde de aynı sonuca varılmalıdır<sup>53</sup>.

eklenmesinden sonra gönderilmek üzere, dosyanın mahal mahkemesine GERİ ÇEVİRİLMESİNE (Y10HD., 22.02.2022, E. 2020/1501, K. 2022/2349).

<sup>52</sup> Sigortalı B...’ in 28/11/2014 tarihinde davalı işyerinde çalışırken geçirdiği iş kazası sonucu %11,2 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiği ve davacı SGK tarafından sigortalı için ilk peşin sermaye değerli gelir bağlandığı, tedavi masrafı yapıldığı ve geçici işgöremezlik ödeneği ödendiği, sigortalı 18/06/2020 tarihinde öldüğünden 01/04/2014- 25/06/2020 tarihleri arası 14.764,28 TL fiili ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece alınan ve itibar edilen kusura ilişkin bilirkişi heyet raporu ile davalı işverenin %50, kazalı işçinin ise %50 oranında kusurlu olduğunun tespit edildiği, mahkemece denetime elverişli, gerekçeli ve dosya kapsamına uygun bu rapora itibar edilmesinde isabetsizlik bulunmadığından davalı vekilinin istinaf nedenleri yerinde görülmemiştir. Somut olayda, peşin sermaye değeri, geçici işgöremezlik ve tedavi gideri alacaklarının hükümde ayrı ayrı yazılmamasının sonuca etkili olmadığı, hükümdeki 14.242,81 TL alacağının 7.382,14 TL’ nin peşin sermaye değerli gelir alacağı yönünden yapılan fiili ödeme, 2.728,25 TL’ nin geçici işgöremezlik ödemesi, 4132,42 TL’ nin tedavi ve ilaç gideri alacağı olduğunun kurumca infazda gözetilmesi gerektiği (Ankara BAM. 10HD., 12/06/2024, E. 2023/785, K. 2024/1789); Eldeki davada, Dairemiz geri çevirme kararı sonrası; kazalıya 2009/7. aydan itibaren maluliyet aylığı bağlanmış olup 2009/ 7. aydan 2010/5. ay dahil tam aylık maaş almaya devam edip, 2010/ 6. ayda itibaren yarım aylığa maaşının düştüğü; iş kazasından tam gelir alıp maluliyet aylığından yarım aylık almaya vefat ettiği tarihe kadar devam ettiği; toplamda 92.537, 78 TL ödemenin yapıldığı, talep konusunda ıslah olmadığı anlaşılmakla; iş bu miktarın %80 kusura oranla tahsilinin talep edilebileceğinin belirtilmesi gerekir (Y10HD., 14.09.2022, E. 2022/7995, K. 2022/10504); Dava dışı kazalı R...’in sürekli iş göremezlik oranının azalma kaydıyla %37,20’den %24,20 düştüğü anlaşılmış olup, gelir başlangıç tarihi itibarıyla, düşen iş göremezlik oranına(%24,2 ) göre belirlenmiş olan peşin sermaye değerli gelir ve fiili ödeme tutarının Kurum’dan celbedilerek dosya içerisine alındıktan sonra gönderilmek üzere, dosyanın mahal mahkemesine GERİ ÇEVİRİLMESİNE (Y10HD., 13.04.2022, E. 2022/483, K. 2022/5557).

<sup>53</sup> 4. Somut olayda; davaya konu iş kazası sonucu vefat eden sigortalının haksahibi olan eşine bağlanan ölüm gelirlerinin, bilahare haksahipliği sıfatının ortadan kalkması nedeniyle kesilip fiili ödemeye dönüşmesine karşın, bu durum dikkate alınmayarak ölüm gelirinin ilk peşin sermaye değeri üzerinden tazmin kararı verildiği belirtilerek bozma yapılmış ise de mahkemece bu hususta bozma gerekleri tam olarak yerine getirilmemiştir (Y10HD., 22.03.2023, E. 2023/2598, K. 2023/2967); Kurumca olayın 5510 sayılı Kanun’un 13.maddesine göre iş kazası kabul edilmesi üzerine hak sahibi oğlu Muhammed Ali Baydar’a 30.10.2014 onay tarihli 10.714,26 TL peşin sermaye değerli gelir bağlandığı , evlenmesi nedeniyle gelirden çıkan eşi Pınar’a 5.701,95 TL fiili ödeme yapıldığı ve böylece toplam 16.416,26 TL Kurum zararı oluştuğu görülmüştür (İstanbul BAM. 34HD., 05.06.2024, E. 2022/2907, K. 2024/1095).

Kontrol muayenesi gerektiren durumlarda belirtilen tarihte kontrol muayenesinin yaptırılmaması durumunda da sürekli iş göremezlik gelirin kesilmesi ile fiili ödemelerin tahsil edilmesi gereklidir<sup>54</sup>. Aynı şekilde kontrol kaydının kaldırıldığı, maluliyet oranının yüzde sıfır olarak belirlendiği hallerde de fiili ödemelerin rücu edileceği yönünde karar verilmektedir<sup>55</sup>. Ancak burada da ilk peşin değerli gelir ile fiili ödemeler karşılaştırılarak bir sonuca gidilmektedir<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> SGK tarafından sigortalıya bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin 75.519.73.TL olduğu, adı geçene kontrol muayenesi yaptırmaması nedeniyle gelirin kesildiğini, fiili ödeme miktarı olarak (1.12.2015-21.10.2018 tarihleri arası) 16.516.05.TL fiili ödeme yapıldığı bildirilmiştir....Mahkemece yapılan yargılama, SGK kayıtları, maluliyet raporu, gelir bağlama kararları, PSD tablosu, kusura ilişkin bilirkişi raporu ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; dosya arasına alınan 11/03/2019 havale tarihli İş Güvenliği uzmanlarından oluşan bilirkişi kurulu tarafından tanzim edilen raporda tespit edilen kusur oranlarına göre davalıların 14.038,64.-TL fiili ödeme, 11.962,64.-TL geçici iş görmezlik ödeneğinden 15.638,59.-TL tedavi masrafından sorumlu olduğu anlaşılmış; davanın kabulüne dair hüküm kurulduğu görülmüştür....(İstanbul BAM. 34HD., 20.03.2024, E. 2022/2337, K. 2024/610).

<sup>55</sup> Sigortalı H...’in 27.08.2015 tarihinde davalı işyerinde çalışırken geçirdiği, 27.08.2015 tarihinde iş kazası sonucu yaralandığı, sigortalıya % 25 sürekli iş göremezlik oranı esas alınarak 01.04.2016 tarihinden itibaren sürekli iş göremezlik geliri bağlandığı, gelirin ilk peşin sermaye değerinin 52.558,74-TL, tahsis onay tarihinin 16.05.2017 olduğu, sigortalıya aynı tarih itibarıyla yaşlılık aylığı da bağlandığından 5510 Sayılı yasanın 54. Maddesi uyarınca iş kazası gelirin başlangıçtan itibaren yarım gelir üzerinden bağlandığı, SGK Kocatepe Sağlık Sosyal Güvenlik Merkezinin kontrol kaydının kaldırıldığı 06.03.2018 tarih ve 1849 sayılı Sağlık Kurulu kararı ile sigortalının sürekli iş göremezlik derecesinin 25.01.2018 tarihinden itibaren azalma kaydıyla % 0 olduğuna, yardıma muhtaç olmadığına kontrol muayenesi gerekmediğine karar verildiği ve gelirin 21.02.2018 tarihinden itibaren durdurulduğu, kendisine gelir başlangıç tarihinden gelirin durdurulduğu tarihe kadar (01.04.2016 – 20.02.2018) toplamda 6.703,56 TL fiili ödeme ve tedavi masrafı yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme alınan kusura ilişkin bilirkişi heyet raporu ile davalı işverenin % 70, kazalı işçinin ise %30 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği, mahkemece denetime elverişli, gerekçeli ve dosya kapsamına uygun bu rapora itibar edilmesinde isabetsizlik bulunmadığından istinaf nedenleri yerinde görülmemiştir (Ankara BAM. 10HD., 16.05.2024, E. 2023/430, K. 2024/1443).

<sup>56</sup> sürekli iş göremezlik derecesinin en başından itibaren mi, yoksa azalma kaydıyla mı değiştiği ve gelirin kesilip kesilmediği ile Kurumca yapılan fiili ödeme olup olmadığı hususu Kurumdan sorularak ilk peşin değer belirlenip, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi; sigortalının sürekli iş göremezlik derecesinin %10 oranının altına düşmesi sonucu gelirden çıkması halinde gelirden çıkma tarihine kadar sigortalıya ödenen fiili ödeme tutarı belirlenip, fiili ödemenin kusur karşılığı ile sigortalıya

## SONUÇ

İş kazasının meydana gelmesi durumunda sigortalının muhtemel gelir kaybını önlemek amacıyla sigortalıya sağlanan yardımların başında sürekli iş göremezlik geliri gelmektedir. Sigortalının ölümü halinde de hak sahiplerine ölüm geliri bağlanmaktadır. Bağlanan gelirler nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu bakımından ortaya çıkan zarar ise 5510 sayılı Kanun uyarınca işverene rücu edilerek giderilmeye çalışılır.

Rücu hakkının kapsamı belirlenirken iş göremezlik oranının kesinleşmesi büyük önem taşımaktadır. Nitekim dava esnasında iş göremezlik oranının değişmesi nedeniyle ilk peşin değerli gelirin azalması veya artması durumunda nasıl hareket edileceğine yönelik Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından gelirin azalması, artmasına bağlı olarak değişen durumlarda fiili ödemeleri dikkate alarak farklı formüller geliştirmiştir. Yine gelirin kesilmesi durumunda da ilk peşin değerli gelirin tamamının rücu edilmesi haksız bir sonuç yaratacağından fiili ödemeler de dikkate alınarak rücu edilebileceği kabul edilmiştir. Etkin bir sonuca ulaşabilmek için gelirin kesilmesi veya gelirin miktarında meydana gelen değişiklikler halinde nasıl hareket edileceğine yönelik mevzuata hükümler konulması düşünülmelidir.

---

bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin kusur karşılığının karşılaştırılması sonucu düşük olan miktara hükmedilmesi, 5510 sayılı Yasanın 21/1. maddesi kapsamında işveren yönünden talep söz konusu olduğunda, karşılaştırmanın gerçek zarar miktarı yönünden yapılacağına da gözetilmesi gerektiği unutulmamalıdır (İstanbul BAM. 34HD., 05.04.2023, E. 2021/1861, K. 2023/1037).

## KAYNAKÇA

- ALP**, Elif: İş Kazası ve Meslek Hastalığının Hukuki Niteliği, İş Sağlığı ve Güvenliği, Editörler: Gökçe Cerev/Yakup Köseoğlu, Bursa 2018.
- ALPER**, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, 10. Baskı, Bursa 2019.
- ATABEK**, Reşat: İş Kazası ve Sigortası, İstanbul 1978.
- ATASOY KARYAĞDI**, Yasemin: Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Kazası ve Yapılacak Parasal Yardımlar, Ankara 2021.
- BALCI**, Mesut/**SONER**, Birol/**AYDOĞAN**, Bahri/**YENER**, Ahmet: İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Maddi Tazminat Davaları, Ankara 2021.
- BALCI**, Mesut/**SONER**, Birol/**AYDOĞAN**, Bahri/**YENER**, Ahmet: İş İş Kazası ve Meslek Hastalığı, Ankara 2020.
- BAŞBUĞ**, Aydın: Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücuu, Ankara 1992.
- BAŞBUĞ**, Aydın: Sosyal Sigortalar Kurumunun Rücu Hakkı ve Buna Bağlı Temel Sorunlar, Prof.Dr.A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.
- BAYCIK**, Gaye: Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış, Sosyal Güvenlik Dergisi, C.7, S.1, 2017
- BOSTANCI**, Yalçın: Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı, Kamu-İş, C.8. S.1, 2005.
- CENTEL**, Tankut: İşyerine Getirilip Götürülme Sırasında Uğranılan Kaza-İş Kazası Kavramı, İş Hukuku Dergisi, Mart 1993.
- CIVAN**, Orhan Ersun: "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4) 2015: 1015-1070
- ÇUVALCI**, Ali: İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Davalar, Ankara 2021.
- ELMA**, Ramazan: Örnekler ve Uygulamalarla Sosyal Güvenlik Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2021.

- EMİRHAN**, Fatma: İşveren'in İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, İstanbul 2017.
- GÖRGÖZ**, Oğuzcan: İşveren'in İş Kazası Sonrası Tazminat ve Rücu Ödemeleri, Ankara 2019.
- GÜNEŞ**, Volkan: Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşveren'in İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, İstanbul 2017.
- GÜZEL**, Ali: Sosyal Güvenlik Kurumunun İşverene Rücu ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996.
- GÜZEL**, Ali/**OKUR**, Ali Rıza/**CANİKLİOĞLU**, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2021.
- KARAKAŞ**, İsa: SGK. İş Kazası Uygulamaları ve İş Kazası Davaları, Ankara 2011.
- KARATAŞ**, Huriye: İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşveren'in Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2019.
- KAYACAN**, Altan: İş Kazası ve Meslek Hastalıklarının İş Hukuku Bakımından Sonuçları, Ankara 2021.
- ÖZDEMİR**, Halil: İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Alacağından Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu, Sosyal Sigorta Hukuku İncelemeleri I, Editörler: Ali Nazım Sözer, Mahmut Kabakçı, Halil Özdemir, Ankara 2022.
- ÖZTÜRK**, Meltem: Sürekli İşgöremezlik Geliri Hesaplama Usulüne İlişkin Bir İnceleme, Sosyal Sigorta Hukuku İncelemeleri I, Editörler: Ali Nazım Sözer, Mahmut Kabakçı, Halil Özdemir, Ankara 2022.
- SARAÇ**, Coşkun: Sosyal Sigortalar Kurumları ve İşveren Açısından İş Kazası, Ankara 1998.
- SOLAK**, Serdar: Türk Hukukunda İşveren'in İş Kazasından Doğan Sorumluluğu, İstanbul 2020.
- SÖZER**, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2023.
- SÜMER**, Haluk Hadi/**KAYIRGAN**, Hasan: Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları, Ankara 2023.

**SÜMER**, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2024.

**TAŞKENT**, Savaş: İş Kazası Kavramı, Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001.

**TUNCAY**, A. Can: İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Kurumun Sigortalıya Yaptığı Giderler İçin İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücu Davalarında Bazı Sistemler ve Yüksek Yargı Organları Kararlarında Beliren Esaslara Genel Bir Bakış, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996.

**TUNCAY**, A. Can/**EKMEKÇİ**, Ömer/**GÜLVER**, Ender: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2023.

**UMDU**, Ersin: 5510 Sayılı Kanun Öncesi ve Sonrası İşveren Sorumluluğu İle İlgili Rücu Davaları, Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları, Editörler: Aydın Başbuğ/Mehmet Bulut, Ankara 2016.

## MARKA TESCİLİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN GÖRÜŞLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Ali YAŞAR\*

### Öz

Marka olarak seçilip kullanılmak istenen bir işaretin TÜRKPATENT nezdinde tescilinin yapılması, marka hakkı sahiplerine üçüncü kişilere karşı mutlak hak niteliğinde bir hak bahşetmektedir. Bu bakımdan oldukça önemli bir süreç olan marka tescil süreci, bir takım inceleme ve denetim işlemlerini bünyesinde barındırmakta ve kamu adına üçüncü kişilere de görüş bildirme olanağı sunmaktadır. İtiraz sürecinin aksine, sadece ilgililerin değil herkesin ileri sürebileceği bu görüşler, sınırlı hukuki sonuçlar doğurması ve fakat kamu yararına bir işlev üstlenmesi bakımından oldukça önemlidir. SMK m.17’de düzenlenen bu hak, mutlak ret nedenleri (m.5/1-ç hariç) gerekçe gösterilerek kullanılabilen ve görüş sahiplerini Kurum nezdinde işlemlere taraf yapmamaktadır. Kurum, görüşleri değerlendirir ve yerinde bulursa, marka başvurusunu kısmen veya tamamen reddedebilir. Bu çalışmada öncelikle kavram olarak tescil işlemine değinildikten sonra üçüncü kişi görüşlerinin hukuki niteliği, konusu ve sonuçları üzerinde durulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

- Marka • Marka Tescili • Marka Hakkı • İtiraz • Üçüncü Kişilerin Görüşleri

\* Dr. Öğr. Üyesi. Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Afyonkarahisar, Türkiye | Asst. Prof., Afyon Kocatepe University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Afyonkarahisar-Türkiye.

✉ dubio37@gmail.com • ORCID 0000-0002-5049-1309.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: YAŞAR, Ali: “Marka Tescilinde Üçüncü Kişilerin Görüşleri”, SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2205-2240.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## OBSERVATIONS BY THIRD PARTIES IN TRADE MARK REGISTRATION

### Abstract

Registration of a trademark at the TURKPATENT grants trademark rights holders an absolute right to exercise against third parties. In this respect, the trademark registration process, which is an essential process, includes several examination and inspection procedures and offers third parties the opportunity to express their observations on behalf of the public. Unlike the opposition process, these observations, which can be submitted not only by those concerned but also by everyone, are critical in terms of having limited legal consequences but fulfilling a function in the public interest. The right regulated under Article 17 of the IPL can be exercised by citing absolute grounds for refusal (except for Article 5/1-ç) and does not make the observation holders a party to the proceedings before the Office. The Office may reject the trademark application partially or entirely if it evaluates the opinions and finds them appropriate. In this study, registration as a concept is first discussed, then the legal nature, subject matter, and consequences of observations by third parties are emphasised.

### Keywords

• Trademark • Trademark Registration • Trademark Right • Opposition • Observations by Third Parties

### GİRİŞ

Marka başvurusunun yayımından sonra, herhangi bir grup veya hizmetleri sunanlar, malimal edenler ile ürün üreticilerini temsil eden bir organ; tacir veya tüketiciler dahil herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, TÜRK PATENT<sup>1</sup> nezdinde işlemlere taraf olmadan, işaretin Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)<sup>2</sup> m. 5'e göre, marka tescili için yeterli ve gerekli özellikleri taşımadığını belirten yazılı görüşlerini Kuruma sunabilmektedir. Ancak marka başvurusunun, SMK'nın m. 5/1-(ç) bendine aykırılığı nedeniyle tescil edilemeyeceğine ilişkin görüşler, üçüncü kişi görüşü olarak sunulamamaktadır. Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda çok fazla içtihadı konu olmamakla birlikte, düzgün ve

<sup>1</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRK PATENT) yeri geldikçe "Kurum" olarak anılacaktır.

<sup>2</sup> 6769 sayılı 22.12.2016 tarihli Sınai Mülkiyet Kanunu, RG: T. 10.01.2017, S.29944.



doğru işleyen bir pazarın tesisinde ve marka tescil sisteminin hukuki düzenlemelere uygunluğunun denetiminde önemli rol üstlenebilecek bir hak olarak üçüncü kişi görüşleri kamu yararı temelinde incelenmeye değer bir kurumdur. Herkesin kullanabileceği bu hak, mutlak ret nedenleri kapsamında gerekçeli ve yazılı olarak marka başvurusunun “Resmi Marka Bülteni”<sup>3</sup>nde yayımlanmasından başlayarak tescil anına kadar her zaman kullanılabilir. Ancak itiraz hakkına sahip olan ilgililerin, itiraz yerine üçüncü kişi görüşü sunması, Kurum nezdinde işlemlere taraf olamamaları noktasında taraf menfaatlerine elverişli olmayacaktır. Zira itiraz hakkı sahibi ilgililerin hem mutlak hem de nispi ret nedenlerine dayalı olarak Kuruma gerekçeli ve yazılı başvuru yapmaları mümkündür. Bununla birlikte itiraz hakkının, başvurunun Bülten’de yayımından itibaren iki ay içinde kullanılması gerekmektedir.

### I.MARKA HAKKININ KAZANILMASI VE TESCİL

Mülga 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)<sup>4</sup>’nin “Marka Hakkının Elde Edilmesi” başlıklı 6. maddesinde: “*Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan markakoruması tescil yoluyla elde edilir*”<sup>5</sup> düzenlemesi yer almaktaydı. SMK m. 7/(I) de aynı ifadeye yer vererek, Kanunun sağladığı marka korumasının tescil ile elde edileceği düzenlenmiştir. Yine m. 7/IV’e göre; üçüncü kişilere karşı markanın sağladığı haklar, marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade edecektir<sup>6</sup>. Bu düzenleme,

<sup>3</sup> Yeri geldikçe “Bülten” olarak anılacaktır.

<sup>4</sup> 556 sayılı, 24.6.1995 tarihli Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG: 27.06.1995, S. 22326.

<sup>5</sup> 556 sy. MarKHK öncesi yürürlükte olan 551 sayılı Markalar Kanunu m. 3’de benzer ifadeler yer almaktadır. Konuya ilişkin bkz: DÖNMEZ, İrfan, -En Son İtihatlarla Açıklamalı- Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992, s. 5.

<sup>6</sup> Yargıtay: “... markanın sahibine sağladığı haklar tescil ile oluşur ve üçüncü kişilere karşı tescilin yayımı tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Önce tescil ettiren kişi, o işaret üzerinde marka ile ilgili mal ve hizmetler için inhisar ve daha sonra başkasının marka olarak tescil ettirmesini menetme hakkını kazanır...” diyerek tescilin etkisine işaret etmiştir. Y. 11.HD, 8.4.2002, E. 2001/10860, K. 2002/3275 ve aynı yönde Y. HGK, 27.02.2002, E. 2002/11-62, K. 2002/115 sayılı kararları için bkz: KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 71 vd. Yargıtay’ın benzer kararları için ayrıca bkz: Y. 11. HD, 11.06.2020, E. 2018/5858, K. 2020/2798; Y. 11. HD, 15.04.2019, E. 2019/1256, K. 2019/2954; Y. 11. HD, 12.09.2022, E. 2021/1799, K

SMK kapsamında markanın sağladığı mutlak nitelikli hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği zamanı gösterirken, diğer yandan, SMK kapsamında markanın sağladığı korumanın tescil ile doğduğunu da belirtmektedir<sup>7</sup>.

Bu düzenlemeler dikkate alındığında, Kanun kapsamında markanın sahibine sağladığı ve üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği mutlak nitelikli hakların tescil ile oluştuğu sonucuna ulaşılabilecektir. Tescil bazı istisnalar dışında kurucu etkiye sahiptir<sup>8</sup>. Fakat marka hakkının mutlak hak olma niteliği tescile bağlı değildir. Tescil edilmemiş marka üzerinde de mutlak nitelikte herkese karşı ileri sürülebilen haklar söz konusudur<sup>9</sup>. Tescilin varlığı halinde SMK ile etkisi kuvvetlendirilmiş bir mutlak hakkın varlığından sözedebiliriz.

Marka sahipliğinin kazanılmasında eğer bir işaret ilk kez seçilip marka olarak tescili talep ediliyorsa tescil kurucu etkiyi haizdir ve marka sahipliği tescil işlemi ile edinilir. Buna “marka hakkının kazanılmasında tescil ilkesi” denilmektedir<sup>10</sup>. Sicilde hak sahibi görünen kişi veya kişiler aksi ispat edilinceye kadar gerçek hak sahibi sayılacaklardır. Zaman itibarıyla tescil için ilk harekete geçen, başvuru veya rüçhan hakkı elde eden kişiler hakkın öncelikli sahibi olacaktır. Buna “tescilde öncelik”

---

2022/5736; Y. 11. HD, 01.03.2021, E. 2020/1056, K. 2021/1843 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 10.08.2024).

<sup>7</sup> **TEKİNALP**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5.Bası, İstanbul 2012, §23, Kn. 2; **UZUNALLI**, Sevilay, Marka Hukuku, 2.Bası, Ankara 2021, s. 29; **ARKAN**, Sabih, Marka Hukuku, C.1, Ankara 1997, s. 124; **KAYA**, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 45-50; **GÜNEŞ**, İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 171-175; **YASAMAN**, Hamdi/AYOĞLU, Tolga/**YUSUFOĞLU BİLGİN**, Fülürya/**MEMİŞ KARTAL**, Pınar/**YÜKSEL**, Sinan H./**YASAMAN**, Zeynep), Sınai Mülkiyet Hukuku Şerhi (SMK Şerhi), C. II, Ankara 2021, s. 1615; **MEMİŞOĞLU**, Sami Özgür, Marka Hukukunda Mutlak Ret Nedenleri, Ankara 2019, s. 108.

<sup>8</sup> **YASAMAN**, SMK Şerhi, C. II, s. 1615; **AKER**, Yeşim, Marka Tescil Sürecinde Türk Patent ve Marka Kurumu Kararlarına karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar, Ankara 2021, s. 60-64

<sup>9</sup> **KAYA**, s. 42; **ÇOLAK**, s. 11-13; **YASAMAN**, SMK Şerhi, C.II, s. 1606; **ARKAN**, C. I, s. 126; **KAYA**, s. 39-40; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §1, Kn. 12, 17-20, 68.

<sup>10</sup> **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §23, Kn.2; **AKER**, s. 57.

ilkesi denilmektedir. Ve fakat bir işaret seçilip, tescil edilmeden kullanıma başlandıysa marka hakkı sahibi ilk kullanan kişi olacaktır<sup>11</sup>. Bu ilkeye ise “ilk kullanım” veya “gerçek hak sahipliği ilkesi” denilmektedir<sup>12</sup>. Bu ihtimalde marka üzerindeki gerçek hak sahipliği bakımından tescil, kurucu değil açıklayıcı nitelikte olacaktır. Bu itibarla SMK m. 7’de hakkın doğumundan değil, hakkın korunmasından söz edilmiştir<sup>13</sup>.

SMK’da (aynı şekilde 556 sayılı KHK’da) hakkın doğumu ve korunması noktasında tescil sistemine katı şekilde bağlı kalınmamıştır<sup>14</sup>. Getirilen birtakım ayrık hükümlerle sistemin yumuşatılması ve karma sisteme yaklaşılması tercih edilmiştir<sup>15</sup>.

Herhangi bir markanın tescilinden önce bir işaret kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış ise (m. 5/2), tanınmış bir marka söz konusuysa

- 
- <sup>11</sup> Yargıtay bir kararında; Türkiye’de tescilli olmasa da EUIPO’da tescil edilen ve tanınmış marka kabul edilen “AIRBUS” işaretinin hak sahipliğinin ilk kez markayı seçip, kullanıp tescil ettiren tarafa ait olduğuna hükmetmiştir. İçtihat metni için bkz: Y. 11. HD, 5.2.2020, E. 2019/2831, K. 2020/968 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 06.08.2024)
- <sup>12</sup> “...Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir. Buna “gerçek hak sahibi” denilir ve bu tescil açıklayıcı etkiye sahiptir. Buna mukabil bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçip tescil ettiren kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Ancak, bu tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etkiye sahipliği devam eder...” Y. 11. HD, 6.7.1998, E.1998/1734, K.1998/5146, (BATİDER, 1998, C.19, s. 283-284; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.06.2024).
- <sup>13</sup> Bu hükmün, bir düzen hükmü olduğu ve marka üzerindeki hakkı kazandırdığı şeklinde görüş için bkz: **YASAMAN**, Hamdi/**ALTAY**, Sıtkı Anlam/**AYOĞLU**, Tolga/**YUSUFOĞLU**, Fülürya/**YÜKSEL**, Sinan, Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi, C. I, İstanbul 2004, s.182; **YASAMAN**, SMK Şerhi, C.II, s. 1616.
- <sup>14</sup> **ARKAN**, C. I, s.129; **YASAMAN**, Hamdi, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11’nci HD’nin Kararı Üzerine Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1, S.2, 2004, s. 154-155.
- <sup>15</sup> **KAYA**, s. 49. Marka hakkının kazanılmasında benimsenen sistemler hakkında geniş bilgi için bkz.: **AKER**, s. 56-58; **SARI**, Onur, Türk ve ABD Hukuku Bağlamında Marka Hakkı Edinme Süreci, Ankara 2020, s.46-52; **PASLI**, Ali, Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul 2014, s. 38-39; **YASAMAN**, SMK Şerhi, C.II, s. 1607-1615.

(m. 6/4)<sup>16</sup> veya bir başkasının ad ve soyadını içeriyor yahut fikri ve sınai haklara daha önce konu olmuş bir işaret söz konusuysa (m. 6/6), işletme adı ve ticaret unvanı gibi ticari haklar önceden kazanılmış ise (m. 6/3), Madrid Protokolü kapsamında uluslararası marka başvurusu (m. 14/2) varsa, bahsedilen bu hakların sonraki tescile nispetle öncelik hakkı vardır<sup>17</sup>.

Yukarıda sıralanan hükümler dahilinde bir hakka sahip olanlar, marka daha başvuru sürecindeyken, başvuruya itiraz ederek tescili engelleme; tescil edilmiş ise, 25. madde gereği markanın hükümsüzlüğünü mahkemeden talep etme hakkına sahip olacaktır. Bu hükümlerin ortak noktası, marka üzerinde iddia edilen hakkın tescilden önce doğduğunun tespiti halinde, önceki hakkın üstün tutuluyor olmasıdır<sup>18</sup>.

Diğer taraftan SMK'nın 5/1-ç, 6/I, 7/IV, 25/1, 29, 30, 155 (556 sayılı KHK'nın 8/I-a, 9/III, 42/I-a,b, 61, 61A) gibi farklı maddelerinde yer bulan "teklif ve öncelik ilkesi" vardır<sup>19</sup>. Bu ilkeye göre, marka olarak tescilli ya da tescil amacıyla başvuru yapılmış yahut rüçhan hakkı elde edilmiş bir işaret, sonradan aynı veya benzer mal ve hizmetler seçilerek başkalarınca marka olarak tescil ettirilemez. Kanunla getirilen birtakım istisnalar

<sup>16</sup> Yargıtay'ın tanınmış markaların korunması hususunda verdiği istikrarlı kararları için bkz: Y. 11. HD, 6.7.1998, E.1998/1734, K.1998/5146. (BATİDER, 1998, C.19, s. 283-284; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 20.06.2024); Y. 11. HD, 19.4.2002, E. 2001/9903, K. 2002/3699 (YKD, C. 28, S. 9, Eylül 2002, s. 1346-1349); YASAMAN, Marka Hakkının Niteliği, s. 151, 152; YASAMAN, 556 sy. KHK Şerhi, C. 1, s. 187 vd., dnp. 39.

<sup>17</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn. 55-62; SULUK/KARASU/NAL, s. 205, 220-225; YASAMAN, SMK Şerhi, C.II, s. 1002-1138; ÇOLAK, s. 450-455; KAYA, s. 150-169.

<sup>18</sup> YASAMAN, 556 sy. MarKHK Şerhi, C. I, s. 183; YASAMAN, SMK Şerhi, C.II, s. 1622.

<sup>19</sup> ÇOLAK, s. 580-593; SMK m. 155'in ihdası ile oluşan mevzuatımızdaki nihai görünüş hakkında geniş değerlendirme için bkz: BOZGEYİK, Hayri/TABUR, Fatih Mehmet, "Marka Korumasında Tescil ve Öncelik İkilemi Üzerine Yargıtay ve ABAD Kararları Işığında Bir İnceleme", TAAD, S. 58, 2024, s. 278-294. "Öncelik İlkesi"nin "Teklif İlkesi"ne hizmet ettiğine ilişkin görüş için bkz: MEMİŞOĞLU, s. 470. Konuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz: Y.11. HD. 10.06.2020, E. 2018/5858, K. 2020/2798; Y. 11. HD. 03.10.2018, E. 2017/170, K. 2018/5946; Y. 11. HD. 05.02.2019, E. 2017/3695, K. 2019/827; Y.11. HD. 07.10.1999, E.1999/1724, K. 1999/7608; Y.11. HD. 02.03.2006, E. 2005/1359, K. 2006/3136. (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 10.08.2024).

haricinde aynı işaret üzerinde aynı anda tek bir kişi marka hakkı sahibi olabilir<sup>20</sup>.

Marka başvuru süreci, gerekli evrakların kuruma teslimi sonrası; şekli bakımdan inceleme, mutlak ret nedenleri bakımından inceleme, yayıma ve karara itiraz, varsa üçüncü kişilerin görüş ve gözlemlerinin değerlendirilmesi ve nihayetinde başvurunun tescili basamaklarından oluşmaktadır<sup>21</sup>. Başvuru [www.turkpatent.com.tr](http://www.turkpatent.com.tr) web adresinde “elektronik başvuru sistemi” sekmesinden yapılacak çevrimiçi başvuru ile kuruma yapılmak zorundadır. Fakat Türkiye’nin taraf olduğu Madrid Anlaşması ve ilgili Madrid Protokolü gereği yapılacak uluslararası marka başvuruları da Kuruma yapılmış başvuru olarak sonuç doğurmaktadır (SMK. m.14/1)<sup>22</sup>.

## II.ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN GÖRÜŞLERİ

### A. Genel Olarak Marka Tescilinde Görüş Bildirme

Tescil başvurusu yayımlandıktan sonra TÜRKPATENT nezdinde bu yayımdan haberdar olan kişilerin iki farklı hukuki yolu tercih etmeleri söz konusu olabilir. Birincisi Mülga 556 sy. KHK m. 34’te yer alan SMK’da ise m. 17’de düzenlenen “üçüncü kişilerin görüş bildirmesi” yoludur<sup>23</sup>. İkincisi ise SMK m. 18 ve 19’de düzenlenmiş olan yayıma itirazdır. Bu düzenlemeler çerçevesinde marka başvurusunun yayımından itibaren

<sup>20</sup> Bu kuralın başlıca istisnaları şunlardır: Önceki marka sahibinin, sonraki tescile muvafakat etmiş olması (m.5/3), sonraki tarihli markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde aralıksız beş yıl süreyle sessiz kalınmış olması (m. 25/6) yahut markasını haklı bir gerekçe olmaksızın aralıksız beş yıl süreyle kullanmamış olması (m.19/2) hallerinde bu ilke geçerli olmayacak ve sonraki tescile engel olunamayacaktır.

<sup>21</sup> **ASAN**, Habib/ÜNSAL, Önder Erol/VATANSEVER, Erman, Sınai Mülkiyet Hakları Uygulamaları, Kitap 3: Marka, Ankara 2021, s. 33-37; **YASAMAN**, Hamdi/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya/MEMİŞ KARTAL, Pınar/YÜKSEL, Sinan H./YASAMAN, Zeynep), Sınai Mülkiyet Hukuku Şerhi (SMK Şerhi), C.III, Ankara 2021, s. 2183 vd; **POROY**, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2012, s. 501.

<sup>22</sup> **UZUNALLI**, s. 28.

<sup>23</sup> **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 28.

sadece “ilgililer”<sup>24</sup> yayıma itiraz edebilecekken; mutlak ret nedenlerinin varlığından hareketle “herkes”, menfaat şartı aranmaksızın üçüncü kişi görüşü sunabilecektir. Diğer taraftan görüş bildirme hakkı sadece üçüncü kişilere mahsus bir kavram değildir. Yayıma ilgililerce itiraz edildiğinde, Kurum itirazlara ve sunulan delillere ilişkin görüşlerini süresinde sunması için marka tescil başvurusunda bulunan tarafa bildirimde bulunur (SMK m. 19)<sup>25</sup>. Bu süre, Uygulama Yönetmeliği<sup>26</sup> m. 28/4’te bir ay olarak belirtilmiştir. Görüş bildirimi, marka başvurusu ve itiraz edenlerin karşılıklı yazılı beyanlarının teatisi sonucu birden fazla da alabilir. Bunun sıklığına karar verme yetkisi Kuruma verilmiştir<sup>27</sup>. Eğer marka başvurusunda bulunan kişi görüşünü bildirmez, -eğer istenmişse- Kurumca istenen bilgi ve belgeleri sunmazsa, marka dairesince mevcut dosya üzerinden bir karar verilir. Dikkat edilirse burada sunulan görüşler, itiraz sürecinde tarafların karşılıklı önceki beyanlarına karşı cevap niteliğinde ileri sürdükleri görüşlerdir ve hukuki terim olarak “üçüncü kişilerin görüşleri”nden ayrışır.

Mülga MarKHK’nın yürürlükte olduğu dönemde açık bir düzenleme olmasa da uygulamada m. 34 gereğince sunulan üçüncü kişi görüşleri Kurumca tescil başvurusunda bulunana bildirilmekteydi. Fakat SMK m. 17’de bu yönde açık düzenleme yer almamakla birlikte Kurumun başvuru tarafa bir bildirimde bulunmadığı ifade edilerek bu husus

<sup>24</sup> İlgili kişilerin kimler olduğu noktasında farklı görüşler vardır. *Arkan*, daha önceki tarihte tescil edilmiş veya başvuruda bulunulmuş bir markanın sahibi, tescilsiz bir işareti markasal olarak kullanarak daha eski tarihte hak sahibi olan kişi olarak tanımlarken, *Tekinalp*, Mülga MarKHK m. 35’te açıkça menfaat şartı aranmasa da markanın tescilinden zarar göreceği olan yani menfaati olan kişileri ilgili kişi olarak kabul etmek gerektiğini ifade etmiştir. *Kaya*, ise itiraz edebilecek kişilerin nispi ret nedenleri kapsamında menfaati olan kişiler olması gerektiği kanaatindedir. Geniş bilgi için bkz.: **ARKAN**, C.I, s.96; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 33; **KAYA**, s. 171-172; Görüşlerin değerlendirilmesi için ayrıca bkz: **KARA**, Elif, Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi, İstanbul 2018, s. 180-182.

<sup>25</sup> **AKER**, s. 102-105

<sup>26</sup> Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, RG: T. 24.04.2017, S. 30047.bkz:<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=23528&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeliği&mevzuatTertip=5>(Erişim Tarihi: 11.08.2024).

<sup>27</sup> **YASAMAN**, SMK Şerhi, C.III, s. 2396.

eleştirilmiştir. Markalar Dairesi'nin yayıma itirazı değerlendirirken gerekli gördüğü süre ve sıklıkta tarafların itiraz ve karşı görüşlerini diğer tarafa bildirip yazılı görüşlerini alırken; üçüncü kişi görüşlerinin incelenmesi safhasında aynı yöntemi izlemeyecek olması öğretide eleştirilmiştir<sup>28</sup>. SMK m. 17'nin gerekçesinde 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü<sup>29</sup>nün 40. maddesine uyumlu olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Hem ilgili tüzüğün m. 40/4 düzenlemesinde hem de zikredilen tüzüğün yerini alan 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü<sup>30</sup>nün m. 45/4 düzenlemesinde üçüncü kişi görüşlerinin başvuru sahibine kendi görüşünü sunması için iletileceği ifade edilmiştir. AB hukukuna tam uyum açısından benzer bir düzenlemeye yer verilmesi uygun olacaktır. Üçüncü kişi görüşlerinin Kurumca başvuru sahibine bildirilerek karşı görüşünün sorulması, gerektiğinde ek bilgi ve belgelerin istenerek bu çerçevede dosya incelemesinin tamamlanması, mutlak ret nedenleri bakımından daha hızlı ve etkili bir marka tescil sisteminin yerleşmesi bakımından yerinde olacaktır<sup>31</sup>.

## B. Üçüncü Kişilerin Görüş Bildirme Hakkı

### 1. Genel Olarak

Başvurusu yayınlanan markaya karşı üçüncü kişiler Kurum nezdinde yazılı görüş sunabilirler. “Üçüncü kişi” kavramı neredeyse herkesi kapsayacak kadar geniş yorumlanmaktadır<sup>32</sup>. Çünkü bildirim için

<sup>28</sup> AKER, s. 89; YASAMAN, SMK Şerhi, C.III, s. 2381.

<sup>29</sup> 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü (OJ L 341, p. 21–94) için bkz: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2424> (Erişim Tarihi: 20.07.2024).

<sup>30</sup> 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü (OJ L 154, p. 1–99) için bkz: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32017R1001> (Erişim Tarihi: 21.07.2024).

<sup>31</sup> *Aker*, SMK 17/1'in devamına eklenecek fıkra ile “Kurum, birinci fıkrada belirtilen görüşleri başvuru sahibine bildirir ve bildirim tarihinden itibaren bir ay içinde bu görüşlere karşı beyanda bulunmalarını ister” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir (AKER, s. 90).

<sup>32</sup> Üçüncü kişi kavramına herhangi gerçek ve tüzel kişi girdiği gibi, meslek grubu, bilirkişiler, reklam ve tüketici kurum ve örgütleri gibi kurum ve grupların da girdiği hakkında bkz: TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 29.

burada kişisel hukuki menfaat aranmadığı gibi böyle bir görüş bildirimini kamu adına ve yararına yapılmış bir müdahale olarak görülmektedir<sup>33</sup>.

KHK m. 34 düzenlemesi ile SMK m. 17 arasında birtakım farklar vardır. Yeni düzenlemeye göre görüşler yazılı olduğu gibi gerekçeli de olmalıdır. Diğer yandan 5. maddenin (ç) bendi hariç diğer mutlak tescil engellerinin varlığı halinde ancak üçüncü kişiler görüş bildirebileceklerdir. SMK m. 5'in (ç) bendi markanın taklidini ve karıştırılma ihtimalini (iltibas) düzenleyen hükümlerendir. Buradaki karıştırılma ihtimali, m. 6/1'den farklı olarak, bir araştırmayı gerektirmeksizin ilk bakışta anlaşılabilir olmalıdır. Kurum, (ç) bendine dayanarak başvuruyu re'sen kısmen veya tamamen reddedebilecekken üçüncü kişiler bu bendi görüşlerine dayanak yapamayacaklardır. Kanaatimizce m. 5/1-(ç) bendinin 17. madde kapsamı dışında tutulmasının nedeni, bu durumda kamu menfaatinden çok, "muvafakat"<sup>34</sup> veya "vazgeçme" gibi hak sahiplerinin özgür iradelerinin etkili olduğu, uyuşmazlık halinde ise esaslı inceleme yahut yargılamayı gerektiren, taraf menfaati ağırlıklı bir hukuki olgunun varlığıdır<sup>35</sup>. Diğer yandan markasını tescil ettirmiş veya tescil başvurusunda bulunmuş kişi sonraki başvurunun yayımına, karıştırılma ihtimali olmadığını

<sup>33</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 28; ARKAN, C. I, s. 95; COŞĞUN, Gizem, Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması, 1.Baskı, Ankara 2018, s. 125.

<sup>34</sup> "Muvafakat formu, başvuru formu ile birlikte veya karara itiraz halinde, itiraz hakkında karar verilene kadar Kuruma sunulabilir. Muvafakat talebi olmasına rağmen muvafakat formunun Kuruma sunulmaması halinde herhangi bir eksiklik bildiriminde bulunulmaz ve talep yapılmamış sayılır" (SMK Uygulama Yönetmeliği m. 10/3).

<sup>35</sup> Yargıtay bir kararında: "...6769 sayılı SMK m. 5/1-ç maddesi uyarınca ret kararı verilebilmesi için markalar arasında herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeyecek ve ilk bakışta aynı veya ayırt edilemeyecek ölçüde benzerlik bulunması ve tescil kapsamlarının aynı olması gerekmektedir. Oysa somut olayda başvuru markası ile kısmi redde mesnet marka arasında aynıyet olmadığı gibi, ilk bakışta ayırt edilemeyecek düzeyde benzerlik de bulunmamaktadır. Hal böyle olunca mahkemece 6769 sayılı SMK m. 6/1 kapsamında yapılabilecek benzerlik ve iltibas değerlendirmesinin SMK m.5/1-ç kapsamında mutlak ret sebebi kapsamında yapılamayacak olması nedeniyle davanın kabulü ile kısmi ret kararma yapılan itirazın reddine dair verilen YİDK kararının iptaline karar verilmesi gerekirken..." şeklinde içtihatla bulunarak Kurumun re'sen verdiği kısmi ret kararının haksız olduğunu tespit etmiştir. Y. 11. HD, T. 05.04.2022, E. 2020/7903, K. 2022/2816 (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 11.08.2024).



düşünerek bilerek sessiz kalmış da olabilir. Bu yönleriyle ilgili bent, bilhassa önceki hak sahiplerini ilgilendiren bir ret nedenidir<sup>36</sup>. Bu bağlamda mutlak ret nedenleri arasında zikredilmesi eleştirilebilir.

## 2. Hukuki Niteliği

Görüş bildirme hukuk tekniği anlamında bir itiraz olmadığı gibi herhangi bir talebe karşı cevap da değildir<sup>37</sup>. Ancak görüşler gerekçeli olacağından mutlak ret nedenleri bağlamında konu ve içerik olarak itirazlarla benzerlik gösterebileceği söylenebilir. Görüş bildirme hakkı kullanıldığında yayıma itirazdan farklı olarak Kuruma doğrudan yöneltilen hukuki bir talep yoktur<sup>38</sup>. Burada görüş bildirme hakkına sahip olan gerçek kişiler ile kamu ve özel hukuk tüzel kişileri, tek taraflı olarak Kuruma yönelik bir düşünce/görüş açıklamasında bulunmaktadır.

Bir düşünce ve tasavvur açıklaması şeklinde beliren hukuki işlemin niteliği, işlemi gerçekleştirenin hukuki statüsüne göre değişecektir. Rekabet Kurumu gibi kamu kurumu niteliğindeki bir tüzel kişi böyle bir görüş bildirdiğinde, bu kesin ve icrai olmayan<sup>39</sup>, yol gösterme<sup>40</sup> ya da görüş bildirme<sup>41</sup> (bildirici) olarak tanımlanan bir idari işlem olarak ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla kamu kurumlarınca TÜRK PATENT'e sunulan

<sup>36</sup> SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023, s. 229; YASAMAN, SMK Şerhi, C.III, s. 2379.

<sup>37</sup> AKER, s. 89.

<sup>38</sup> AKER, s. 89-90; BİLGİLİ, Fatih, "Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tesli Başvurusuna Karşı İtiraz", TBB Dergisi, S. 7, 2007, s. 28.

<sup>39</sup> İcrai olmayan işlemlere ilişkin öğretideki görüş ve kavramsallaştırmalar için bkz: KAĞITÇIOĞLU, Mutlu, "İdari İşlemin İcrailiği", TBB Dergisi, S.103, Y.2012, s.279-280; Etkili-etkisiz işlem ayırımına ilişkin ayrıca bkz: YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 406-407; SEZER, Yasin/BİLGİN, Hüseyin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", AÜHF, C. 57, S. 4, 2008, s. 341-348.

<sup>40</sup> İdarenin yol gösterici işlemlerinin niteliğine ilişkin bkz: DİNÇKOL, Hulusi Alphan, "İcrai Olmayan İşlem Türlerinden Yol Gösterici İşlemin Hukuki Değeri", MÜHF-HAD, C.27, S.2, Y. 2021, s. 1113.

<sup>41</sup> TAN, Turgut, İdare Hukuku: İdarenin Kuruluşu, Faaliyet Türleri, İşlemleri, Sorumluluğu, Kamu Görevlileri, Kamu Malları, Yargısal Denetim, 7. Bası, Ankara 2018, s. 814-817; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref /TAN Turgut, İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, 12.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 408-409.

uyarıcı, ikaz edici nitelikteki üçüncü kişi görüşlerine karşı İdare Mahkemesi'nde iptal davası açılmaz<sup>42</sup>.

Türk Patent ve Marka Kurumu, 4 sayılı “*Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”<sup>43</sup>nin Yirmiyedinci Bölümü, 358. maddesine göre; tüzel kişiliğe sahip, kararnamede düzenlenen kuruluş ve görevlere ilişkin hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi bir kamu kuruluşudur<sup>44</sup>. Kurum tarafından markanın tescili ve hakkın korunması kapsamında kamu gücüne dayalı ve tek taraflı oluşturulan<sup>45</sup>; yapanın kamu kuruluşu olması nedeniyle bir idari işlem vasfında doğan hukuki işlemler, prensip olarak idare hukuku ilke ve esaslarına tabi olup idari yargıya konu olacakken, yasa gereği özel hukuk hükümlerine tabi tutularak adli yargı sahasına taşınmıştır<sup>46</sup>. Nitekim SMK m. 156/2'de Kurumun Kanun kapsamında aldığı tüm kararlara karşı açılacak ve Kurum kararlarından zarar görenlerin Kuruma karşı açacakları davalara bakmakla görevli mahkemenin Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olduğu kesin olarak belirtilmiştir<sup>47</sup>. Bu itibarla kamu gücü

<sup>42</sup> İdarece, görevlerini yerine getiren kamu görevlilerini uyaran idari işlemlerin kesin ve icrai nitelikte olmadığına, bildirici nitelikteki işlemler olarak kabul edilen bu işlemlere karşı idari dava açılmayacağına ilişkin bkz: **KAYA**, Cemil, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1/2, Y.2004, s. 277 ve yargı kararları için sayfadaki dipnotlar; **GÖZLER**, Kemal, İdare Hukuku, C. I, 2. Baskı, Bursa 2009, s. 702-741.

<sup>43</sup> RG. 15/7/2018, S. 30479.

<sup>44</sup> Kurumun, bir “hizmet yerinden yönetim” kamu kuruluşu olarak kabul edildiğine dair bkz. **KAYHAN**, Fahrettin, “Türk Patent Enstitüsü'nün Marka Hakkının Tescili Sürecinde Aldığı Kararların İptali Davası”, FMR, C. 3, S. 4, 2003, s. 25, 28; **YASAMAN**, 556 sy. KHK Şerhi C. II, s. 942; **AYOĞLU**, Tolga, “Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması”, FMR, C. 7, S. 1, 2007, s. 13, 17; Kurumun aynı zamanda bir “bağımsız idari otorite (BİO)” sayılması gerektiğine ilişkin bkz: **DÜĞER**, Sırrı, “Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Türk Patent ve Marka Kurumunun Görev Alanının İdarenin Regülasyon Faaliyeti Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, S. 10, 2017, s. 272-274.

<sup>45</sup> Türk Patent ve Marka Kurumu'nun tescil sürecinde aldığı idari kararların özelliklerine ilişkin bir değerlendirme için bkz: **AKER**, s. 133-150.

<sup>46</sup> **DÜĞER**, s. 284-285; **KAYHAN**, s. 38, 40; **AYAOĞLU**, s. 20-22; **AKER**, s. 71, 133-143

<sup>47</sup> Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı şöyledir: “...Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da

ayrıcılıkları kullanılarak idari bir organ tarafından oluşturulan işlem vasfındaki Kurum kararlarının, Kanunla adli yargı alanına sokulması, onun özünde idari işlem olma niteliğini değiştirmeyecektir<sup>48</sup>. Gerektiğinde idari yargı ilkelerine başvurarak uyuşmazlığı çözmek mümkün olmalıdır<sup>49</sup>. Marka başvurusunun kabulü ve Resmi Bülten’de yayımlanmasına dair Markalar Dairesince verilen karar etkili ve icrai olmakla birlikte henüz kanun yolu bakımından kesinleşmiş idari bir karar değildir<sup>50</sup>. Zorunlu idari başvuru yolu olarak “Yayıma İtiraz” ve sonrasında “Karara İtiraz” yolları idare hukuku ilke ve kurumlarının SMK’ya yansımalarıdır<sup>51</sup>. Bu yollara başvurulmadan yani itiraz yolu tüketilmeden Kurum kararlarına karşı iptal davası açılması, idari yargılama usulü bakımından idari merci tecavüzü (İYUK m. 11, 14, 15) adli yargı bakımından ise özel dava şartı kabul edilecektir<sup>52</sup>.

---

*adli ve idari yargı ayırımına gidilmemiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir...”. Karar için bkz: AYM. 26.12.2013 tarih ve E.2013/68, K.2013/165 sayılı kararı (RG. 27.3.2014, S. 28954, s. 136-147).*

<sup>48</sup> **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 182; **DURAN**, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 397; **AYOĞLU**, s. 18, 19.

<sup>49</sup> **TAN**, s. 754-755; **KAYHAN**, s. 40; **AKER**, s. 209.

<sup>50</sup> **TAN**, s. 812-813; Farklı görüşteki *Kayhan*, Markalar dairesince alınan kararların askıda geçerli kararlar olduğunu, “etkili ve kesin” olmadıklarını ifade etmektedir. Karş. **KAYHAN**, s. 37; **AKER**, s. 141.

<sup>51</sup> İdari usul ile ilgili olan “zımnî ret” yani idarenin sessiz kalmasına sonuç bağlanması ile “itiraz yolunun tüketilmesi” ilkelerinin adli yargı alanında da geçerli olacağına ilişkin değerlendirme için bkz. **KAYHAN**, s. 28.

<sup>52</sup> **DÜĞER**, s. 285-287; **KAGITCIOĞLU**, Mutlu, “İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Mercî Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi”, *TAAD*, Y. 7, S. 30, 2017, s. 249-252; **YILMAZ**, Dilşat, “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, *GÜHFD*, C. 21 S 2, 2017, s. 109-115; **ÖZTÜRK**, Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz,

Hükümsüzlük davalarında ise böyle bir özel şart aranmayıp doğrudan yetkili mahkemede dava açılması mümkündür.

İdari makamlar dışındaki kişilerce Kuruma üçüncü kişi görüşü sunulması halinde kanaatimizce dayanağını Anayasa<sup>53</sup>'nın 74. maddesinde bulan, kullanılma biçimi ve uygulaması 3071 sayılı 01.11.1984 tarihli "Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun"<sup>54</sup>'la belirlenen ve idareye katılım yolu olarak SMK' m. 17'de bir takım özel usul ve şartlara bağlanan, "dilekçe hakkı" kapsamında kamu yararına bir görüş ve düşünce beyanı söz konusudur<sup>55</sup>. SMK kapsamında hüküm bulunmayan hallerde Anayasa m. 74 ve 3071 sayılı Kanun hükümleri gözetilerek boşluklar doldurulmalıdır. Kamu kurumu niteliğindeki TÜRKPATENT'in idari işlem şeklinde oluşturduğu bir karara karşı, sırf özel hukuka tabi kılındığı gerekçesiyle Anayasa'nın 74. maddesi gereği dilekçe ve başvuru hakkı olmadığını söylemek mümkün değildir<sup>56</sup>. O halde SMK m. 17 düzenlemesi olmasa dahi tüm Türk vatandaşları ve karşılıklılık esası dairesinde Türkiye'de ikamet eden yabancılar, kamu adına ve yararına, Kurumun kararlarına karşı görüş ve şikayetlerini içeren bir dilekçeyi Kuruma vermek hakkına Anayasal olarak her zaman sahiptir (AY m. 74./1, 3071 sayılı Kanun m. 3).

---

Ankara 2015, s. 43-61; **ERKUT**, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 119.

<sup>53</sup> 2709 sayılı 18.10.1982 Tarihli Anayasa, RG. 09.11.1982 S.17863

<sup>54</sup> RG: 10.11.1984, S. 18571.

<sup>55</sup> **GÜNER YAŞAR**, Gizem, "Anayasal Bir Hak Olarak Dilekçe Hakkının Etkinliğinin Değerlendirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 25/2, 2023, s. 791, 798, 801, 807; **HİZ**, Yüksel/**YILMAZ**, Zekeriya, Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004, s. 15, 21; **TAMER** Mustafa, "Dilekçe Hakkı", *Türk İdare Dergisi*, , Y. 62, S. 386, , 1990, s. 201; **DİNÇ**, Güney, "Dilekçe Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 3, S. 4, 1984, s. 8; **TAŞKIN**, Şaban Cankat, "Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 99, Y. 2012, s. 179-186.

<sup>56</sup> Anayasanın bağlayıcılığına ve özel hukuk bakımından yatay ilişkilere uygulanması bakımından AY. m. 11'in bir değerlendirmesi için bkz: **ATAR**, Yavuz, "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m. 11)". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1989, s. 191-203.

Özel hukuk kişilerince Kuruma yöneltilen görüşler, özel hukuk bakımından bir irade açıklaması değil bir tasavvur/düşünce izharıdır<sup>57</sup>. Doğrudan bir hukuki sonuç doğurma iradesi yoktur. Bu bakımdan m. 17'de açıkça görüş bildirenlerin Kurum nezdinde işlemlere taraf olamayacakları belirtilmiştir. Bu hüküm olmasaydı dahi ortada bir irade beyanı olmaması ve menfaat yokluğu nedeniyle aynı sonuca varılacaktır. Kanun koyucunun burada, menfaat sahibi ilgili kişilerin hatalı hukuki değerlendirme ya da 2 aylık itiraz süresini kaçırmış olmaları nedeniyle, son çare olarak marka tescil edilinceye kadar kullanılabilen “görüş bildirme” hakkını kullanma yoluna gitmesi durumunda itirazın sonuçlarının doğmayacağına ilişkin açıklık getirmek ve tereddütleri gidermek istediği söylenebilir. Sunulan görüşler, mutlak ret nedenlerinin biri veya birkaçının varlığına ilişkin gerekçeli bir görüş yazısı olacağından, doğal olarak hukuki düşünce ve yorum içerecektir. Marka başvurusunun Kurumca kabulü ile Bülten’de yayımına karşı sunulan sathi bir hukuki görüş; uzman kişiler tarafından sunulması halinde (avukat, marka/patent vekili, akademisyen gibi) ise çoğunlukla hukuki mütalaa şeklinde olacaktır. Bu özellikleri göz önüne alındığında sunulan üçüncü kişi görüşlerinin, görüş sahibini Kurum nezdinde işlemlere taraf yapmayacağı gibi, dava konusu da olamayacağı açıktır.

### 3. Şekli

Üçüncü kişi görüşlerinin şekline ilişkin SMK m. 17’de yazılı ve gerekçeli olmak dışında bir özel düzenleme getirilmemiştir. SMK Uygulama Yönetmeliği’nde ise üçüncü kişi görüşlerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yayıma itiraz bakımından Uygulama Yönetmeliği m. 28/2’de itirazın, mevzuattaki hangi madde ve fıkra hükümlerine dayandığını açıklayan ayrıntılı ve imzalı bir formun Kuruma sunulması aranmıştır. Üçüncü kişi görüşlerinin gerekçeli olması gereği, dayanağı olan mutlak ret nedenlerinden hangilerinin ileri

<sup>57</sup> **DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, İstanbul 2011, s. 191.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip/**SEROZAN**, Rona/**HATEMİ**, Hüseyin/**ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku- Genel Bölüm – Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. I, 7. Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 86.

sürüldüğünün de açıklanmasını gerektirecektir. Görüş sunan taraf kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluş olsa da (Rekabet Kurumu, Ticaret Odaları gibi) yazılı ve gerekçeli görüşünü cari idari yazışma usulü ile değil, Kurumun SMK m. 160/8 gereği oluşturup zorunlu başvuru yolu olarak tayin ettiği elektronik başvuru sistemi olan “epats” üzerinden yapması gerekecektir. Kamu veya özel hukuk tüzel kişileri yetkili temsilcilerini Kuruma bildirip sisteme kayıtlarını sağladıktan sonra, temsilci kendi T.C. kimlik numarası ile gerekli işlemleri yapabilmektedir.

Özel hukuk kişileri bakımından Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hakkını düzenleyen Anayasa'nın 74. maddesi gereğince çıkarılan 3071 sayılı Kanununun 4. maddesinde, dilekçede bulunması gereken zorunlu şartlar sayılmıştır. Maddeye göre, yetkili makamlara sunulacak dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması ve Türkçe olması zorunludur. Üçüncü kişilerin görüşlerini sunarken de aynı asgari şartların varlığını zorunlu kabul etmek gerekir. Ayrıca 6. madde gereği dilekçenin belli bir konu içermesi de zorunlu tutulmuştur. Üçüncü kişi görüşünün konusu, mutlak ret nedenleri olarak SMK'da kesin olarak belirlenmiştir.

Halihazırda Kurum, “elektronik başvuru sistemi (epats)” üzerinden çevrimiçi ortamda görüşleri Türkçe arayüzde kabul etmekte yabancı dilde yazılan Türkçe olmayan rapor ve açıklamaları dikkate almamaktadır. Sisteme e-devlet üzerinden erişim olup, görüş sahibinin kimlik, adres ve iletişim bilgileri otomatik doldurulmaktadır. Ayrıca görüş sahibince SMK m. 5'in hangi fıkralarına/bentlerine dayanıldığının tek tek işaretlenmesi ve açıklama metni/raporu girilmesi işlemin tamamlanması için zorunludur.

#### **4. Görüş Bildirebilecek Kişiler**

Görüş bildirebilecek çevre bakımından SMK, mülga 556 sy. KHK'dan farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. SMK m. 17/1'e göre marka başvurusunun tescil edilemeyeceğine ilişkin görüşlerini “herkes” Kuruma bildirebilir. Öğretide ise KHK'nın yürürlükte kaldığı dönemde, üçüncü kişi kavramının neredeyse herkesi kapsayacak şekilde geniş

yorumlandığı görülmektedir<sup>58</sup>. Mülga 556 sy. KHK'nın "Üçüncü kişilerin görüşleri" başlıklı 34. maddesinde: "*Markabaşvurusunun yayımından sonra, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi veya herhangi bir grup veya hizmetleri temin edenler, üreticiler veya imalatçıları temsil eden bir organ, tacir veya tüketiciler, 7 nci maddeye göre, markanın tescil için yeterli nitelikleri taşımadığını belirten yazılı görüşlerini Enstitüye sunabilir*" düzenlemesi yer almaktaydı. Herhangi bir gerçek veya tüzel kişi veya herhangi bir gruba görüş bildirme hakkı tanıyan bu düzenlemenin oldukça geniş bir çevreyi kapsamına aldığı açıktır.<sup>59</sup> Arkan, hükümde geçen "grup" sözcüğünün ne anlama geldiğinin belirlenemediğini; "üreticiler ve imalatçıları temsil eden bir organ" ibaresinin hukuki bakımdan yerinde olmadığını ifade ederek KHK m. 34 düzenlemesini eleştirmiştir<sup>60</sup>. Öğretideki eleştirilere paralel şekilde SMK m. 17/1 metninde kimlerin görüş bildirme hakkı olduğu sayılmaksızın herkesin bu hakka sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir<sup>61</sup>.

SMK'ya mehzaz 2017/1001 (mülga 2015/2424, m. 40) sayılı AB Marka Tüzüğü (EUTMR) m. 45/1 ve benzer şekilde 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi (EUTMD)<sup>62</sup> m. 40/2'de: "*...herhangi bir gerçek veya tüzel kişi ile imalatçıları, üreticileri, hizmet sağlayıcıları, tacirleri veya tüketicileri temsil eden herhangi bir grup veya kuruluşun, markanın resen tescil edilmemesi gerektiğini açıklayan yazılı görüşlerini Ofis'e sunabilecekleri...*" hükmü yer almaktadır<sup>63</sup>.

Herkes ifadesinin kapsamına, Kamu İktisadı Kuruluşları (KİT, BİT vb.) yahut görev alanlarına girdiği ölçüde Rekabet Kurumu, Reklam Kurulu, Üniversiteler gibi kamusal nitelikli kurum ve kuruluşların yanı sıra, ticari ve mesleki birlik ve örgütler (sanayi ve ticaret odaları vb.),

<sup>58</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §24, Kn.29; ÇOLAK, s. 162.

<sup>59</sup> ARKAN, C. I, s. 95; YASAMAN, Hamdi/ALTAY, Sıtkı Anlam /AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU, Fülürya/YÜKSEL, Sinan, Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi, C. II, İstanbul 2004, s. 826; NOYAN, Erdal, Marka Hukuku, 4.Baskı, Ankara 2009, s. 147.

<sup>60</sup> Madde eleştirisi için bkz.: ARKAN, C. I, s. 95, dpn. 107.

<sup>61</sup> YASAMAN, SMK Şerhi, C.III, s. 2380.

<sup>62</sup> 2015/2436 Sayılı AB Marka Yönergesi (OJ L 336, 23.12.2015, p. 1–26) için bkz: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2436/oj> (Erişim Tarihi: 11.08.2024).

<sup>63</sup> ÇOLAK, s. 162

tüketici dernek ve vakıfları da girmektedir<sup>64</sup>. Yayıma ve karara itirazda aranan menfaat sahibi ilgili kişi olma sıfatı burada aranmayacaktır. Herhangi bir menfaati olma şartı aranmaksızın görüş beyan etme ehliyeti olan herkes görüşünü Kuruma yazılı ve gerekçeli sunabilecektir. Öğretideki görüşlere paralel olarak kanaatimizce, SMK m. 5'te yer alan mutlak ret nedenleri bakımından Markalar Dairesi'ne re'sen inceleme yetkisi verilmişken aynı ret nedenleri yönünden görüş bildirme hakkının kullanımında özel bir hukuki yararın aranmaması hem hukuk sistematığı hem de Anayasal düzen bakımından yerinde olmuştur<sup>65</sup>.

Görüş bildirebilecek kişilerin uyuşu konusunda açık bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte SMK m. 3'te, Kanunla sağlanan korumadan faydalanacak kişiler olarak, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, Türkiye'de yerleşim yeri olan ya da ticari veya sınai faaliyette bulunan kişiler, Paris Sözleşmesi (m. 2/1) veya DTÖ Kuruluş Anlaşması gereği (GATT, m. 2; TRIPs m. 1/3, 3)<sup>66</sup> başvuru hakkına sahip olanlar ile karşılıklılık ilkesi uyarında Türk vatandaşlarına sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devlet vatandaşları sayılmıştır<sup>67</sup>. Fakat üçüncü kişi görüşleri, bir sınai hakkın korunması kapsamında yer alan kişisel bir başvuru hakkı olmaktan çok, kamu yararını korumak amacıyla kullanılan Anayasa'yla güvence altına alınmış temel bir hak olan dilekçe hakkının Sınai Mülkiyet alanına yansımasıdır. Anayasa m. 74 ve 3071 sayılı Kanun m. 2-3'te Türkiye vatandaşları ve karşılıklılık esası gözetilmek şartıyla Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamuyla ilgili dilek ve

<sup>64</sup> **KAYA**, 131; **ÇOLAK**, s. 162. *Tekinalp*, Mülga MarKHK m. 34'den hareketle; marka vekillerinin, avukatların, bilirkişilerin, reklam şirketlerinin, ilan bürolarının, tüketici örgütlerinin, üreticileri veya imalatçıları temsil eden organların üçüncü kişi görüşü sunabileceğini ifade etmiştir. Bkz.: **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 29.

<sup>65</sup> **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 28, 31; **YASAMAN**, 556 sy. KHK Şerhi, C. II, s. 826; **AKER**, s. 91.

<sup>66</sup> 1947 tarihli "*General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*" adlı DTÖ'yü kuran anlaşma ve 1994 tarihli Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması, *Agreement On Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)*. Türkiye, 29.01.1995 tarihli ve 22186 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4067 sayılı Kanunla DTÖ Kurucu Anlaşması ve Ek'ine katılmıştır.

<sup>67</sup> **SULUK/KARASU/NAL**, s. 39-40; **ÇOLAK**, s. 13-14.



şikayetlerini idari makamlara yazılı olarak, Türkçe iletebileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce idari işlemlerin denetimine aktif katılımı sağlayan bir vatandaşlık hakkı (aktif statü hakkı) olarak kabul etmemiz gereken görüş sunma hakkının, itiraza hakkı olan ilgili kişilerce de kullanılmasına bir engel olmadığı düşünüldüğünde dolaylı da olsa hak sahiplerine koruma sağladığı kabul edilerek SMK m. 3'te sayılan kişilerin bu hakkı kullanabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır. Anayasa m. 90 gözetilerek, karşılıklılık esasına göre veyahut Paris ve DTÖ (TRIPs) Anlaşmalarına taraf devlet vatandaşı yabancılar, tayin edecekleri Türk vekilleri aracılığıyla ve Türkçe üçüncü kişi görüşü sunabilmelidir.

## 5. Konusu

Marka başvurusunun bültende yayımlanmasından sonra, herkes SMK m. 5'te düzenlenen (1/ç bendi hariç) mutlak ret nedenlerine dayanarak yazılı ve gerekçeli olacak şekilde görüş bildirme hakkını kullanabilir (SMK m. 17). Üçüncü kişilerin görüşlerinin gerekçesini oluşturacak olan mutlak ret nedenleri, kamu yararının ön planda olduğu ret nedenleridir<sup>68</sup>.

SMK m. 5'te sayılan ve görüş bildirmeye dayanak teşkil edecek ret nedenleri sırasıyla şunlardır<sup>69</sup>:

a. Soyut ayırt ediciliği olmayan, markaya sağlanan korumanın konusunu açık ve kesin olarak anlaşılacak şekilde sicilde göstermeye yeterli olmayan işaretler (SMK m. 4). Tek sayfadan oluşan Japonca-Korece metin böyledir.

<sup>68</sup> ARKAN, C. I, s. 95; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §24, Kn.28; KAYA, s. 130; PEKDİNÇER, Remzi Tamer, "Yargıtay Kararları Çerçevesinde Marka Hükümsüzlük Davalarında Zarar Gören Kişiler", TFM, C. I, S. 1, 2015, s. 158.

<sup>69</sup> Mutlak ret nedenleri hakkında geniş açıklama için bkz.: YILMAZ, A. Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2017, s. 239 vd.; ÇAĞLAR, Hayrettin, Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara 2013, s. 47-64; YASAMAN, Hamdi/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya/MEMİŞ KARTAL, Pınar/YÜKSEL, Sinan H./YASAMAN, Zeynep), Sınai Mülkiyet Hukuku Şerhi (SMK Şerhi), C. I, Ankara 2021, s. 301-503; MEMİŞOĞLU, s. 103-917; SULUK/KARASU/NAL, s. 203-212; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §25, Kn.1-44.

b. Tescil edilecek mal ve hizmetler bakımından herhangi bir somut ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler. Özel tasarım içermeyen tek bir rakam veya harften oluşan işaretler böyledir. Ancak bu işaretler sonradan kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanabilir.

c. Ticaret alanında, ilgili sektör ve pazarda, cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, coğrafi kaynak gibi malların ya da hizmetlerin özelliklerini belirten işaretleri tek başına ya da esas unsur olarak içeren işaretler. Tahin ürünü için “susam” sözcüğü böyledir.

d. Ticaret alanında ilgili sektör ve pazarda, herkes tarafından kullanılan veya bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup kimseyi ayırt etmeye yarayan işaretler. “Berber”, “nalbur” gibi meslek adları ya da “indirim” gibi herkes tarafından kullanılan sözcükler böyledir.

e. Malın yapısı tabiatı gereği var olan biçimini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir çıktıyı elde etmek için mecburi olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir niteliğini içeren işaretler. Teknik bir amaca hizmet edip yarar sağlayan tüm şekiller böyledir. Örneğin Çatal, kitap, saat, şekli münhasıran bir kişi adına tescil edilemez.

f. Halkı yanıltacak işaretler. Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda ortalama algıya sahip bir tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olan işaretler böyledir. “Fındıklı” ibaresi, içinde fındık olmayan ürünler için tescil edilemez. Yine yeni kurulmuş bir işletme ve ürünleri için alınmak istenen “1923’ten beri” ifadesi böyledir.

g. Gerekli izin alınmadan kullanılan, Paris Sözleşmesine taraf olan devletlere ait arma, bayrak gibi resmi işaretler (Paris Sözleşmesi 2. mükerrer 6. maddesine göre reddedilecek işaretler). Bu çerçevede örneğin ülke bayrakları gerekli izin alınarak ancak kullanılabilir.

h. Paris Sözleşmesinin 2. mükerrer 6. maddesi kapsamı dışında kalan fakat kamuya mal olmuş tarihi ve kültürel değerleri içeren diğer işaretler ile yetkili makamlarca tescil izni verilmemiş olan armaları, nişanları veya adlandırmaları içeren işaretler. “Kızılay” veya “Nasrettin Hoca” işaretleri böyledir.

i. Dinî değerleri veya sembolleri içeren işaretler tescil ettirilemez. “Ayet”, “İncil” işaretleri böyledir.

j. Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olan işaretler. Suçu teşvik edici, pornografi içeren, ırkçı veya ayırıcı işaretler böyledir.

k. Önceden tescil edilmiş bir coğrafi işaretten oluşan ya da tescilli coğrafi işareti içeren işaretler. “Giresun tombul fıncığı” veya “Fethiye Kayaköy Halısı” gibi coğrafi işaretler böyledir.

Markalar Dairesi m. 5 gereği mutlak ret nedenlerinin bulunup bulunmadığını re’sen incelemekle görevlidir. Bu inceleme sonucunda tescil engeli olduğu kanaatine varırsa başvuruyu yayımlamadan kısmen veya tamamen reddedebileceği öngörülmüştür. Diğer yandan Kurumun yaptığı bu incelemede bazı ret nedenlerinin gözden kaçabileceği düşünülerek, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde geniş bir kitleye benzer gerekçelerle görüş bildirme hakkı tanındığı görülmektedir<sup>70</sup>.

Yukarda kısaca değindiğimiz gibi mutlak ret nedenlerinden sadece SMK m. 5/1-ç bendinde düzenlenen, önceki tarihli bir markayla taklit yahut benzerlik yoluyla iltibas yaratacak bir işaretin tescil başvurusuna konu olması durumu ayrık tutulmuş ve üçüncü kişilere bu bende dayalı görüş bildirme hakkı tanınmamıştır. Üçüncü kişiler “Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler” hakkında görüş bildiremezler (SMK m. 5/1-ç). Her ne kadar bahsi geçen bent mutlak ret nedenleri başlığı altında yer almışsa da bu bentte bilhassa önceki hak sahiplerini ilgilendiren bir ret nedeni söz konusudur<sup>71</sup>. Aynı (taklit) veya iltibas yaratacak bir markanın bültende yayımlanması halinde ilgili kişiler üçüncü kişi görüşü bildirmek yerine yayıma itiraz edebileceklerdir. İtiraz yolu görüş bildirme yoluna göre daha geniş hukuki olanaklar sunmaktadır. Kurum nezdinde işlemlere taraf olma, kurum kararlarına YİDK’da itiraz ve nihayetinde dava yoluna

<sup>70</sup> ABD Hukukunda üçüncü kişiler, USPTO (Amerika Marka ve Patent Ofisi)’ya protesto ihtarı çekerek markanın tescil edilmemesi gerektiği yönündeki görüşlerini iletebilirler (TMEP Seksiyon 1715.01). Geniş bilgi ve açıklamalar için bkz: SARI, s. 394-395. Yine AB hukukunda 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü (EUTMR) m. 45/1, 77 ve 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi (EUTMD) m. 40/2 bu düzenlemelerdendir.

<sup>71</sup> AKER, s. 90.

başvurabilme olanakları itirazla mümkündür. Üçüncü kişi görüşü, 6. maddede yer alan nispi ret nedenlerine dayanamazken, itiraz, SMK m. 5 ve 6'da yer alan gerekçelere istinat edebilir.

## 6. Hüküm ve Sonuçları

Kurum nezdinde yazılı ve gerekçeli olarak ve süresinde sunulan görüşler Markalar Dairesi'nce değerlendirmeye alınır. Bu inceleme sonucunda beyan edilen görüşlerin yerinde olduğuna kanaat getirirse marka başvurusunu kısmen veya tamamen reddedebilir. Bu ret kararı, şekli yönden eksikliği bulunmayan başvurunun yayımlanmasından sonra mutlak ret nedenleri kapsamında yapılan incelenme sonucu başvurunun reddine karar verilmesi kapsamında olacağından ayrıca Bülten'de yayımlanır (SMK m. 16/3).

Üçüncü kişi görüşleri, başvuru yayımlandıktan sonra yayımdan haberdar olan herkesin kamu yararını gözeterek Kuruma yöneltilebileceği ve markanın tescil şartlarını taşımadığına ilişkin gerekçeleri içeren yazılı bir açıklama hatta uyarı niteliğindedir<sup>72</sup>. SMK m. 17 düzenlemesiyle, Kurumun bu işle görevli birimi olan Markalar Dairesi'nce resen yapılan ilk incelemede mutlak ret nedenlerinin varlığının gözden kaçtığı durumlarda; Kurumun üçüncü kişilerce belirtilen hususlar çerçevesinde başvuruyu tekrar değerlendirmesinin yolu açılmakta, böylelikle ilerde doğacak hak ihlallerinin ve yersiz itiraz ve dava süreçlerinin önüne geçilmek istenmektedir.

Kuruma sunulan görüş yazısı gerekçeli olacağından, içerik olarak itirazlardakine benzer ifadeler ve bilgiler içermesi beklenebilir. Sadece tescile mazhar bir başvuru olmadığını beyan etmek yeterli kabul edilmeyecektir. Gerekçelerin dayandığı olay ve olgulara ilişkin gerekli bilgi ve belgelerin eklendiği bir görüş yazısı sunulmalıdır.

SMK m. 17/1'in ikinci cümlesi gereğince Kurum nezdinde işlemlere taraf olamayan üçüncü kişiler, kurumca alınan ve görüşleri aleyhine olan kararlara karşı itiraz edemeyecekleri gibi görevli mahkemede dava da

---

<sup>72</sup> AKER, s. 89.

açamazlar<sup>73</sup>. Yani üçüncü kişilerin mahkemeye başvurarak kararın iptalini talep etmeleri, hukuki menfaat yokluğundan mümkün değildir. Görüş bildiren üçüncü kişilere karşı dava açılması da söz konusu değildir. Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, marka başvurusunun üçüncü kişilerin görüşü doğrultusunda reddedilmesi üzerine, kararın iptali talebiyle açılan davada şu şekilde hüküm kurmuştur<sup>74</sup>:

*“Davalı, üçüncü kişi olarak marka tescil başvurusu hakkında görüş bildirmiş olup, marka üzerinde bir hak iddia etmediğine nazaran Enstitü nezdinde işlemlere taraf olamayacağı gibi, davanın da tarafı olamaz”.*

Bir diğer kararında Yargıtay, davacının SMK m. 18 (MarkHK m. 35/1) anlamında ilgili kişi olmaması, bu nedenle yayıma itirazının üçüncü kişi görüşü kabul edilmesi, davalı şirketin de kötü niyetli sayılmaması karşısında, SMK m. 17/1 (MarkHK m. 34) gereğince Kurum tarafından gerçekleştirilen işlemlerde taraf olamayacağı gerekçeleriyle Markalar Dairesi Başkanlığı kararının iptali isteminin reddine karar vermiştir<sup>75</sup>.

Yargıtay’ın da kararında vurguladığı gibi, SMK m. 5’teki mutlak ret nedenlerine dayanarak hem menfaat sahibi ilgililerce yayıma itiraz edilmesi hem de üçüncü kişilerce görüş sunulması mümkündür (SMK m. 17-18). Tescile konu işaretin marka siciline tescili halinde menfaatleri zedelenecek ilgili kişilerce itiraz yerine üçüncü kişi görüşü sunulması onları Kurum nezdinde işlemlere taraf yapmayacağından hakkın korunması bağlamında etkili bir yol olmayacaktır. Diğer taraftan SMK’nın aradığı ilgili kişi sıfatını taşımayan kişilerce, üçüncü kişi görüşü sunmak yerine başvuruya itiraz edilmesi, o kişileri kurum nezdinde işlemlere taraf yapmayacaktır. Yargıtay kararında da vurgulandığı gibi böyle bir başvuru itiraz başlığını taşısa da ancak üçüncü kişi görüşü

<sup>73</sup> **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 31; **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 2021, s. 482; **SULUK/KARASU/NAL**, s. 229. Üçüncü kişi görüşlerinde husumet esaslarının geçerli olmadığı hakkında bkz: **BİLGİLİ**, s. 28.

<sup>74</sup> Y. 11. HD, 30.03.2000, E. 1999/9025, K. 2000/2479 (**YASAMAN**, 556 sy. KHK Şerhi, C. II, s. 826-828.; **YASAMAN**, SMK Şerhi, C.III, s. 2382).

<sup>75</sup> Y. 11. HD, 31.05.2010, E. 2009/205, K. 2010/6057 (**YASAMAN**, SMK Şerhi, C.III, s. 2383-2384).

olarak değerlendirilecektir. Çünkü Kurum mutlak ret nedenleri bakımından zaten re'sen inceleme yapmakla yükümlüdür. Markalar Dairesi itiraz dilekçesinde belirtilen mutlak ret nedenlerini öğrendiği andan itibaren yok sayamayacağı gibi, eylemsiz de kalamayacaktır. İtiraza bağlanan hukuki sonuçlar dikkate alındığında, tescilde hukuki menfaati olan ilgililerce mutlak ret nedenlerine dayalı olarak yayıma itiraz edilmesinin, itiraz edenin yararına olduğu açıktır. Öte yandan SMK m. 6'de düzenlenen nispi ret nedenlerine dayalı olarak sadece ilgili kişilerce yayıma itiraz edilebilir, üçüncü kişiler görüş bildiremezler.

Görüş bildirme ve yayıma itiraz hakkına bağlanan sonuçlar farklıdır. Yayıma itiraz üzerine, itiraza karşı görüşlerini sunması için başvurucuya bildirilecekken; üçüncü kişilerin beyan ettikleri görüşler başvuran tarafa karşı görüş sunması için bildirilmeyecektir. İtiraz edenlerin Markalar Dairesi'nce yayıma itiraza ilişkin verilen kararlara karşı başvuracakları merci YİDK'dır. Kurum içindeki itiraz yolları tüketilmeden mahkemede dava açılmaz<sup>76</sup>. YİDK'nin vereceği nihai kararlara karşı ise kararın tebliğinden itibaren iki ay içinde Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nde dava açılması mümkündür.

AB Marka Tüzüğü'nde yayıma itiraz sadece nispi ret nedenlerine hasredilmiştir. Yayımlanmış başvuruya karşı mutlak ret nedenlerine dayanarak yalnızca üçüncü kişilerce görüş bildirilebilirken (2017/1001 sayılı EUTMR m. 45/1, 77); nispi ret nedenleri gerekçe gösterilerek ancak yayıma itiraz edilebilir (2017/1001 sayılı EUTMR m. 46/1). SMK sisteminde ise hem mutlak hem de nispi ret nedenleri kapsamında yayıma itiraz etmek mümkündür (SMK m. 18/1). Markalar Dairesi'nin şekli incelemeyi takiben mutlak ret nedenleri yönünden re'sen yapacağı incelemede bir kısım ret nedenlerini gözden kaçırabileceği ve bu mahsuru kaldırmada kamu yararı olduğu gözetilerek, mutlak ret nedenlerini de kapsar şekilde ilgililere yayıma itiraz hakkı tanınmıştır. Buna karşın öğretide, mutlak ret nedenleri yönünden üçüncü kişilere tanınan görüş bildirme hakkının aynı amaca yeterince hizmet edeceğinden bahisle

---

<sup>76</sup> SAVASŞ Taner/SAYGIN Murat, Marka Tescil Süreci, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara, 2022, s. 84.

mehaz AB Tüzüğü hükümlerine uygun bir düzenleme yapılması gerektiğini ifade eden görüşler vardır<sup>77</sup>.

AB uygulamasında ise ABAD (Genel Mahkeme-GCEU), *TUFFTRIDE v NU-TRIDE* markalarına ilişkin verdiği kararında mutlak ret nedenleri kapsamında sunulan üçüncü kişi görüşlerinin itiraz işlemi niteliğinde olmadığı, sadece ofis tarafından mutlak ret nedenleri bakımından tekrar bir incelemenin başlatılıp başlatılmayacağı noktasında değerlendirilmeye alınacağını, itiraz aşamasında üçüncü kişilerce görüş sunulması halinde ise, itiraz sürecinin askıya alınabileceğini ifade etmiştir<sup>78</sup>. Hem itiraz hem üçüncü kişi görüşünün birlikte yer aldığı tescil süreçlerinde, AB uygulamasına paralel olarak itiraz incelemesi askıya alınabilir. Ancak SMK sisteminde hem mutlak hem nispi ret nedenlerine dayalı itirazın mümkün olduğunu akılda tutmak gereklidir. Bu bakımdan nispi ret nedenlerine dayalı bir itiraz süreci işlerken üçüncü kişi görüşü sunulması halinde, Kurum itiraz sürecini askıya alıp öncelikle üçüncü kişi görüşlerini değerlendirmeye almalıdır. YİDDK Yönetmeliği m. 6/3'te Kurulun karara etki etmesi muhtemel bir konuyu bekletici mesele yapılabileceği düzenlenmiştir.

<sup>77</sup> ARKAN, C.I, s. 116; YASAMAN, SMK Şerhi, C.III, s. 2391; AKER, s. 93, 98.

<sup>78</sup> ABAD kararında: "...40/94 sayılı Tüzüğün 41(1) maddesi uyarınca üçüncü tarafların, OHIM'e, diğerlerinin yanı sıra, mutlak ret nedenlerine ilişkin görüşlerini sunabilecekleri kesinlikle doğrudur. Bununla birlikte, mevcut davada başvuru sahibinin OHIM'e tüzüğün 7(1)(f) maddesine ilişkin bu tür görüşler sunduğu dava dosyasından anlaşılmamaktadır. Bunu yapmış olsaydı bile, bu görüşlerin etkisi, ileri sürülen mutlak ret nedenlerinin, talep edilen markanın tescilini engelleyip engellemediğini kontrol etmek için inceleme prosedürünü yeniden açmaya bir gerekçe teşkil edip etmediğine ilişkin OHIM tarafından yapılacak değerlendirme ile sınırlı olurdu. Buna göre, OHIM'in 40/94 sayılı Tüzüğün 41(1) maddesi uyarınca üçüncü taraflarca sunulan görüşleri dikkate alması itiraz işlemleri bağlamında değildir. Bu durum, üçüncü taraflarca ileri sürülen görüşler, bir itiraz işlemi sırasında yapılmış olsa dahi geçerlidir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, OHIM, Topluluk markasına ilişkin 40/94 sayılı Konsey Tüzüğünü (AT) uygulayan 13 Aralık 1995 tarihli ve 2868/95 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün (AT) 20(6) sayılı kuralı uyarınca itiraz işlemi askıya alabilir (OJ 1995 L 303, s. 1)", CJEU: T-224/01, p.73; EU:T:2003:107. Karar metni için bkz:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48198&pageIndex=0&doclang=EN> (Erişim Tarihi: 28.07.2024).

Yine ABAD (Genel Mahkeme-GCEU) Gruppe Nymphenburg Consult AG v EUIPO davasında “Limbic® Types” işaretinin tanımlayıcı nitelikte olup olmadığını tartıştığı bir diğer kararında, EUIPO’nun 2017/1001 sayılı tüzüğün 7/1(c) maddesinde düzenlenen mutlak ret nedenleri bakımından üçüncü kişi görüşleri ya da itiraz sürecinde, kesin hüküm etkisinde bir mahkeme kararı olmamak kaydıyla, yeni olgu ve delillerin tespit edilmesi halinde, talep edilen işaret tescil edilinceye kadar her zaman re’sen tekrar inceleme yapabileceğini kabul etmiştir<sup>79</sup>. Aynı şekilde TÜRK PATENT, marka tescil edilinceye kadar mutlak ret nedenleri bakımından yeni olgu ve delillerin ortaya çıkması halinde yaptığı hatalı değerlendirmeden tarafların talebi olmasa da her zaman dönebilmelidir<sup>80</sup>. Burada idare hukuku ilkeleri işleyecek ve idarenin hukuka aykırı hatalı işlemini resen düzeltmesi (kısmi ret) veya kaldırılması söz konusu olacaktır<sup>81</sup>. YİDDK Yönetmeliği m. 6/2’de Kurul’un itirazı incelerken taleple ve gerekçeyle bağlı olduğunu ancak kararı veren dairenin re’sen incelemesi gereken hususları taleple ve gerekçeyle bağlı olmaksızın re’sen dikkate alabileceği düzenlenmiştir. Bir marka, tescil süreci tamamlanıp marka siciline kaydedildikten sonra ise, ancak mahkeme kararıyla sicilden terkin edilebilir<sup>82</sup>. Yoksa Kurum re’sen

<sup>79</sup> CJEU: 01 Eylül 2021 tarihli *Gruppe Nymphenburg Consult AG v EUIPO (Limbic® Types)* (T-96/20, p. 35, 46, 56, 57, EU:T:2021:527). Karar metni için bkz: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522Observations%2Bby%2Bthird%2Bparties%2522&docid=245501&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3646233#ctx1> (Erişim Tarihi: 29.07.2024).

<sup>80</sup> Aksi görüşteki *Tekinalp*, 556 sayılı KHK bakımından TÜRK PATENT’in itiraz üzerine verdiği karardan resen dönemeyeceğine ilişkin Yargıtay’ın 11. HD. 07.06.1999 T. 3102/4861 sayılı yayımlanmamış kararını paylaşarak Yargıtay’ın bu ilkeyi benimsediğini ifade etmiştir. Bkz: **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 35.

<sup>81</sup> **DURŞUN**, Selman, “İdari İşlemlerin Geri Alınması, Kaldırılması, Değiştirilmesi ve Düzeltilmesi, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara 2005, s. 101, 106-108; **GÖZLER**, s. 1112; **TAN**, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 5; **BÜLBÜL**, Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 19; **ÇAĞLAYAN**, Ramazan, “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 43 vd.; **ALTINDAĞ**, Halil, “İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata”, GÜHFD, C. XX, S. 4, Y. 2016, s. 82.

<sup>82</sup> Usulsüz vazgeçme ve terkin hallerinde de bu kuralın geçerli olduğuna ilişkin bkz: **ÇOLAK**, s. 168



tekrar inceleme başlatıp, mutlak ret nedenlerinin varlığı gerekçesiyle tescilli bir markayı sicilden silemez. Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir<sup>83</sup>.

### 7. Görüş Sahibinin Sonuç Hakkında Bilgilendirilmesi

Görüş sahiplerinin başvurularının sonuçları hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmeyecekleri hususu SMK ve Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlenmemiştir. Sadece görüş sahibinin Kurum nezdinde işlemlere taraf olamayacağı ifade edilmiştir. Bu hükümden hareketle bildirim yapılma yükümlülüğü olmadığı sonucuna varmak doğru değildir. Öğretide ise, itirazlardan farklı olarak görüş bildirenler başvuru konusu işaretlere ilişkin Kurum nezdindeki işlemlere taraf olamayacakları gibi, bildirdikleri görüşün sonucu hakkında da tebligat yoluyla da bilgilendirilmeyecekleri ifade edilmektedir<sup>84</sup>. Görüş sunan üçüncü kişiler ve faaliyet alanları ile ilgili olmak kaydıyla herkes, 4982 sayılı 09.10.2003 tarihli Bilgi Edinme Hakkı Kanunu<sup>85</sup> m. 4 ve 26 kapsamında Kuruma başvurarak ileri sürülen görüşlerin akıbeti ve süreç hakkında ayrıca bilgi talep edebilir<sup>86</sup>.

Anayasa m. 74/2'de *kendileriyle ilgili* bir konuda başvuru yapan dilekçe sahiplerine gecikmeksizin ilgili kurumca başvurularının sonucu hakkında yazılı olarak bildirim yapılacağı öngörülmüştür. 3071 sayılı Kanunun 7. maddesinde ise dilekçe sahiplerine *kendileri ve kamu ile ilgili* öneri ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin süreci hakkında en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verileceği ve süreç hakkında bilgilendirilen kişilere sonrasında sonuç hakkında da bildirim yapılması gerektiği ifade

<sup>83</sup> Y. 11. HD, T. 15.06.2020, E. 2019/5043, K. 2020/2866; Y. 11. HD, T. 08.10.2013, E. 2012/3607, K. 2013/17884. Kararlar için bkz: ÇOLAK, 168, 169

<sup>84</sup> SAVAŞ/SAYGIN, s. 78; ÇOLAK, s. 162; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 31; AKER, s. 91; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 482.

<sup>85</sup> RG. 24.10.2003, S. 25269.

<sup>86</sup> TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, §24, Kn. 31; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s. 482; AKER, s. 91.

edilmiştir<sup>87</sup>. Anayasa m. 74 sadece dilekçe sahiplerinin *kendileri* ile ilgili hususlarda gecikmeksizin yazılı olarak bilgilendirilmesini ararken, 3071 sayılı Kanun'un 7. maddesi, *kamu ile ilgili* başvurular hakkında da bildirim şartı getirmiştir. Yani 3071 sayılı Kanun, Anayasa hükmünü temel hak lehine genişletmiştir. Üçüncü kişilerin görüşlerinin kamu adına bir uyarı niteliğinde olduğunu belirtmiştik. SMK m. 17'deki bildirimle ilişkin doğan yasal boşluğu, temel hak lehine 3071 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile doldurmak ya da SMK m. 17'ye "*üçüncü kişiler sundukları görüşlerin sonucu hakkında, en geç marka tescil edilinceye kadar Kurumca bilgilendirilir*" şeklinde hüküm eklemek yerinde olacaktır. Bu çerçevede düzenlemelerin mevcut haliyle Kurum'un kendisine sunulan görüşlere 30 gün içinde cevap vermesi, bu süre zarfında inceleme sonuçlanmamışsa süreç hakkında bilgi vermesi ve sürecin sonunda varılan sonuç hakkında en geç markanın tesciline kadar bildirim yapması gerektiği sonucuna varılabilir. Kanaatimizce aksi yöndeki yorum, temel haklardan dilekçe hakkının konu, süre ve şekil<sup>88</sup> bakımından kanun (SMK) ile sınırlanmış özel bir görünümü olarak kabul etmemiz gereken idareye görüş sunma hakkının, Anayasa m. 13 hükümlerine yani Anayasa'nın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı şekilde sınırlanması sonucunu doğuracaktır<sup>89</sup>.

Kurum muhataplarına yapacağı tebligatları, kendine özgü elektronik tebligat sistemi olan "etebis" yoluyla yapmaktadır (SMK m.

<sup>87</sup> İdarenin kendisine yapılan başvurulara karşı sessiz kalamayacağına ve cevap verme yükümlülüğünün istisnası olmadığına ilişkin değerlendirme için bkz: **HATİPOĞLU**, Mehmet/**ATALAN**, Yasin, "İdarenin Kendisine Yapılan Başvurulara Cevap Verme Yükümlülüğü", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1350-1351.

<sup>88</sup> Üçüncü kişiler, işaretin mutlak ret nedenleri (konu) sebebiyle tescil edilemeyeceği yönündeki yazılı ve gerekçeli (şekil) görüşlerini, marka başvurusunun yayımı tarihinden itibaren, marka tescil edilinceye kadar (süre) her zaman Kuruma sunabilirler.

<sup>89</sup> **GÖREN**, Zafer, "Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları", *İTÜSBD*, S.12, Y. 6, 2007/2, s. 50-56; **ARSLAN**, Zühtü, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 18/1, 2002, s. 143-152; **FENDOĞLU**, H. Tahsin, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md. 13.)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 19, 2002, s. 178-214.

160/6-8). Görüş sahiplerine de aynı yolla bildirim yapılması mümkündür. Nitekim Kurum dönemsel olarak farklı uygulamalar benimsese de Kurumsal olarak kendine özgü başvuru (epats) ve tebligat (etebs) sistemini kurduktan sonra görüş sahiplerine başvurularının sonucu hakkında “etebs” üzerinden bilgi vermektedir.

## SONUÇ

Uygulamada sıkça rastlanılan bir hukuki yol olmamakla birlikte, düzgün ve hızlı işleyen bir marka rejiminin tesisinde önemi azımsanamayacak olan üçüncü kişilerin görüşleri SMK m. 17’de ayrı bir madde başlığı altında düzenlenmiştir.

SMK düzenlemeleri çerçevesinde kısaca ifade etmek gerekirse, marka başvurusunun yayımından itibaren sadece “ilgililer” itiraz edebilecekken, menfaat aranmaksızın “herkes” üçüncü kişi görüşü sunabilecektir. Diğer taraftan görüş bildirme kavramı sadece üçüncü kişilere mahsus değildir. Yayım ilgililerce itiraz edildiğinde, Kurum itirazlara ve sunulan delillere ilişkin görüşlerini süresinde sunması için marka tescil başvurusunda bulunan tarafa bildirimde bulunur (SMK m.19). Fakat bu görüşler üçüncü kişi görüşü değil, itiraza karşı sunulan görüşlerdir.

Üçüncü kişilerin görüş bildirmesi hukuk tekniği anlamında bir itiraz olmadığı gibi herhangi bir talebe karşı cevap da değildir. Ancak içerik olarak mutlak ret nedenleri kapsamında itirazlardakine benzer bir beyan olduğu söylenebilir. Görüş bildirme hakkı kullanıldığında yayıma itirazdan farklı olarak TÜRK PATENT’e doğrudan yöneltilen hukuki bir talep yoktur. Sadece tek taraflı bir düşünce/tasavvur açıklaması söz konusudur.

Bülten’de yayımlanan marka başvurusuna karşı üçüncü kişiler, marka tescil edilinceye kadar her zaman Kurum nezdinde yazılı görüş sunabilirler. “Üçüncü kişi” kavramı ise oldukça geniş yorumlanmaktadır. Kanaatimizce bunu, SMK m. 3 kapsamındaki tüm gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurumu niteliğine sahip kuruluşlar ve görev alanlarına girdiği ölçüde idareye bağlı kurullar olarak anlamak doğru olacaktır. Diğer bir

ifadeyle herkes ifadesi içine, Kamu İktisadı Kuruluşları (KİT, BİT vb.) yahut görev alanlarına girdiği ölçüde Rekabet Kurumu, Reklam Kurulu gibi kamusal nitelikli kurum ve kurullar girdiği gibi, ticari ve mesleki birlik ve örgütler (sanayi ve ticaret odaları, barolar vb.), tüketici dernek ve vakıfları da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yayım ve karara itirazda aranan menfaat sahibi ilgili kişi olma sıfatı burada aranmayacaktır. Herhangi bir menfaati olma şartı aranmaksızın görüş beyan etme ehliyeti olan herkes görüşünü Kuruma sunabilecektir.

SMK m. 5'te düzenlenen (1/ç bendi hariç) mutlak ret nedenlerine dayanarak, yazılı ve gerekçeli olacak şekilde görüş bildirme hakkı kullanılabilir. Nispi ret nedenlerine dayalı olarak üçüncü kişi görüşü sunulması mümkün değildir.

Kurum nezdinde yazılı ve gerekçeli olarak ve süresinde sunulan görüşler Markalar Dairesi'nce değerlendirmeye alınır. Daire bu inceleme sonucunda beyan edilen görüşlerin yerinde olduğuna kanaat getirirse marka başvurusunu kısmen veya tamamen reddedebilir. Bu ret kararı, şekli yönden eksikliği bulunmayan başvurunun Bülten'de yayımlanmasından sonra, mutlak ret nedenleri bakımından Kurumca yapılan inceleme sonucu başvurunun reddine ilişkin bir karar niteliğinde olacağından ayrıca Bülten'de yayımlanır (SMK m. 16/3).

Üçüncü kişi görüşü sunanlar, itirazların aksine, başvuru konusu işaretlere ilişkin Kurum nezdindeki işlemlere taraf olamayacakları gibi, bildirdikleri görüş nedeniyle kendilerine karşı dava da açılmayacaktır. Diğer yandan görüş sunan üçüncü kişilere görüşlerinin sonucu hakkında "etebs" üzerinden bildirim/tebligat yapılacaktır. Eğer istenirse herkes kendileriyle ve faaliyet alanlarıyla ilgili hususlarda Kuruma başvurarak ileri sürülen görüşlerin akıbeti hakkında bilgi talep edebilirler (4982 sayılı BEHK m. 4). SMK m. 17/1'in ikinci cümlesi gereğince Kurum nezdinde işlemlere taraf olamayan üçüncü kişiler, Kurumca alınan ve kendi görüşleri aleyhine olan kararlara karşı YİDK'da itiraz edemeyecekleri gibi görevli mahkemede dava da açamazlar. Görüşlerine koşut bir karar alınması yani mutlak ret nedenlerine aykırılık gerekçesiyle başvurunun

Kurumca reddedilmesi halinde ise başvuru taraf, görüş sunan üçüncü kişiler aleyhine dava açamayacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKER**, Yeşim: Marka Tescil Sürecinde Türk Patent ve Marka Kurumu Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar, Ankara 2021.
- ALTINDAĞ**, Halil: "İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata", *GÜHFD*, C. XX, S. 4, Y. 2016, s. 81-97.
- ARKAN**, Sabih: Marka Hukuku, C.1, Ankara 1997.
- ARSLAN**, Zühtü: "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 18/1, 2002, s. 139-154.
- ASAN**, Habib/ÜNSAL, Önder Erol/VATANSEVER Erman: Sınai Mülkiyet Hakları Uygulamaları, Kitap 3: Marka, Ankara 2021.
- ATAR**, Yavuz: "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m. 11)", *SÜHFD*, C. 2, S. 2, 1989, s. 181-209.
- AYOĞLU**, Tolga: "Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması", *FMR*, C. 7, S. 1, Y. 2007, s. 13-47.
- BATİDER**. 1998, C.19, s. 283-284, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com)
- BİLGİLİ**, Fatih: "Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz", *TBB Dergisi*, S.7, 2007, s. 27-40.
- BOZGEYİK**, Hayri/TABUR, Fatih Mehmet: "Marka Korumasında Tescil ve Öncelik İkilemi Üzerine Yargıtay ve ABAD Kararları Işığında Bir İnceleme", *TAAD*, S. 58, Y. 2024, s. 275-297.
- BÜLBÜL**, Erdoğan: İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- COŞĞUN**, Gizem: Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması, Ankara 2018.
- ÇAĞLAR**, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara 2013.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, "İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine", *AÜEHFD*, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 43-58.
- ÇOLAK**, Uğur: Türk Marka Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2023.
- DİNÇ**, Güney: "Dilekçe Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 3, S. 4, 1984, s. 8-14.

- DİNÇKOL**, Hulusi Alphan: İcrai Olmayan İşlem Türlerinden Yol Gösterici İşlemin Hukuki Değeri", *MÜHF-HAD*, C. 27, S. 2, Y. 2021, s. 1107-1130.
- DÖNMEZ**, İrfan: -En Son İçtihatlarla Açıklamalı- Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992.
- DURAL**, Mustafa/**SARI**, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, İstanbul 2011.
- DURAN**, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.
- DURSUN**, Selman: "İdari İşlemlerin Geri Alınması, Kaldırılması, Değiştirilmesi ve Düzeltilmesi", Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara 2005, s. 99-109.
- DÜĞER**, Sırrı: "Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Türk Patent ve Marka Kurumunun Görev Alanının İdarenin Regülasyon Faaliyeti Açısından Değerlendirilmesi" *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 5, S. 10, 2017, s. 259-292.
- ERKUT**, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, Ankara 1990.
- FENDOĞLU**, H. Tahsin: "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md. 13.)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 19, 2002, s. 178-214.
- GÖREN**, Zafer: "Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları", *İTÜSBD*, S.12, Y. 6, 2007/2, s. 39-59.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut**: İdare Hukuku, C. 2 İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2013.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut**: İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- GÜNER YAŞAR**, Gizem: "Anayasal Bir Hak Olarak Dilekçe Hakkının Etkinliğinin Değerlendirilmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2023, s. 789-822
- GÜNEŞ**, İlhami: Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Ankara 2018.

- HATİPOĞLU**, Mehmet/**ATALAN**, Yasin: “İdarenin Kendisine Yapılan Başvurulara Cevap Verme Yükümlülüğü”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1343-1382.
- HIZ**, Yüksel/**YILMAZ**, Zekeriya: Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004.
- KAĞITCIOĞLU**, Mutlu: “İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Mercî Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi”, *TAAD*, Y. 7, S. 30, 2017, s. 237-271.
- KAĞITÇIOĞLU**, Mutlu: “İdari İşlemin İcraîliği”, *TBB Dergisi*, S.103, Y.2012, s. 267-284.
- KARA**, Elif: Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi, İstanbul 2018.
- KARAN**, Hakan/**KILIÇ**, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.
- KAYA**, Arslan: Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- KAYA**, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, *GÜHFD*, C. IX, S. 1/2, Y.2004, s. 253-284.
- KAYHAN**, Fahrettin, “Türk Patent Enstitüsü’nün Marka Hakkının Tescili Sürecinde Aldığı Kararların İptali Davası”, *FMR*, C. 3, S. 4, Y. 2003, s. 25-50.
- MEMİŞOĞLU**, Sami Özgür: Marka Hukukunda Mutlak Ret Nedenleri, Ankara 2019.
- NOYAN**, Erdal: Marka Hukuku, 4.Bası, Ankara 2009.
- ÖZTÜRK**, Burak: Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- PASLI**, Ali: Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul 2014.
- PEKDİNÇER**, Remzi Tamer: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Marka Hükümsüzlük Davalarında Zarar Gören Kişiler”, *TFM*, C. I, S. 1, 2015, s. 157-170.
- POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2012.
- SARI**, Onur: Türk ve ABD Hukuku Bağlamında Marka Hakkı Edinme Süreci, Ankara 2020.



- SAVAŞ** Taner/**SAYGIN** Murat, Marka Tescil Süreci, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara, 2022.
- SULUK**, Cahit/**KARASU**, Rauf/**NAL**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023.
- SEZER**, Yasin/**BİLGİN**, Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, *AÜHFD*, C. 57, S. 4, 2008, s. 337-366.
- TAMER** Mustafa, “Dilekçe Hakkı”, *Türk İdare Dergisi*, Y. 62, S. 386,, 1990, s. 201-221.
- TAN**, Turgut: İdare Hukuku: İdarenin Kuruluşu, Faaliyet Türleri, İşlemleri, Sorumluluğu, Kamu Görevlileri, Kamu Malları, Yargısal Denetim, 7. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2018.
- TAN**, Turgut: İdari İşlemin Geri Alınması, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- TAŞKIN**, Şaban Cankat: “Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.99, Y.2012, s. 172-236.
- TEKİNALP**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5.Bası İstanbul 2012.
- TÜRKPATENT**. Marka Başvuru Kılavuzu 2024, (<https://www.turkpatent.gov.tr/basvuru-kilavuzlari>).
- UZUNALLI**, Sevilay: Marka Hukuku, 2.Bası, Ankara 2021, s. 29.
- ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 2021.
- YASAMAN**, Hamdi/ **AYOĞLU**, Tolga/ **YUSUFOĞLU BİLGİN**, Fülürya/ **MEMİŞ KARTAL**, Pınar/**YÜKSEL**, Sinan H./ **YASAMAN**, Zeynep: Sınai Mülkiyet Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2021. (SMK Şerhi, C. I)
- YASAMAN**, Hamdi/ **AYOĞLU**, Tolga/ **YUSUFOĞLU BİLGİN**, Fülürya/ **MEMİŞ KARTAL**, Pınar/**YÜKSEL**, Sinan H./ **YASAMAN**, Zeynep: Sınai Mülkiyet Hukuku Şerhi, C.II, Ankara 2021. (SMK Şerhi, C.II)
- YASAMAN**, Hamdi/ **AYOĞLU**, Tolga/ **YUSUFOĞLU BİLGİN**, Fülürya/ **MEMİŞ KARTAL**, Pınar/**YÜKSEL**, Sinan H./ **YASAMAN**, Zeynep: Sınai Mülkiyet Hukuku Şerhi, C.III, Ankara 2021. (SMK Şerhi, C.III)

- YASAMAN**, Hamdi: “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD’nin Kararı Üzerine Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1, S.2, 2004, s. 151-158. (Marka Hakkının Niteliği)
- YASAMAN**, Hamdi/ALTAY, Sıtkı Anlam/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU, Fülürya/YÜKSEL, Sinan: Marka Hukuku, C.I, İstanbul 2004. (556 sy. KHK Şerhi, C.I)
- YASAMAN**, Hamdi/ALTAY, Sıtkı Anlam/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU, Fülürya/YÜKSEL, Sinan: Marka Hukuku, C.II, İstanbul 2004. (556 sy. KHK Şerhi, C.II)
- YILMAZ**, Dilşat, “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin” Liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, GÜHFD, C. 21 S 2, 2017, s. 105-153.
- YILMAZ**, A. Lerzan: Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2017.
- YKD. C.28, S.9, Eylül 2002.

## ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİ İLE BOŞANMAYI DÜZENLEYEN KURALIN İPTALİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Dr. Öğr. Üyesi Pınar Alkım BEKAR\*

### Öz

Ortak hayatın kurulamaması ile boşanma (diğer anlamı ile fiili ayrılık) 1988 yılında Türk Medeni Kanunumuza getirildiği günden itibaren yaklaşık otuz altı yıl uygulanmıştır ve 22.04.2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmesi sebebi ile iptal edilmiştir. Eşler arasında, daha önce açılmış bir boşanma davasının reddedilmesi ve ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl boyunca ortak hayat kurulamamış ise bu süre geçtikten sonra tekrar açılacak boşanma davasında, evlilik birliğinin temelden sarsılması karinesinin işlerlik kazanması ile boşanma kararı verilmesine, ortak hayatın kurulamaması ile boşanma denir. Sözü edilen kuralın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine mevzuatımız da yeni düzenleme ihtiyacı doğmuştur.

\* Dr. Öğr. Üyesi.,Ankara Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof, Ankara Science University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Ankara, Türkiye.

✉ pinar.bekar@ankarabilim.edu.tr •ORCID 0000-0003-1302-9032.

✂ **Atf Şekli** | Cite As: **BEKAR**, Pınar Alkım: "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması(Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2241-2264.

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

✂ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

• Boşanma • Fiili Ayrılık • Süre • İptal • Yeni Düzenleme

# EVALUATIONS ON THE CANCELLATION OF THE RULE REGULATING DIVORCE ON THE GROUNDS OF FAILURE TO RE-ESTABLISH A COMMON LIFE (ACTUAL SEPARATION)

## Abstract

Divorce on the grounds of failure to re-establish a joint life (in the other words actual separation) has been applied for approximately thirty-six years since it was introduced to our Turkish Civil Code in 1988 and was cancelled by the Constitutional Court on 22.04.2024 due to its contradiction to Articles 13 and 20 of the Constitution. If a previously filed divorce case between the parties has been dismissed and a joint life has not been established for three years after the finalisation of the rejection decision, in the divorce case to be reopened after this period has elapsed, the decision to divorce with the activation of the presumption that the marriage union has been shaken from its foundations is called divorce by failure to re-establish a common life. As a result of the cancellation of the aforementioned rule by the Constitutional Court, the need for a new regulation has arisen.

## Keywords

• Divorce • Actual Separation • Duration • Cancellation • New Legislation

## GİRİŞ

Boşanmanın genel sebeplerinden olan ve 4721 sayılı kanunumuzun 166. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen ortak hayatın yeniden kurulamaması ile boşanma, Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2024 tarihli kararı ile iptal edilmiştir<sup>1</sup>. Kararda, Türk Medeni Kanunu m. 166/4'ün Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir<sup>2</sup>. TMK m. 166/4, herhangi bir boşanma sebebi ile açılmış bulunan bir boşanma davasının reddedilmesi halinde, red kararının kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl içinde ortak hayat kurulamadığında, bu tarihten sonra açılan boşanma

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 2023/116 E., 2024/56 K., 22/2/2024 T. R.G. Tarih-Sayı : 19/4/2024-32522.Karar için bkz. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-56-nrm.pdf. E.T. 05.08.2024. Söz konusu iptal kararı oyçokluğu ile alınmıştır. İptal kararının yürürlüğe girmesi, kararın Resmi Gazete yayımlanmasından itibaren dokuz ay sonra olacaktır.

<sup>2</sup> Anayasa m. 13 "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını" düzenlemekte, m.20 "özel hayatın gizliliğini" koruma altına almaktadır.

davasında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabulü ile boşanma kararı verilmesini düzenleyen bir kuralı içermekteydi. Söz konusu karar ile ortak hayatın kurulamaması nedeni ile boşanmayı düzenleyen kural iptal edilmiş ancak iptal kararı henüz yürürlüğe girmemiştir. Yürürlük tarihine kadar iptal edilen kuralın yerine yasal düzenlemenin yapılacağı kanaatindeyiz. Anayasa Mahkemesi'nin kararına baktığımızda kısaca, “*aile hayatına ve özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul dengenin sağlanamadığı ve söz konusu kuralın orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiği*” sonucuna varılmıştır. Çalışmamızda, TMK m. 166/4 hükmünün getiriliş amacı, zamanı, kanun metni haline gelmesinden itibaren iptaline kadar giden süreçteki tartışmalar ve uygulama örneklerine yer verilmektedir. İlgili kurala ilişkin itiraz, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve iptal kararından sonraki süreç değerlendirilerek yeni yapılması muhtemel düzenlemeye ilişkin görüş ve öneriler de sunulmaktadır.

## I. ORTAK HAYATIN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİ İLE BOŞANMA

Ortak hayatın kurulamaması (fiili ayrılık)<sup>3</sup> sebebi ile boşanma hukukumuzda, Mülga Medeni Kanun'un 134. Maddesine, 1988 yılında 3444 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonucunda girmiş genel<sup>4</sup> boşanma sebeplerinden biridir.<sup>5</sup> İlgili maddenin genel gerekçesinde, “*eşlerin uzun süredir ayrı yaşamaları, tüm olay kapsamında değerlendirildiğinde evliliğin*

<sup>3</sup> DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, 19. Baskı, Ankara, 2024, s. 128.

<sup>4</sup> Genel boşanma sebepleri arasında olduğu yönünde öğretilerde ağırlık görüşü mevcuttur. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 128. AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C.2, 19. Baskı, İstanbul, 2016, s. 272. AKÇAAL, Mehmet Medeni Hukuk, Ankara, 2022, s. 144. BOR, Yusuf, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeni ile Boşanma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 68. AYAN, Nurşen, “Terk Nedeniyle Boşanma”, SÜHKF, 15 (1), s.42. <https://doi.org/10.15337/SUHFD2017.153>. Karşı görüş özel bir boşanma sebebi olduğu hakkında bkz. HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2023, s. 123.

<sup>5</sup> 3444 sayılı kanunun 4. m. ile Mülga 743 sayılı Medeni Kanununun 134. m. ile değiştirilmiştir. Söz konusu madde ufak değişiklikler ile 4721 sayılı kanunumuzun 166. m. haline gelmiştir. 3444 sayılı kanun için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr>, E.T. 08.08.2024. ÖZTAN, Bilge, “Medeni Kanun'un Kabulününün 70'nci Yılında Aile Hukuku”, AÜHFD, 44, sy. 105.1995, s. 116-117. BURCUOĞLU, Haluk, “Boşanmada Kusura ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler”. İAÜHFD, no.2, 12.2018, s. 4.

*devamında yarar görülmemesi dahilinde, boşanma davası açılmış ve hangi sebep ile reddedilmiş olursa, red kararının kesinleşmesinden itibaren beş sene sonra açılan boşanma davasında, davanın kabulüne karar verileceği” ifade edilmiştir<sup>6</sup>. İlgili madde yasalaşırken, gerekçede öngörülen beş yıllık fiili ayrı yaşama hali üç yıla indirilmiştir<sup>7</sup>.*

Mülga Medeni Kanununun 134. Maddesine, 3444 sayılı kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, fiili ayrılık sebebine dayalı boşanma söz konusu olmadığı için, daha önce açılan boşanma davası reddedilen eşler, tekrar bir araya gelmediklerinde boşanma için yeterli sebep oluşmadığından ve önceki boşanma davasında ileri sürülen sebepler reddedildiğinden aynı olgulara dayanarak tekrar boşanma talep edemiyordu. Bu husus kesin hüküm nedeni ile davanın reddi anlamına gelmekteydi<sup>8</sup>. Ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanmaya karar verilmesinin sebebi, fiilen sona ermiş olan evlilikleri hukuken zorla sürdürmenin bir anlamı olmayacağı, birbirleri ile anlaşamayan ve uzun süre ayrı yaşayan eşlerin boşanmalarına, fiilen çökmüş böylesine evliliklerin hukuki yönden de sona erdirilmesine olanak tanınmasıdır<sup>9</sup>.

Mülga Medeni Kanununun 134. maddesinin 4. fıkrası yasalaştığı dönemde de günümüzde olduğu gibi tartışmalara konu olmuştur. Hatta tartışmalar neticesinde ilgili fıkranın Anayasa’ya aykırılık iddiası ile iptali istenmiştir. Norm denetimi yolu ile itiraza konu olan Mülga Medeni Kanun m. 134/3-4, Anayasa’nın 41. maddesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa’nın 41. maddesi ailenin korunması başlığını taşımakta, ailenin Türk toplumunun temelini oluşturduğunu belirtmekte ve Devletin ailenin huzur ve refahını korumak için gerekli tedbirleri almasını düzenlemektedir<sup>10</sup>. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda, “*yasakoyucunun görevleri arasında, zaman içinde değişen toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu yönde alınan önlemleri*

<sup>6</sup> www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, E.T.08.08.2024.

<sup>7</sup> www.tbmm.gov.tr, E.T. 08.08.2024.

<sup>8</sup> ŞAHİN ŞENGÜL, Eda, Fiili Ayrılık Nedeni ile Boşanma, İstanbul, 2022, s. 108.

<sup>9</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 272. DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 129. KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2022, s. 114. Boşanmanın kolaylaştırılmaması hk. bkz. BERKİ, Şakir, “Boşanma ve Ayrılık”, AÜHFHD, 32, sy. 1.05.1975, s. 136-137.

<sup>10</sup> Maddenin tümü için bkz. Anayasa m. 41

*güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak yetkisi olduğunu belirterek, aile hukukunda ileri sürülen yeni görüşlerin de etkisi ile eşlerin ayrı yaşamaları ve üç yıl boyunca bir araya gelmemelerinin evlilik birliğinin tekrar kurulamayacak ölçüde sarsıldığına kanaat teşkil ettiğini” ifade etmiştir.*

Hatta Anayasa Mahkemesi kararında, “bazı ülkelerin 1974 yılında itibaren medeni kanunlarında değişikliğe giderek ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanma kararlarında bir ile on yıllık süreler öngördüğünü” belirtmiştir. Mahkeme kararında, “daha önce açılan boşanma davasının reddinin üzerinden üç yıl geçtikten sonra tekrar açılan davada ve tarafların bu sürede bir araya gelmemeleri nedeni ile boşanmaya karar verilmesinin, aile birliğinin korunması yönünden kişisel ve toplumsal bir zararın varlığından söz edilmeyeceğini bu sebepler ile de ilgili maddenin Anayasa’nın 41. maddesine aykırılık teşkil etmediğini” ifade ederek talebi reddetmiştir<sup>11</sup>.

2002 tarihli ve 4721 sayılı TMK yasalaşırken Mülga Medeni Kanunun 134. maddesi 3444 sayılı kanun ile değişik hali aynen alınmıştır. İlgili düzenlemenin, ilk Anayasa’ya aykırılık talebinin reddinden sonra, yaklaşık otuz altı yıl sonra ikinci kez, ancak bu sefer Anayasa’nın başka bir maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeni ile iptali istenmiş ve bu kez iptal talebi kabul edilmiştir.

## **II. ORTAK HAYATIN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİ İLE BOŞANMANIN ŞARTLARI VE KURALIN İPTALİNE YOL AÇAN TARTIŞMALAR**

### **A. Daha Önce Herhangi Bir Sebep ile Açılıp Reddedilen Bir Boşanma Davasının Varlığı**

Ortak hayatın kurulamaması nedeni ile açılan boşanma davasının kabulüne karar verilebilmesi için ilk kural, daha önce açılmış ancak herhangi bir sebeple reddedilmiş ve kesinleşmiş bir boşanma davasının varlığı gereklidir.

Davanın hangi eş tarafından açıldığı veya sebebi önemli değildir. Reddedilen dava özel ya da genel, nispi ya da mutlak sebebe

<sup>11</sup> Kararın tümü için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1997/43>. Anayasa Mahkemesi Kararı E. : 1996/47, K. : 1997/43, Karar Günü : 8.4.1997, R.G. Tarih Sayı:25.04.1998-23323. E.T. 08.08.2024.

dayanabilir<sup>12</sup>. Önemli olan TMK'da sayılan nedenler ile boşanma davası açılması ve davanın ret kararı ile sonuçlanmasıdır<sup>13</sup>. Bu kapsamda eşler kanunun öngördüğünden daha uzunca bir süre ayrı yaşamış olsalar dahi önceden açılıp reddedilen bir davanın var olmamasından kaynaklı, ortak hayatın kurulamaması sebebi ile (TMK 166/4. m. kapsamında) boşanma kararı söz konusu olmaz<sup>14</sup>. Ayrıca önceki boşanma davasının davacısı olan eşin, ortak hayatın kurulamaması sebebi ile açılan sonraki davada davacı olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu eş yerine, daha önceki boşanma davasında davalı olan eş sonraki davayı açabilir<sup>15</sup>. Burada ilk davanın hangi sebeple reddedildiğinin bir önemi olmadığı için, zaman içerisinde uygulama ile şekillenen ve tarafların sıklıkla başvurduğu bir yol ortaya çıkmıştır. Fiili uygulamada görüldüğü üzere, çekişmeli boşanma davalarının uzun sürmesi, davanın sonunda verilen karara itiraz edilmesi üzerine, kararın yüksek yargı incelemesine gitmesi, buralarda uzun süreli bekleyiş ve nihayetinde kararının kesinleşmesi üzerine tekrar üç yıllık fiili ayrılık döneminin insan ömründe çok uzun bir yer teşkil etmesi sebebiyle, ilk davanın açıldıktan hemen sonra feragat ile sonuçlanması kapsamında kısa sürede kesinleşmesi ve kesinleşme tarihinden itibaren üç yıl sonra dava açma ile bu sürelerin azaltılması yoluna gidilmiştir<sup>16</sup>.

*Dural/Öğüz/Gümüş'e göre, "2.HD'nin açılmış olan boşanma davasının feragat ile sonuçlanması halinde de, üç yıl içinde ortak hayatın kurulamaması durumunda da MK 166/4'e göre boşanma davasının açılabileceğini kabul etmesi yerinde değildir. Çünkü kanun açılmış olan boşanma davasının reddini aramaktadır, davadan feragat ise, davanın reddi değildir. Tam aksine, boşanma*

<sup>12</sup> ŞAHİN, s. 215.

<sup>13</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s.273. AKÇAAL, s. 144. BOR, s. 68. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 129. HATEMİ, s. 124. KILIÇOĞLU, s. 114. ŞAHİN ŞENGÜL, s. 214. HATEMİ, s. 124. ZEVKLİLER, Aydın/ CUMALIOĞLU, Emre/ ACABEY, Beşir, Medeni Hukuk III Aile Hukuku, Ankara, 2024, s. 285.

<sup>14</sup> BOR, s. 69. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 129. KILIÇOĞLU, s. 114. ÖZGÜL, Mehmet Emin, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", SÜHFD., C. 29, S. 3, 2021, s.2353. Şengül, s. 214.

<sup>15</sup> KILIÇOĞLU, s. 114.

<sup>16</sup> Y. 2. HD, E. 2024/1355, K. 2024/1918, T. 19.3.2024, Y. 2. HD, E. 2023/2839, K. 2024/351, T. 17.1.2024. Y. 2.HD, 2013/14487 E., 2013/29371 K. 12.12.2013 T. <https://kazanci.com.tr>. E.T. 08.08.2024.



*davasında feragat çoğunlukla boşanma sebebinin ortadan kalktığını gösterir.*" Yargıtay'a göre; feragat tek taraflı bir irade açıklaması niteliğinde olup açıklandığı ve mahkemeye ulaştığı tarihte karşı tarafın kabulüne bağlı olmadan kendiliğinden kesin hükmün sonucunu doğurur. Feragat üzerine verilen kararların şeklen kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur<sup>17</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 307'e göre feragat, davacı tarafın talep sonucundan tamamen veya kısmen vazgeçmesidir. Hukukumuzda hiçbir birey kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi davacı da, açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz. Bu kapsamda, davacı feragat ederek davayı sona erdirebilir. Davadan feragat tek taraflı, açık irade beyanı ile olur, kabule gerek yoktur. Uyuşmazlık, mahkeme kararı ile değil, davacının şahsi iradesi ile son bulur. Feragatin içeriği olan maddi hukuk işlemine karşı usul hukuku kurallarına göre kanun yoluna başvurulamaz. Feragat, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder ve davanın feragat ile reddi sonucunu doğurur<sup>18</sup>.

Kanaatimizce, feragatin davayı sona erdiren işlemlerden olması, davanın reddi sonucunu doğurması ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi sebepleri ile daha önce açılmış ve reddedilmiş boşanma davasına dayanak oluşturması uygundur.

Uygulamaya bakıldığında, ağır kusurlu olan eş açtığı çekişmeli boşanma davasını kaybedeceğini bildiğinden, henüz yargılamanın başında davadan feragat etmektedir. Bu sayede kısa yoldan üç yıllık fiili ayrılık süresini başlatmaktadır. Açılan ikinci dava feragat ile sonuçlanan ilk davanın dayanak davasını teşkil etmektedir. Bu yöntem ikinci davanın açılma süresini kısaltsa da hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet vermektedir<sup>19</sup>.

Zira bu şekilde davranan davacı, kendi ağır kusuruna dayanarak bundan kendi lehine sonuç çıkarmama yönündeki temel hukuk kuralını

<sup>17</sup> Y.2.HD,2013/14487 E., 2013/29371 K. 12.12.2013 T. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T. 08.08.2024.

<sup>18</sup> **KURU**, Baki/**ASLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 20. Baskı, Ankara, 2009, s. 545-548.

<sup>19</sup> Hatemi'ye göre, üç yıllık süre, boşanma davasının reddinden değil, başlangıcından itibaren aranmış olsa idi bu yönde kanuna karşı hile davranışlarına gerek kalmayabilirdi. Hatemi, s. 124.

dolanmakta ve üç yıllık fiili ayrılık süresini en erken şekilde başlatmaya çalışmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline karar verilen hüküm bu yönden de tartışma konusu olmuştur<sup>20</sup>.

Daha önce açılmış ve reddine karar verilmiş (kesinleşmiş) bir boşanma davasının varlığı koşulu ile üç yıllık fiili ayrılıktan sonra boşanmaya karar verilmesinde, önce açılmış ve reddedilmiş davanın varlığı eleştirilere hedef olmuştur. Dayanak davanın varlığının gereksiz olduğu, tüm hukuk sistemlerinde belirli süre ayrı yaşama olgusunun evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını gösteren karine olduğu ifade edilmiştir<sup>21</sup>.

### B. Boşanmanın Reddi Kararı Üzerinden Üç Yıl Geçmiş Olması

3444 sayılı kanun ile Mülga Medeni Kanunumuzun 134. maddesine yapılan değişiklik ile getirilen ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanmaya karar verilmesi hususu, yasalaştığı dönemden hatta taslak aşamasından beri üzerinde tartışılan bir konu olmuştur.

İlgili fıkranın Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesinin temelinde yer alan sebep, üç yıllık fiili ayrılık süresidir. 3444 sayılı kanun tasarısında<sup>22</sup> bu süre beş yıl olarak öngörülmüş ancak yasalaşırken üç yıl<sup>23</sup> düşürülmüştür. Ayrıca reddine karar verilen karar, Türk Mahkemelerinden alınmış bir karar olabileceği gibi yabancı bir mahkeme tarafından da verilmiş bir karar da olabilir. MÖHUK şartlarının yerine getirilmesi ile yabancı mahkeme ilamının tanınması yönündeki Türk Mahkemesi kararının kesinleşmesi üzerine üç yıllık fiili ayrılık süresinin başlaması kabul edilmiştir<sup>24</sup>.

Doktrinde söz konusu üç yıllık fiili ayrılık dönemine karşı eleştiriler mevcuttur. Kılıçoğlu'na göre; *Bu süre oldukça uzundur. Bu sürenin başlaması için önceden bir boşanma davasının açılması, karar bağlanması, kanun yollarından geçmesi ve kesinleşmesi en azından üç yılı alır, bu sürenin üzerine de üç*

<sup>20</sup> HATEMİ, s. 124. KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>21</sup> OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", MHB, Y. 35, S. 1, 2015, s. 39.

<sup>22</sup> 743 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı BK'nın 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/392). www.tbmm.gov.tr, E.T. 08.08.2024.

<sup>23</sup> 743 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı BK'nın 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun. https://www5.tbmm.gov.tr, pdf.E.T. 15.08.2024.

<sup>24</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273. BOR, s. 71. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 129.

yıllık bekleme süresini eklediğimizde altı yıllık süre anlamına gelir. İkinci açılan davanın da yargılaması üç yıl sürer ise toplamda dokuz yıllık bir sürenin geçeceği anlamına gelecektir. Temelinden sarsılmış bir evlilikte eşleri ve ailenin yakınlığını bu kadar uzun süre bir arada tutmaya çalışmak, kişilerin hayatlarından bu kadar uzun sürenin çalınacağı anlamına gelmektedir diyerek, bu sürenin en azından iki yıla indirilmesi yönünde çözümünü belirtmiştir<sup>25</sup>. Hatemi'ye göre, üç yıllık süre, boşanma davasının reddinden değil, başlangıcından itibaren aranabilir<sup>26</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelere baktığımızda, fiilen ayrı yaşama olgusunun boşanmaya imkan veren düzenlemelerinde revizyona gidildiği görülmektedir. İsviçre Hukuku'nda ayrı yaşama durumunun dört yıl olması halinde evlilik birliğinin sarsılmış olacağı kabul edilmiş, 2004 yılında yapılan değişiklik ile bu süre iki yıla indirilmiştir (ZGB Art. 114)<sup>27</sup>. Alman Medeni Kanun'da tarafların üç yıl boyunca ortak hayatı kuramamaları, evlilik birliğinin sona erdiğini kesin biçimde gösterir (BGB, pr. 1566/II)<sup>28</sup>. Kaldı ki her iki ülke hukukunda önceden açılmış ve reddedilmiş bir boşanma davasının varlığı aranmamaktadır<sup>29</sup>. Fransız Hukukunda ise İsviçre Hukukuna benzer bir düzenleme söz konusudur. Buna göre eşler, bir yıl boyunca evlilik birliğini kurmak maksadı ile bir araya gelmemiş iseler bu sürenin sonunda evlilik bağının kesin olarak koptuğu ve taraflar arasındaki ortak hayatın (evlilik birliğinin) sona erdiği kabul edilmektedir (Code Civil Art. 238)<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> KILIÇOĞLU, s. 115-116. Aynı yönde bkz. HATEMİ, s. 124.

<sup>26</sup> HATEMİ, s. 124.

<sup>27</sup> ZGB, Art.114. [www.fedlex.admin.ch](http://www.fedlex.admin.ch), E.T. 15.08.2024.

<sup>28</sup> BGB, pr. 1566/II. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. E.T. 15.08.2024.

<sup>29</sup> ÖZDEMİR, s. 39. BURCUOĞLU, Haluk, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İÜHKM, C. 48, S. 1-4, İstanbul, 1983, s. 116.

<sup>30</sup> Code Civil Chapitre Ier : Des cas de divorce Article 238. <https://www.legifrance.gouv.fr/>. E.T. 18.11.2024.; CEYLAN, Ebru, "İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi", UMD, Yıl 6, Sayı 12, 2018, s.328. ALTINOK ORMANCI, Pınar, "Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler", AÜHFD, 71, sy. 4, 2022, s. 1440. <https://doi.org/10.33629/auhfd.1198815>. E.T.06.10.2024.

Ortak hayatın kurulamaması nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için önceki davanın reddi yeterli olmayıp ret kararının kesinleşmesi de gerekmektedir<sup>31</sup>. Ancak açılan ilk davanın feragat nedeni ile reddinde, üç yıllık sürenin işlemeye başlayacağı tarih, feragat kararının verildiği tarihtir. Yargıtay bir kararında, feragatin kesin hükmün sonuçlarını ortaya koyduğunu, feragat tarihinden itibaren üç yıl geçtikten sonra yeni davanın açılması noktasında süreye uygun davranıldığı yönünde hüküm kurmuştur<sup>32</sup>.

### C. Fiili Ayrılık Süresince Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamış Olması

Üç yıllık fiili ayrılık süresince ortak hayat kurulamamış olmalıdır. Eşlerin söz konusu süre içerisinde çocukların özel günlerinde bir araya gelmeleri yahut çocukların okul veya gelecekleri ile ilgili konuları görüşmek için buluşmaları, doğum günleri veya önemli günlerde, bayram kutlamalarında bulunmaları, kaza, hastalık gibi olaylarda birlikte bulunmaları, aralarında ortak hayatın tekrar kurulmuş olduğu anlamına gelmez<sup>33</sup>. YHGK tarafından verilen kararda, “ortak hayatın yeniden kurulması; eşlerin, evlenmenin genel hükümlerinde tanınan hakları kullanmaları ve yükletilen görevleri yerine getirecek şekilde bir araya gelmeleri” olarak tanımlanmıştır. Kararın devamında, “eşlerin evlilik birliğini devam ettirme amacı taşımayan bir araya gelmelerinin, müşterek çocuklar için bir araya gelmelerinin yahut bir konuyu konuşmak için buluşmalarının, zorunluluktan dolayı veya herhangi başka sebeple bir araya gelmiş olmalarının ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmediği” belirtilmiştir<sup>34</sup>. Ayrıca “eşlerden birinin yalnızca bu süreyi kesmek amacı ile kısa süreli ortak yaşama dönmesi, ortak hayatın yeniden kurulduğu

<sup>31</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 129. KILIÇOĞLU, s. 115. ŞENGÜL, S. 234. ZEVKLİLER/CUMALIOĞLU/ ACABEY, s. 285.

<sup>32</sup> Y. 2. HD. E. 2014/5794 K. 2014/16840 T. 9.9.2014. “...Davacı tarafından 15.07.2009 tarihinde boşanma davası açılmış, davacı açtığı bu davadan 11.11.2009 tarihinde feragat etmiş, dava feragat sebebiyle reddedilmiştir. Feragat kesin hükmün hukuki sonuçlarını hasıl eder (HUMK.md.95/1). Davacı, dava dilekçesinde açıkça feragatle sonuçlanan davaya dayanmış ve feragat tarihinden itibaren bu davaya kadar üç yıl geçmiştir... Bu husus nazara alınmadan feragatle sonuçlanan davadan sonra açılan davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmediği gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) E.T. 15.08.2024.

<sup>33</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 130. KILIÇOĞLU, s. 115.

<sup>34</sup> YHGK, 2021/2-825 E., 2023/136 K, 1.3.2023 T. <https://kazanci.com.tr>. E.T. 20.08.2024.

anlamına gelmemektedir”<sup>35</sup>. Yargıtay başka kararında, “eşlerin fiili ayrılık döneminde, karşı tarafın kalacak yeri olmadığı için zorunlu olarak evden ayrılamadığı, evin farklı odalarında yaşadıkları ancak tarafların hiçbir zaman bir araya gelmedikleri, eşlerin bu yaşam biçimlerinin ortak hayatı yeniden kurdukları anlamına gelmediğini” kaleme almıştır<sup>36</sup>. Diğer Yargıtay kararında, “önemli günlerde ortak çocuklarla birlikte tarafların bir araya gelmesinin, açıkça ortak hayatın yeniden tesis edildiğine dair bir anlama gelmediği gibi davalı tanıklarının beyanlarının soyut nitelikte olması sebebi ile ortak hayatın kurulduğunu kabullüne elverişli olmadığı sonucuna ulaşmıştır”<sup>37</sup>.

Ortak hayatın kurulması ile kastedilen, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek üzere, ortak amaç, iyiniyet ve hislerle tekrar bir araya gelerek evlilik birliğinin amacına uygun hareket etmeleridir<sup>38</sup>.

#### **D. Eşlerden Biri Tarafından Açılan ve Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamasına Dayanan Boşanma Davasının Varlığı**

Ortak hayatın kurulamaması nedeni ile boşanma davasının açılmasının diğer koşulu, daha önce açılmış ve herhangi bir sebeple reddedilmiş ve kesinleşmiş boşanma davasının ardından, üç yıllık fiili ayrılık süresinin geçmesi ve bu sürenin sona ermesinden sonra taraflardan birinin TMK m. 166/4’e dayanarak dava açmasıdır. Söz konusu şartların gerçekleşmesi ve sürenin sonunda, TMK m. 166/4’e dayanılarak dava açılması halinde, hakim tarafından kendiliğinden boşanmaya karar verilemez. Eşlerden biri tarafından ortak hayatın kurulmaması sebebi ile boşanma davası açılması gerekir. Bu davayı hangi eşin açtığı önemi yoktur. Daha önce açılmış ve reddedilmiş boşanma davasının davacısı bu davayı açabileceği gibi o davanın davalısı da sonraki davayı açabilir<sup>39</sup>. Önce açılan boşanma davasında, ortak yaşamın kurulamamasında kusurlu eş dahi ardıl davayı açabilir<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> ZEVKLİLER/CUMALIOĞLU/ACABEY, s. 285.

<sup>36</sup> Y.2.HD. 2005/4782 E., 2005/5442 K., 5.4.2005 T. <https://kazanci.com.tr/> E.T. 20.08.2024.

<sup>37</sup> Y. 2.HD. 2023/9174 E., 2024/38 K., 9.1.2024 T. <https://kazanci.com.tr/> E.T. 20.08.2024.

<sup>38</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 116. Kılıçoğlu, s. 115.

<sup>39</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 116. HATEMİ, s.124. ZEVKLİLER/CUMALIOĞLU/ACABEY, s. 286.

<sup>40</sup> AKÇAAL, s. 144. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274. BOR, s. 73.

### III. ANAYASA MAHKEMESİNİN TÜRK MEDENİ KANUNUNUN 166. MADDESİNİN 4. FIKRASININ İPTAL ETMESİ

#### A. İlgili Kuralın İptaline Giden Süreç

Ortak hayatın yeniden kurulamaması (fiili ayrılık) sebebi ile boşanmaya karar verilmesini düzenleyen TMK m. 166/4 (Mülga Medeni Kanun madde 134/4) yasalaştığı günden itibaren iptal edilene değin doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Hatta yukarıda belirtildiği üzere yasalaşmasından bir süre sonra Anayasa'ya aykırılık iddiası ile iptal talebine konu olmuştur.<sup>41</sup> Ortak hayatın yeniden kurulamaması ile boşanmanın Anayasa m. 41'e aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Ancak o dönem talep reddedilmiştir.

Söz konusu dönemde ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanmayı düzenleyen kural ile anlaşmalı boşanmayı düzenleyen kuralın da iptali talep edilmiştir. Değerlendirme yapıldığında, yasalaşan kurallar ile boşanmanın kolaylaşacağı ve hatta boşanmanın teşvik edileceği kanısına kapılarak, aile birliğinin bozulacağı düşünülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi kararında, *“dünyada aile hukukunda yeni gelişmeler olduğunu hatta bunların 1970’li yıllara dayandığını, yasa koyucunun görevlerinden birinin zaman içinde değişen toplumsal gereksinimleri karşılamak olduğu, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu yönde alınan önlemleri güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak yetkisi olduğu, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeni ile boşanmanın, aile birliğinin korunması yönünden kişisel ve toplumsal bir zarara yol açmadığı”* yargısına ulaşmıştır<sup>42</sup>. Günümüze dönecek olursak, söz konusu kural başlangıçta eleştiri aldığı, boşanmayı kolaylaştırma noktasından bir hayli uzaklaşarak, tam tersine zorlaştırdığı yönünde tartışmalara hedef olmuştur. Bunun da sebebinin zaman içerisinde değişen toplumsal ve bireysel gereksinimler olduğu ortadadır.

TMK m. 166'nın 4. fıkrasına yapılan eleştirilere baktığımızda, önceden açılmış ve reddedilmiş, (ayrıca ret kararının kesinleştiği) bir boşanma

<sup>41</sup> bkz. s. 298

<sup>42</sup> Kararın tümü için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1997/43>. Anayasa Mahkemesi Kararı E. : 1996/47, K. : 1997/43, Karar Günü : 8.4.1997, R.G. Tarih Sayı:25.04.1998-23323. E.T. 20.08.2024.

davasının varlığının aranması hususu karşımıza çıkmaktadır<sup>43</sup>. İsviçre hukukunda tarafların, ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanması için önceden açılmış ve reddedilmiş bir davanın varlığı aranmamaktadır. Eşlerin boşanma davası açılmadan önce fiili olarak iki yıl bir araya gelmemesi yeterli görülürken bu husus aynı zamanda evlilik birliğinin ortadan kalktığına yönelik karine teşkil etmektedir<sup>44</sup>. Türk Hukukunda, ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanmaya karar verilmesi için önceden açılmış ve reddedilmiş bir davanın varlığının aranması, boşanmak isteyen eşi kanuna karşı hile davranışına yöneltmekte bu husus da normun koruma amacına ters düşmektedir. Ayrıca fiili ayrılık süresinin uzun olması diğer eleştirilen husus olup bu sürenin iki yıla indirilmesi önerilmektedir<sup>45</sup>.

#### **B. Türk Medeni Kanununun 166. Maddesinin 4. Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı İddiası ile İptali Talebi**

Ankara 18. Aile Mahkemesi tarafından yapılan başvuruda, TMK'nın 166. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın m. 5, 12, 14, 17. ve 41'e aykırılığı ileri sürülerek iptali talep edilmiştir. İlgili talebe baktığımızda<sup>46</sup>, taraflar arasında daha önce açılan ve reddedilen bir boşanma davasının varlığı söz konusudur. Eşler arasında, Ankara 9. Aile Mahkemesinin 2016/1794 E. ve 2019/440 K. sayılı kararı ile daha önce görülen boşanma davasının yapılan yargılaması neticesinde, reddine karar verilmiş ve bu hüküm 21.10.2019 tarihinde kesinleşmiştir. Ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra 24.10.2022 tarihinde Ankara 18. Aile Mahkemesinde ortak hayatın yeniden kurulamaması TMK m.166/4 sebebine dayanılarak boşanma davası açılmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından, ilgili kuralın, Anayasa m. 5'te düzenlenen Devletin Temel Amaç ve Görevlerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptal talebinde bulunulmuştur.

İlk derece mahkemesinin iptal talebinde; Devletin en önemli görevlerinin, sosyal hukuk devletinin sağlanması ve adalet ilkesi ile

<sup>43</sup> HATEMİ, s. 124. KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>44</sup> ZGB, Art.114. www.fedlex.admin.ch, E.T. 20.08.2024.

<sup>45</sup> HATEMİ, s. 124. KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>46</sup> Ankara 18. Aile Mahkemesinde yargılaması yapılan boşanma davası E. 2023/116, K. 2024/56. bkz. www.anayasa.gov.tr, E.T. 8.10.2024.

bağdaşmayan engellerin kaldırılması olduğu vurgulanarak ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeni ile boşanmada (TMK m. 166/4), dayanak davanın açılarak reddedilmesinin üzerinden üç yıllık süre geçmesinden sonra tekrar dava açılmasındaki üç yıllık sürenin tespitinin hangi nedene dayandığının anlaşılmadığı belirtilmiştir. Devamında, ilgili kuralın, kişilerin kendi kabahati nedeni ile dava açıp bu nedenle boşanmayı kolaylaştırılmasının engellenmek istendiğinin bilinmekte olduğu, ilk açılan boşanma davasında kusur durumu değerlendirilip, boşanmanın fer'i haklarına ulaşmada hak ihlali olmadığı belirtilerek üç yıllık sürenin Anayasa'nın özüne aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.

İlk derece mahkemesi ilgili kuralın Anayasa m. 12'ye aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. TMK m. 166/4'ün kabul ettiği üç yıllık sürenin temel hak ve hürriyetlere aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Yargılama sürelerinin uzunluğu göz önüne alındığında ilk davanın reddinden itibaren üç yıllık süre beklenerek tekrar yeni davanın açılması ve yeni yargılama yapılmasının neredeyse on iki yıllık bir süreyi geçirmek anlamına geldiği bunun da insan ömründe hayli uzun zaman kapladığı vurgusu yapılmıştır<sup>47</sup>.

Söz konusu iptal talebinde, aynı kuralın Anayasa'nın 14/2, 17/1 ve 41/2 fıkralarına da aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Belirtilen maddelerde yer alan düzenlemeler sırası ile anayasal hakların korunmasını, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olmasını ve Devletin, ailenin huzur ve refahının korunması için gerekli tedbirleri almasını, bu yönde teşkilatını kurmasını içermektedir. TMK m. 166/4'ün kişilerin maddi ve manevi varlıklarının geliştirmelerine aykırılık içerdiği, özellikle üç yıllık bekleme süresinin ve her iki dava ile kaybedilen zamanın insan ömründe azımsanmayacak bir süreyi içerdiği bu hususun da Anayasal haklardan olan maddi ve manevi varlığın geliştirilmesine engel teşkil ettiği belirtilmiştir. Ayrıca bu uzun süre içerisinde boşanamama sebebi ile kişilerin gayri resmi ilişkilere itildiği, bunun sonucu olarak da evlilik dışı çocuklar sebebi soybağını tespit amaçlı davaların açılma sayısının arttığı öne sürülen diğer konular arasındadır.

<sup>47</sup> Aynı yönde eleştiri için bkz. KILIÇOĞLU, s. 115.



İlk derece mahkemesi, devletin boşanmanın önündeki engelleri kolaylaştırması gerektiğini, tarafların uzun süre boyunca boşanamamalarının toplumu da olumsuz yönde etkilediğini, ailenin ayakta tutulmasının yasaklayıcı hükümlerle değil de, olumlu desteklerle sağlanmasının yerinde olacağını belirtmiştir. Sonuç olarak, yukarıda tüm sayılanlar ile birlikte, TMK m. 166/4'ün, bireylerin ve toplumun maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesine zarar verdiği ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmesi sebebi ile itiraz yolu ile iptali istenmiştir.

### **C. Anayasa Mahkemesinin İlgili İptal Talebini Değerlendirmesi ve Ulaştığı Sonuç**

Anayasa Mahkemesi, iptal talebini usul yönünden değerlendirmiş, daha sonra esas incelemesine geçmiştir. Yüksek mahkeme, iptal talebine konu edilen TMK m. 166/4'ü öncelikle, Anayasa m. 20 kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi çerçevesinde ele almıştır.

Söz konusu iptal talebine yönelik karar incelendiğinde, evlilik birliğinin kurulmasında olduğu gibi sona erdirilmesinde de, bu durumun özel hayat içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. TMK m. 166/4'ün Anayasa m.20'de düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği tespit edilmiştir.

Ayrıca Anayasa m. 13 kapsamında; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”* hükmü karşısında değerlendirme yapılmış ve TMK m. 166/4'ün kanunilik şartını sağladığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak Anayasa m. 13, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında sadece kanunilik şartını aramamakta aynı zamanda ölçülülük ilkesi kapsamında, orantılılık, elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerini de içermektedir. Yüksek Mahkeme, TMK m. 166/4'ün aile kurumunu mümkün olduğu ölçüde ayakta tutma noktasında, *“özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlamanın aileyi koruma amacına ulaşma bakımından elverişli”* olduğunu belirtmiştir. Elverişlilik ilkesi açısından bir ihlalin söz konusu olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, daha sonra TMK m. 166/4'ü gereklilik ilkesi kapsamında değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme yapmış olduğu inceleme ile boşanmada kanun koyucunun takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir. TMK m. 166/4'ün şartlarının belirlenmesinin takdir yetkisi sınırları içerisinde kaldığı ifade edilmiştir. Bu durumun özel hayatın korunmasına yönelik sınırlamanın meşru amacına uygunluk bakımından gereklilik ilkesini ihlal etmediği sonucuna varılmıştır.

İlgili kuralın ölçülülük alt ilkesi orantılılık yönünden incelenmesinde, söz konusu kuralın boşanma kararı verilebilmesini önemli oranda güçleştirmesi ve yeniden bir evlilik birliği kurmak istemeyen tarafları, makul olmayan süre boyunca evlilik birliğini devam ettirmek zorunda bırakması yönünden orantılılık ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Doktrindeki eleştiriler<sup>48</sup>, Anayasa Mahkemesi tarafından da gerekçeli iptal kararında yer bulmuştur. Hukukumuzda yazılı yargılamanın esas olması sebebi ile yargılama sürelerinin uzunluğu da göz önünde tutulduğunda, ilk açılan boşanma davasının kısa sayılamayacak sürede sonuçlandırıldığı ortadadır. Sadece İlk Derece Mahkemesinin boşanma davası hakkında ret kararı vermesi yeterli olmayıp, bu ret kararının da kesinleşmiş olması gerekir. Bu da söz konusu süreyi uzatır. Çünkü İlk Derece Mahkemesinin ret kararı kesin karar olmayıp, taraflardan herhangi birinin itirazı üzerine üst yargı incelemesine açık yani hakkında kanun yoluna başvurulması mümkün bir karardır<sup>49</sup>. Ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebi ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasına ilişkin karinenin işlerlik kazanabilmesi için de ret kararından itibaren üç yıllık sürenin geçmiş olması hesaba katılınca sürenin hayli uzadığı görülmektedir.

Yüksek mahkeme tarafından, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeni ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasına ilişkin kuralda öngörülen sürecin bir bütün olarak değerlendirilmesi yapıldığında, söz konusu sürenin makul süreyi aştığı, ortak hayatı yeniden kuramayan taraflara katlanılamayacak külfet yüklediği sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>48</sup> KILIÇOĞLU, s. 114. HATEMİ, s. 124.

<sup>49</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 634. ERCAN, İbrahim, "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri", SDHFD, 4/2, s. 253-254.

Anayasa m.20’de düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının, TMK m.166/4 tarafından ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir. Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlükler ancak özlerine dokunulmaksızın ve Anayasa m. 13’te sayılan diğer sebepler ile ölçülülük ilkesi kapsamında sınırlandırılabilir. TMK m. 166/4’te yer alan üç yıllık bekleme süresinin ölçülülük alt ilkesi olan orantılılık ilkesini ihlal ettiği tespit edilmiştir<sup>50</sup>.

Sonuç itibari ile TMK m. 166/4’ün Anayasa m. 13. ve m. 20’ye aykırılık teşkil ettiği yönünde oyçokluğu ile karar alınmıştır<sup>51</sup>. Söz konusu kural Anayasa m. 13 ve m. 20’ye aykırılık teşkil ettiği için iptal edilmesi itibari ile ayrıca Anayasa m. 5, 12, 14, 17, ve 41 değerlendirmeye alınmamıştır.

#### IV. TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 166/4’ÜN İPTAL EDİLMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Açılan ve herhangi bir sebep ile reddedilen boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren üç yıl boyunca evlilik birliğinin kurulamamasının, yani ortak hayatın yeniden kurulamaması halinin, evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğuna yönelik karine teşkil etmesi nedeni ile açılan ikinci boşanma davasında boşanma kararı verilmesi (TMK m. 166/4), 1988 tarihinde Mülga Medeni Kanunumuza getirilmiş bir düzenleme idi. Bu kuralın getiriliş amacı, o dönemde de uzun süren ve tarafları bir hayli yoran boşanma süreçlerine nihai bir sonuç getirmek ve bir anlamda boşanmayan çiftlerin en sonunda boşanmalarına yönelik kararın alınmasını sağlamaktı. Ancak söz konusu kural getiriliş amacına hizmet etmekten uzak kalmış, yine taraflar arasında uzun ve yıpratıcı süreçlerin, yıllara yayılan belirsizliklerin yaşanmasını engelleyememiştir. Anılan kuralın getiriliş amacı ile günümüzde geldiği anlam ironik biçimde birbirinin tersine

<sup>50</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. : 2023/116 K. : 2024/56 Karar Tarihi : 22/2/2024 R.G. Tarih-Sayı : 19/4/2024-32522. Karar için bkz. Chrome extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/ <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-56-nrm.pdf>. E.T. 20.08.2024.

<sup>51</sup> Karara dört üye katılmamış ve karşı oy vermişlerdir. Karşı oy gerekçeleri için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. : 2023/116 K. : 2024/56 Karar Tarihi : 22/2/2024 R.G. Tarih-Sayı : 19/4/2024-32522. E.T. 06.10.2024.

dönümüştür. Bu da aslında kanunun yaşayan bir kurum olmasından kaynaklanır. Kaldı ki toplumlar da öyledir<sup>52</sup>.

Bir kanun hükmü konulduğunda artık konulduğu zamandaki gibi kalmamakta, hayatın değişen ihtiyaçlarına göre dönüşmektedir. TMK m.166/4 (mülga kanun m.134/4) ilk yasalaştığında boşanamayan çiftlere boşanma imkanı getirmiş olsa da günümüze kadar devam eden süreçte boşanmayı güçleştirmesi nedeni ile hak kayıplarına sebep olmuştur.

Bu durumu bir örnekle somutlaştırdığımızda;

*Davacı tarafından 27.11.2012 tarihinde davalı aleyhine Mersin 3. Aile Mahkemesi'nin 2012/856 esasına kayıtlı boşanma davası açılmıştır. Yapılan yargılama neticesinde, davanın ispat edilemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Red kararı 25.04.2014 tarihinde kesinleşmiştir. İlk davanın davacısı 2018 yılında, taraflar arasında ortak hayatın yeniden kurulamaması gerekçesi ile TMK madde 166/4'e dayanarak ikinci boşanma davasını açmıştır. İkinci boşanma davasına bakan İlk Derece Mahkemesi, davacının dayanmış olduğu ortak hayatın yeniden kurulamamış olması karinesinin davalı tarafından çürütüldüğünü, taraflar arasında ortak yaşamın devam ettiği ve davacının iddiasını ispat edemediğini gerekçeleri ile birlikte kararında belirterek davayı reddetmiştir. Davacı, 12.06.2018 tarihli ve 2017/417 Esas, 2018/311 K. sayılı red kararına karşı istinaf yoluna başvurmuştur. Bölge Adliye Mahkemesi, 07.07.2020 tarihli ve 2018/2542 E., 2020/920 K. sayılı kararı ile İlk Derece Mahkemesince davanın esas ilgili hükme etki edecek tüm delillerin toplandığı, kanunun olaya uygulanmasında ve gerekçede hata edilmediği, inceleme konusu kararın usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığından istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Davacı, Bölge Adliye Mahkemesi'nin belirtilen kararına karşı davanın reddi yönünden temyiz isteminde bulunmuştur. Yargıtay 2. H.D., 13.01.2021 tarihli, 2020/5050 E., 2021/103 K. sayılı kararı ile 4721 Sayılı TMK'nın 166/son maddesi koşullarının gerçekleştiği, boşanmaya karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle davanın reddi doğru bulunmuş ve karar bozmuştur. Devamında, İlk Derece Mahkemesi'nin 18.05.2021 tarihli, 2021/134 Esas, 2021/273 Karar sayılı kararıyla; önceki gerekçelerle Yargıtay bozma*

<sup>52</sup> Toplumsal değişme süreci ile ilgili olarak bkz. AYDIN, Okan/ BARAN, Gülen "Toplumsal Değişme Sürecinde Evlenme ve Boşanma", Toplum ve Sosyal Hizmet, 21(2), 117-126. BAYGIN, Cem, "Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış", 2016, C. 22 S. 3, S. 453- 462.

kararına direnilmesine, boşanma davasının reddine karar verilmiştir. Direnme kararının, davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairenin 20.09.2021 tarih, 2021/5434 Esas, 2021/6231 Karar sayılı kararı ile; Mahkemece verilen direnme kararının yerinde olmadığı anlaşıldığından, temyiz incelemesinin yapılmak üzere dosyanın YHGK'na gönderilmesine karar verilmiştir. YHGK'nun 01.03.2023 tarih, 2021/825 Esas, 2023/136 Karar sayılı kararı ile; İlk Derece Mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesince, davanın reddinin hatalı olduğu gerekçesiyle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulüyle direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı bozulmasına karar verilmiştir. Devamında İlk Derece Mahkemesi bozma kararına uymuştur. Davalı taraf bozma kararına uyulmasını temyiz ederek Yargıtay incelemesine göndermiştir. Nihayetinde Yargıtay tarafından, bozma kararına uyulmasında usul ve esas yönünden bir aykırılık olmaması sebebi ile temyiz itirazlarının reddine karar 09.01.2024 tarihinde karar verilmiştir<sup>53</sup>.

Somut örnek üzerinde değerlendirme yaptığımızda, ilk boşanma davası 2012 yılında açılmış, Yargıtay tarafından son karar (boşanma kararının onanması kararı) 2024 yılında verilmiş, taraflar arasındaki boşanma süreci on iki yıl boyunca sürmüştür. Tarafların ortak hayatları olmamasına rağmen bu kadar uzun süre evli kalması, kişilerin yeni sorumluluk alıp yeni hayatlar kuramamalarına ayrıca aralarındaki husumetin çok uzun yıllar canlı tutulmasına sebep olmaktadır. Kaldı ki çok uzun yıllara yayılan bu sürecin taraf psikolojilerini etkilemediğini söylemek olanaksızdır. Varsa müşterek çocuklar ve diğer aile bireyleri de bu durumdan olumsuz etkilenmektedir. Örnekte görüldüğü üzere, TMK m. 166/4'ün somut tezahürü mezkur hükmün konuluş amacına terstir.

Artık diğeri ile evli kalmak istemeyen bir kişiyi uzun yıllar boyunca buna zorlamak, Anayasal hak olan özel hayata saygının ihlalidir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 166/4'ü iptal etmesini ve bunun gerekçelerini yerinde bulmaktayız.

## V. İPTAL EDİLEN TMK MADDE 166/4 YERİNE YAPILMASI MUHTEMEL YENİ DÜZENLEME İÇİN ÖNERİLER

Anayasa Mahkemesi iptal kararında, "TMK m. 166/4'ün ilk boşanma davasının açıldığı, reddedildiği ve reddin kesinleştiği, üzerinden üç yıl

<sup>53</sup> Y. 2. H.D. 2023/9174 E.,2024/38 K., 09.01.2024 T., www.kazanci.com. E.T. 20.08.2024.

*geçmesinin beklendiği sürecin bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hallerde makul olmayan bir süre boyunca ilgililerin boşanma kararı elde etmelerine imkan tanınmadığı başka bir ifadeyle, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hallerde evlilik birliğini uzun bir süre boyunca sona erdiremeyen ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklediğini” ifade etmiştir. Bu itibarla “özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul bir denge sağlamayan kuralın orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiği” sonucuna ulaşmıştır.*

Bu kapsamda, iptal amacının ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeni ile boşanma kararı verilmesi yönündeki kuralın tamamen kaldırılması değil, uygulamada karşılaşılan sorunları ortadan kaldıracı, Anayasa’ya uygun ve zamana uygun yeni bir düzenlemenin yapılması ihtiyacından kaynaklandığını düşünmekteyiz.

İptal edilen kuralın yerine çözüm önerileri düşünüldüğünde, mehz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu’ndan yararlanabiliriz. İMK’da yer alan düzenlemeye göre, çekişmeli boşanma davalarında, eşlerin en az iki yıl boyunca ortak hayatı kurmama amaçlı ayrı yaşamaları halinde, eşlerden her birinin boşanmaya karar verilmesini talep hakkının olduğu kabul edilmiştir. Yine Almanya ve Fransa’daki uygulamalar da benzer yöndedir<sup>54</sup>.

Doktrindeki önerilere baktığımızda iptal edilen kuralda yer alan üç yıllık sürenin ilk boşanma davası açılıp reddin kesinleşmesinden sonra başlaması değil, tarafların üç yıl boyunca bir araya gelmemesi ve ortak hayatın kurulamaması durumunda, (yani dayanak davanın gerekli olması) açacakları boşanma davasında, boşanma yönünde karar verilebilmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir. Bu sürenin iki yıla indirilmesi de mümkündür<sup>55</sup>. Bir diğer öneri ise iptal edilen TMK m. 166/4’teki sürenin iki yıl yahut bir yıla indirilmesidir<sup>56</sup>.

Kanaatimizce, dayanak davanın varlığı aranmadan, eşler iki yıldır kesintisiz ayrı yaşıyorlarsa ve bu birlikte yaşamama hali bir zorunluluktan değil (askerlik, tayin, yüksek lisans, geçici görevlendirme vb.) ortak

<sup>54</sup> bkz. II/B.

<sup>55</sup> HATEMİ, s.124.

<sup>56</sup> KILIÇOĞLU, s. 116. Benzer şekilde bkz. ÜNAL, Akın, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, EÜHFKD, C, II, S, 1-2, Kayseri, 2007, s. 310.

hayatı, aile birliğini kurmama amaçlı ise bu hususun evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin karine teşkil ettiğini kabul etmek gereklidir. Böylece iki yıllık fiili ayrılık üzerine açılacak boşanma davasında boşanmaya direkt karar verilmesi yönünde düzenleme yapılması isabetli olur. Bu yönde bir düzenleme, tarafları uzun, zor ve yıpratıcı boşanma süreçlerinden kurtarmış olacağı gibi zamanın ihtiyaçlarını da karşılar nitelikte olacaktır. Aile kurumu, boşanma hakkını engelleyecek veya onu zorlaştıracak hükümler ile değil, karşılıklı sevgi, saygı, hoşgörü, anlayış, ortak hayaller, birlikte yaşama arzusu, aile birliğini sürdürme isteği ile sağlıklı bir şekilde ayakta kalabilir. Ayrıca dayanak davanın aranmaması, tarafların boşanabilmesi için geçirmeleri gereken süreyi kısaltarak, yıllara uzanan yargılamaları ortadan kaldırır. İsviçre, Almanya ve Fransa uygulamalarına bakıldığında dayanak dava şeklinde bir düzenleme olmadığı da görülmektedir.

## SONUÇ

Ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebi ile boşanmayı düzenleyen TMK m. 166/4 Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmesi gerekçesi ile 22/2/2024 tarihinde, 2023/116 E. ve 2024/56 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararı Resmi Gazete'de 19.4.2024 tarihinde yayımlanmıştır<sup>57</sup>.

Anayasa Mahkemesi tarafından, 4721 sayılı kanunun m. 166/4. fıkrasının iptal edilmesi sebebi ile hukuksal boşluk doğacağı öngörülmüştür. Bu boşluğun kamu yararını ihlal edecek nitelikte olması nedeni ile iptal hükmünü içeren kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur.

Makalemizin yazımı tarihinde iptal edilen kuralın yürürlüğü devam etmektedir. Dolayısı ile söz konusu kural yerine yeni bir düzenleme yapılmamıştır. Makalemizde hem 4721 sayılı kanunun m.166/4'ün getiriliş amacı, yaklaşık otuz altı yıllık süreçte uygulanması, bu süreçteki doktrinsel tartışmalar, kuralın iptaline giden süreç ve iptal kararı anlatılmış hem de henüz yeni bir düzenleme yapılmadığı için gerekçeleri ile birlikte çözüm önerisi getirilmiştir.

<sup>57</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr>, T. 2024-04-19. E.T. 05.10.2024.

Yüksek mahkeme söz konusu kuralı, “özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı” ile “aile kurumunu koruma amacı” arasında oluşa göre makul bir denge sağlamayan, kuralın orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiği sebebi ile iptal etmiştir. Biz de anılan kuralın iptalini ve gerekçesini yerinde görmekteyiz. Uygulamaya bakıldığında, bir boşanma davasının açılması bu davanın reddi ve ret kararın kesinleşmesi, bu kesinleşen karardan itibaren en az üç yıl boyunca tarafların ortak hayatı kuramaması ve bu sürenin tamamlanmasından itibaren açılacak boşanma davasında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilerek boşanma kararının verilmesi, aile kurumunun korunması amacından uzaklaşarak tarafları uzun süren ve hayli yıpratıcı yargılama süresi ile baş başa bırakmaktadır. Ayrıca bu yönde bir kuralın varlığı yargılama makamı açısından da iş yükü yaratmaktadır. Bir davanın açılması, yargılamanın yapılması, herhangi bir sebep ile ret kararının verilmesi, ret kararına itiraz edildi ise yargılama yoluna başvurulması, yüksek yargı incelemesinde ret kararının bozulması, bozmaya yönelik direnme, sonunda kararın bir şekilde kesinleşmesi ve üç yıllık sürenin beklenmesi ve tekrar dava açılması gibi süreçler düşünüldüğünde, bu kuralın hem kişileri hem yargılamayı uzun süre meşgul ettiği görülmektedir. Ayrıca diğer ülke hukuklarına baktığımızda dayanak dava yönünde kriter olmadığı görülmektedir. İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan düzenlemeye göre, çekişmeli boşanma davalarında, eşlerin en az iki yıldan beri ortak hayatı kurmama amaçlı ayrı yaşamaları halinde, eşlerden her birinin boşanmaya karar verilmesini talep hakkının olduğu kabul edilmiştir. Yine Almanya ve Fransa’daki uygulamalar da buna benzer şekildedir.

Sonuç olarak, iptal edilen kural yerine yapılması muhtemel düzenleme için, dayanak davanın kaldırılması önerilmektedir. Eşlerin, kesintisiz iki yıldır ayrı yaşamaları halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmelidir. Bu ayrı yaşama hali bir zorunluluktan (askerlik, tayin, yüksek lisans, geçici görevlendirme vb.) değil ortak hayatı ve aile birliğini kurmama amacı ile olmalıdır. Ortak hayatın bahsedilen şekilde kurulamamasının, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine teşkil etmesi kabul edilmelidir. Bu sayede, açılan boşanma davasında boşanmaya karar verilmesi ile taraflar arasındaki temelinden sarsılmış evlilik birliğini sona erdirilmelidir.



**KAYNAKÇA**

- AKÇAAL**, Mehmet: Medeni Hukuk, Ankara, 2022.
- AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C.2, 19. Baskı, İstanbul, 2016.
- ALTINOK ORMANCI**, Pınar: "Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, sy. 4 (Aralık 2022): s. 1431-58. <https://doi.org/10.33629/auhfd.1198815>.
- AYAN**, Nurşen: "Terk Nedeniyle Boşanma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (1), s. 39-59.
- AYDIN**, Okan/**BARAN**, Gülen: "Toplumsal Değişme Sürecinde Evlenme ve Boşanma", Toplum ve Sosyal Hizmet, 21(2), s. 117-126.
- BAYGIN**, Cem: "Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış", 2016, C. 22, S. 3, s. 453- 462.
- BERKİ**, Şakir: "Boşanma ve Ayrılık", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 32, sy. 1 5.1975, s. 135-54.
- BOR**, Yusuf: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeni ile Boşanma, Ankara, 2023.
- BURCUOĞLU**, Haluk: "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 48, S. 1-4, İstanbul, 1983, s. 113-140.
- BURCUOĞLU**, Haluk: "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler". İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, no. 2 12. 2018, s. 1-12.
- CEYLAN**, Ebru: "İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 12, Aralık 2018, s. 315-334.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, 19. Baskı, Ankara, 2024.
- ERCAN**, İbrahim: "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleleri", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), s. 249-269.
- HATEMİ**, Hüseyin: Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2023.

**KILIÇOĞLU**, Ahmet: Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2022.

**KURU**, Baki/ **ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 20. Baskı, Ankara, 2009.

**ÖZGÜL**, Mehmet Emin: "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", SÜHFD., C. 29, S. 3, 2021, s. 2347-2385.

**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", MHB, Y. 35, S. 1, 2015, s. 29-46.

**ŞAHİN ŞENGÜL**, Eda: Fiili Ayrılık Nedeni ile Boşanma, İstanbul, 2022.

**ÜNAL**, Akın: "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1-2, Kayseri, 2007, s. 291-311

**ÖZTAN**, Bilge: "Medeni Kanun'un Kabulünün 70'nci Yılında Aile Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 44, sy. 1, 1995, s.79-125.

**ZEVKLİLİLER**, Aydın/ **CUMALIOĞLU**, Emre/ **ACABEY**, Beşir: Medeni Hukuk III Aile Hukuku, Ankara, 2024.

## DİJİTAL MİRASIN MİRASÇILARA İNTİKALİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI SORUNU

Dr. İpek B. Aldemir Toprak\*

### Öz

İnternet, dijitalleşmenin etkisiyle artık yaşantımızın ayrılmaz bir parçasıdır. Öyle ki, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından 29 Ağustos 2023 yılında yayınlanan “Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması 2023” raporuna göre Türkiye’de internete erişim imkânı olan hane oranı %95,5’tir. 16-74 yaş grubundaki kişilerde internet kullanım oranı ise %87,1’dir. Artık ağ bağlantılı dünyada izler ve varlıklar yalnızca fiziksel olarak değil, dijital olarak da bırakılmaktadır. Sosyal medya platformlarında vakit geçirerek, internette resim, video ve metin paylaşarak, e-posta, SMS, iMessage ve Whatsapp aracılığıyla iletişim kurulmaktadır. Alışverişler çevrimiçi gerçekleşmekte, banka hesapları ve sağlık sigortası akıllı telefonlar üzerinden yönetilmekte veya ödenmektedir. Buna karşın her geçen gün artan sayısıyla sosyal medya hesapları başta olmak üzere tüm dijital varlıkların akıbetinin, kullanıcıların ölümü halinde ne olacağı önemli bir sorundur. Zira bir dijital veri kullanıcısının ölümünden sonra, çok çeşitli dijital veriler çeşitli çevrimiçi ve çevrimdışı yerlerde kalır. Buna rağmen hukuk bilimi söz konusu verilerin akıbeti ve kişilerin verilerinin korunmasına adına konuya özgü bir çözüm henüz geliştirmemektedir.

\* Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law Department of Civil Law, Ankara, Türkiye.

✉ipekbetulaldemir@gmail.com •ORCID 0000-0003-0721-3044.

- ✎ **Atıf Şekli** | Cite As: **ALDEMİR TOPRAK**, İpek B.: “Dijital Mirasın Mirasçılara İntikalinde Kişisel Verilerin Korunması Sorunu”, SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2265-2308.
- ✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

- Miras • Dijital Tereke • Dijital Varlık • Kişisel Veri • Veri Koruma

## THE PROBLEM OF PERSONAL DATA PROTECTION IN THE INHERITANCE OF DIGITAL HERITAGE TO HEIRS

### Abstract

With the effect of digitalisation, the internet is now an integral part of our lives. So much so that, according to the 'Household Information Technologies (IT) Usage Survey 2023' report published by the Turkish Statistical Institute on 29 August 2023, the rate of households with access to the internet in Turkey is 95.5%. The rate of internet usage in the 16-74 age group is 87.1 per cent. In the networked world, we leave our traces and assets not only physically but also digitally. We spend time on social media platforms, share pictures, videos and texts on the internet, communicate via e-mail, SMS, iMessage and Whatsapp. We do our shopping online, manage our bank accounts and health insurance companies via our smartphones or make payments. It is an important problem what the fate of all digital assets, especially social media accounts with their ever-increasing number, will be in the event of the death of users. After the death of a digital data user, a wide variety of digital data remains in various online and offline locations. Despite this, legal science has not yet developed any solutions for the legator, the third parties addressed, the heir and the service provider, who must fulfil legal obligations even after death.

### Keywords

- Inheritance • Digital Inheritance • Digital Property • Personal Data • Data Protection

## GİRİŞ

Teknolojinin ilerlemesi, dünyada ve ülkemizde dijitalleşmeyi yaygınlaştırmaktadır. Böylelikle dijitalleşme yeni meslek gruplarını oluşturmakta, eğitime katkıda bulunmakta ve insanların sosyal hayata farklı bir şekilde katılımını sağlamaktadır. Lakin, insanların değişen ihtiyaçlarına farklı bir şekilde yaklaşan dijitalleşme, birçok sorunu beraberinde getirir. Özellikle kullanıcıların zaman zaman haberleşmenin gizliliğini ihlâl etmeleri, banka hesaplarının ele geçirilerek maddî kayıp ve mağduriyet yaşanması veya kişisel verilerin bu platformlarda nasıl korunacağı meselesi önemli sorunlardır. Ayrıca miras bırakanların çoğu, artık ölümleri

sonrasında geride e-posta hesabı, sosyal platform üyeliği veya en azından bilgisayarlarında bazı verileri bırakmaktadır. Sahibi öldüğünde bu verilerin akibetinin ne olacağı özellikle önemlidir. Mevcut hukukî düzenlememiz bakımından bu verilerin ekonomik bir değere sahip olması belirleyicidir. Lakin belirtmek gerekir ki, dijital varlıklar çoğu durumda sadece ekonomik bir değer taşımaz. Aksine bu dijital varlıklar, miras bırakanın veya üçüncü kişilerin kişisel mesajlarını ya da verilerini de içerir. Dijital hizmet sunucuları ise kullanıcılarıyla yaptıkları sözleşmede kişisel verilerin korunmasına ilişkin taahhütte bulunur. Bu verileri onların rızası olmaksızın paylaşmama yükümlülüğü altına girerler. Zira dijital varlıkları konu alan hesap sözleşmelerinde yer alması zorunlu olan bu hükümlerin, kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerle uyumlu olması gerekir. Buna karşın, kullanıcının ölümü halinde miras bırakanın dijital varlıklarının mirasçılara intikal edip etmeyeceği; intikalinin kabulü halindeyse buralarda yer alan kişisel verilerin nasıl korunacağı belirsizdir. Bu bakımdan dijitalleşmeyle birlikte kişisel verilerin değeri ve korunması giderek önemli hale gelmektedir. Dolayısıyla dijital miras, miras bırakanın kişilik hakkı, onunla iletişim kuran üçüncü kişilerin ise kişisel verilerinin korunması ile mirasçılardan miras hakkı arasında sıkışmış durumdadır. Doktrin bu hususu dikkate almış ve bu konuda makaleler yazılmıştır. Öte yandan, gelecekte sayısının artacağı varsayılsa da farklı ülkelerde bu konuda verilmiş mahkeme kararı da vardır. Tüm bunlara rağmen, konuyu dijital mirasın özelliklerine göre ele alan yasal düzenleme bulunmamaktadır. Çalışmamızda ise öncelikle dijital varlık kavramı açıklanarak, bunların mirasçılara intikal edip etmeyeceği sorunu ele alınmaktadır. Ardından mevcut hukukumuz bakımından mirasçılara intikal edeceği kabul edilen dijital varlıklarda miras bırakanın ve onun iletişime geçtiği üçüncü kişilerin kişisel verilerinin nasıl korunabileceği değerlendirilmektedir. Böylece miras hukuku ilkeleri temelinde çözümler geliştirilmekte ve olası düzenlemelere işaret edilmektedir. İnceleme miras hukuku bakımından yapılmakta olup, fikrî mülkiyet hukukundan doğan talepler kapsam dışı bırakılmaktadır.

## I. MİRAS HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER

Tereke (*der Nachlass*) miras bırakanın ölümü ile mirasçılara geçen hukukî değerlerin bütünüdür<sup>1</sup>. Miras (*die Erbschaft*) ise terekenin yanında zilyetlik gibi hukukî durumları veya soybağının reddi davasını açma hakkı gibi bazı şahıs varlığı haklarını içerir<sup>2</sup>. Türk Medeni Kanunu'nda tereke (TMK m. 519, 530, 552, 553 vd.) ve miras (TMK m. 575, 576 vd.) kavramlarına birlikte yer verilmektedir. Tanımlardan da görüleceği üzere miras kavramı daha dar ve üst bir kavramı ifade etmektedir. Aynı farklılık dijital tereke ve dijital miras kavramları için de söz konusudur<sup>3</sup>. Lakin aralarındaki bu farklılıklara rağmen, çalışmada aksi belirtilmediği sürece aynı anlamı ifade eder şekilde kullanılmaktadır<sup>4</sup>.

Miras bırakana ait hakların tek bir olayla ve her bir hakkın devri için kanunun aradığı özel şartların gerçekleşmesine gerek olmaksızın mirasçılara intikali küllî halefiyeti (*Gesamtrechtsnachfolge; Universalsukzession*) ifade eder<sup>5</sup>. Görüldüğü üzere küllî halefiyet, miras bırakanın

- 
- <sup>1</sup> Tanım için bkz. İNAN, Ali Naim/ ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 12. Bası, Ankara 2024, s. 66; DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, 2023, s. 8; EREN, Fikret/ YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, Ankara, 2023, s. 22; ANTALYA, Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III, Ankara, 2021, s. 69; İNCE AKMAN, Nurten: "Miras bırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9 Sa. 2, s. 527-560, s. 531; ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I, Oniki Levha, İstanbul, 2022, s. 31; ERSÖZ, Oğuz: Dijital Tereke Kavramı ve Miras Hukukundaki Sorunları, Oniki Levha, İstanbul, 2024, s. 14.
- <sup>2</sup> Ayrıca bkz. DURAL/ ÖZ, s. 5; EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 1; AKKURT, Sinan Sami: Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Bırakılması, Seçkin Yayınları, 2022, s. 24.
- <sup>3</sup> İki kavram arasındaki farklılıklar hakkında detaylı bilgi için bkz. AKKURT, s. 22-26.
- <sup>4</sup> İki kavramın aynı olduğu yönünde bkz. ÇABRİ, s. 31.
- <sup>5</sup> İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 71; DURAL/ ÖZ, s. 12; EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 18; ŞAHİN ŞENGÜL, Eda: "Dijital Miras", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu (4 Ekim 2021), s. 165-187, s. 168; İNCE AKMAN, s. 534; SOLMECKE, Christian/ KÖBRICH, Thomas/ SCHMITT, Robin: "Der digitale Nachlass – haben Erben einen Auskunftsanspruch? - Überblick über den rechtssicheren Umgang mit den Daten von Verstorbenen", MMR 2015, s. 291-295, s. 291; PRUNS, Matthias: "Keine Angst vor dem digitalen Nachlass!", NWB 2013, s. 3161-3167, s. 3164; SÄCKER, Franz Jürgen/ RIXECKER, Roland/ OETKER, Hartmut/ LİMPER, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag C.H. BECK München, 2024, (MüKoBGB/ Bölüm Yazarı), MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 3; KLAS, Benedikt/ MÖHRKE-SOBOLEWSKI, Christine: "Digitaler Nachlass – Erbenschutz trotz

malvarlığının bir bütün olarak mirasçılara geçmesini konu alır ve ölüm olayıyla birlikte kendiliğinden gerçekleşir (TMK m. 599).

Külli halefiyette temel ilke, kişinin ölümünden sonra devri mümkün ekonomik haklarının ve para ile ölçülebilir değerlerinin mirasçılara intikal etmesidir. Murisin kişiliğine bağlı olan haklar ise kural olarak sona erer<sup>6</sup>. Mirasçılara intikal edecek şeylerden ilki, miras bırakanın aynî haklarıdır. Zira aynî haklar para ile ölçülebilirdir. Lakin para ile ölçülebilir olma, yeterli değildir. Zira kanun koyucu, para ile ölçülebilir olmasına rağmen intifa veya oturma hakkının mirasçılara intikaline cevaz vermektedir. Kişiye bağlı irtifak hakları da miras bırakanın ölümüyle birlikte sona erer. Buna karşın, soybağının reddi davasını açma veya miras bırakan tarafından açılan manevî tazminat davasını sürdürme hakkı da mirasçılara intikal eder<sup>7</sup>.

Datenschutz", NJW 2015, s. 3473-3478, s. 3473; HAU, Wolfgang/ POSECK, Roman BeckOK BGB, 70. Edition, C.H. BECK München 2024. (BeckOK BGB/ Bölüm Yazarı), BeckOK BGB/MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 1922 Rn. 17; ANTALYA, s. 91; YILMAZ, İlayda, Dijital Miras, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 25; ÇABRİ, s. 6. Ayrıca bkz. Y. HGK, 12.032008, E. 2008/235 K. 2008/248 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024); Y. 10. HD, 09.11.2022, E. 2022/7255 K. 2022/13952 (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.08.2024); Y. HGK, 28.01.2004, E. 2004/14-45, K. 2004/33 (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.08.2024).

<sup>6</sup> "Kural olarak, bir kimsenin ölümü ile mal varlığının bir bütün olarak mirasçılara geçmesini ifade eden külli halefiyet gereğince, miras bırakanın kişisel özelliklerinin ağır bastığı, düşünsel ve bedeni özellik ve yetenekleri göz önünde bulundurularak yapılmış, borcun bizzat miras bırakan tarafından yerine getirilmesi gereken kişisel edim borçları dışında, malvarlığından ifa durumunda olunan maddi edim borçları mirasçılara intikal eder. Miras bırakanın borçları, ölümünden önce yaptığı hukuki işlemlerden, işlediği haksız eylemlerden, malvarlığında meydana gelen sebepsiz zenginleşmeden ve ölüm anına kadar oluşan bir takım olgular nedeniyle doğrudan doğruya kanundan doğabilir. Mirasçılardan sorumluluğu bakımından borcun kaynağı önem arz etmemektedir ve miras kesin olarak kazanılması ile başlayan bu sorumluluk, borcun esas ile sınırlı olmayıp, işlemiş ve işleyecek faizleri de kapsamaktadır." Y. HGK, 7.7.2021, E. 2018/825 K. 2021/964 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024).

<sup>7</sup> İntikal kapsamına alınan ve alınmayan varlıklar hakkında detaylı bilgi için bkz. LÖTSCHER, Cordula: "Das erbrechtliche Schicksal von -Accounts bei Facebook, Google, Apple & Co.", Zeitschrift für Erbrecht, 2020, s. 304-328, s. 311; BeckOK BGB/MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 1922 Rn. 24; İNAN/ERTAŞ/ ALBAŞ, s. 72-73; DURAL/ ÖZ, s. 8 vd.; EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 4 vd.; ANTALYA, s. 71 vd.; İNCE AKMAN, s. 539; BÜYÜKSAGIŞ, Erdem/ ÖZYİĞİT, Sinem/ MİRKELAM FALAY, Selin/ BULDAĞ, İlay Ezgi/ OKUR, Mustafa Said, "Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali", Yargıtay Dergisi, C. 47, Sa. 2, Y. Nisan 2021, s. 337-408, s. 367-368; GÜRBÜZ,

Mirasçılar ölenin hak ve yükümlülüklerini, mevcut sözleşme ilişkilerini ölümle birlikte ortadan kalkmamaları koşuluyla üstlenirler<sup>8</sup>. Dolayısıyla mirasçı yalnızca ölenin malvarlığının sahibi olmakla kalmaz. Aksine onun hukukî konumunu, hak ve yükümlülüklerini kural olarak aynı koşullarda elinde bulundurur. Burada mirasa konu tüm haklar ve yükümlülükler, mirasçıya veya mirasçılara bütünüyle ve bölünmeden devredilir<sup>9</sup>.

Mirasın intikalinde özellik arz eden hususlardan biri aile belgeleri ve anı değeri olan eşyalardır. Zira kanun koyucu bu eşyaların terekeye dahil olacağını ve mirasçılara intikaledeceğini düzenlemektedir (TMK m. 653/2)<sup>10</sup>. Nitekim İsviçre (ZBG Art. 613) ve Alman hukukunda (BGB Art. 2373) da benzer düzenlemeler bulunmaktadır<sup>11</sup>. Aile belgeleri ve aile için özel anı niteliği taşıyan eşyaların, mirasçılara intikal edebilmesi için ekonomik olarak bir değere sahip olmaları gerekli değildir<sup>12</sup>. Doktrinde, miras bırakanın günlük kayıtlarının<sup>13</sup> ve mektuplarının<sup>14</sup> da bu bağlamda

---

Eşraf Can: Dijital Miras, Adalet, Şubat 2024, (Dijital Miras), s. 71 vd.; **YILMAZ**, s. 28 vd.; **ÇABRİ**, s. 32, 34; **ERSÖZ**, s. 42-58.

- <sup>8</sup> **LÖTSCHER**, Cordula: Der digitale Nachlass, Schulthess Juristische Medien AG, 2021. (Nachlass), s. 9; **EREN/ YÜCER AKTÜRK**, s. 7; **İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ**, s. 73; **ANTALYA**, s. 92.
- <sup>9</sup> **BeckOK BGB/MÜLLER-CHRISTMANN**, BGB § 1922 Rn. 17; **İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ**, s. 72-73; **EREN/ YÜCER AKTÜRK**, s. 18-19.
- <sup>10</sup> Ayrıca bkz. **İNCE AKMAN**, s. 544-545.
- <sup>11</sup> Bkz. aşa. III, B.
- <sup>12</sup> **DEUTSCHER ANWALT VEREIN (DAV)**: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und, Verfassungsrecht, SN 34/13: Digitaler Nachlass, (DAV-Bölüm yazarı), **DAV- HERZOG**, s. 33; **MüKoBGB/MUSEILAK**, BGB § 2373 Rn. 5; **BeckOK BGB/LITZENBURGER**, BGB § 2373 Rn. 1; **BURANDT**, Wolfgang/ **ROJAHN**, Dieter: Erbrecht, 4. Auflage, C.H. Beck 2022. (Burandt/ Rojahn-Bölüm Yazarı), **BURANDT/ROJAHN-GIERL**, BGB § 2373 Rn. 4.
- <sup>13</sup> **DAV- HERZOG**, s. 33; **PRUNS**, s. 3166; **HERZOG**, Stephanie: "Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem", NJW 2013, s. 3745-3751, s. 3748; **RAUDE**, Karin: "Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis", RNotZ 2017, s. 17-27, s. 19; **LÖTSCHER**, s. 317; **MüKoBGB/MUSEILAK**, § 2373 Rn. 5; **BeckOK BGB/LITZENBURGER**, BGB § 2373 Rn. 1; **BURANDT/ROJAHN-GIERL**, BGB § 2373 Rn. 4; **İNCE AKMAN**, s. 556.
- <sup>14</sup> **MüKoBGB/MUSEILAK**, § 2373 Rn. 5; **BeckOK BGB/LITZENBURGER**, BGB § 2373 Rn. 1; **BURANDT/ROJAHN-GIERL**, BGB § 2373 Rn. 4; **İNAN/ ERTAŞ/ ALBAŞ**, s. 583; **İNCE AKMAN**, s. 548.



mirasçılara intikal edeceği ifade edilmektedir. Öte yandan, fikri mülkiyet hakları ve patent hakları, kişisel niteliklerine rağmen, miras bırakılabilir<sup>15</sup>.

## II. DİJİTAL TEREKE VE DİJİTAL VARLIK

### A. Dijital Tereke

Mevcut tahminlere göre internet kullanıcılarının yaş ve ölüm oranlarında sürekli artış beklenmektedir<sup>16</sup>. Halen var olan dijital hesapların ise bir kısmı çoktan vefat etmiş olan “*dijital zombilere*” aittir<sup>17</sup>. Vefat eden her dijital hizmet kullanıcısı arkasında web sitesi, e-posta ve sosyal medya hesabı, blog, bulut verileri veya çevrimiçi işlemler gibi çeşitli türlerde dijital izler bırakır. Bu dijital tereke, internet üzerinde geniş bir alana dağılmış olabilir. Bir araya getirildiğinde ise kapsamlı bir kişisel resme dönüştürülebilir<sup>18</sup>. Söz konusu bu izler dijital terekenin (*digitaler Nachlass*) konusunu oluşturur. Dijital terekenin temelinde *dijital* kavramı yer alır. Fransızca kökenli olan bu kavram, kelime olarak “*sayısal, sanal*” anlamındadır<sup>19</sup>. Dijital tereke ise Türk Alman veya İsviçre Medenî Kanun’larında tanımlanmamaktadır. Ancak Alman Barolar Birliği, dijital terekeyi telif hakkını, web sitelerinin haklarını, alan adlarını ve hizmet sağlayıcısı ile miras bırakan arasındaki internetin kullanımına ilişkin sözleşme ilişkilerinin tamamını kapsayan dijital varlıkların tümü olarak tanımlar<sup>20</sup>. Doktrinde ise sanal ortamda kayıtlı bulunan ve külli halefiyet ilkesi gereğince mirasçılara intikal edebilen bütün malvarlığı değerleri dijital tereke olarak ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Bu bakımdan miras

<sup>15</sup> DAV- HERZOG, s. 33; LÖTSCHER, Nachlass, s. 9 vd.; BeckOK BGB/MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 1922 Rn. 24.

<sup>16</sup> İnternet kullanıcılarının yükselen yaş ve artan kullanım oranları hakkında bkz. [https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-\(BT\)-Kullanim-Arastirmasi-2023-49407](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2023-49407) (e.t. 1.11.2024).

<sup>17</sup> DEUSCH, Florian: “Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0”, ZEV 2014, Heft 1, s. 2-8, s. 2.

<sup>18</sup> DEUSCH, s. 2.

<sup>19</sup> <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

<sup>20</sup> DAV- BRÄUTIGAM, s. 93. Diğer bir tanım için bkz. GÖNÜL KOŞAR, Günhan: “Dijital Miras Üzerine Değerlendirmeler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. Eylül-Ekim 2023, C. 18, Sa. 216, s. 1065-1101, s. 1079; RAUDE, s. 19.

<sup>21</sup> ERSÖZ, s. 80. Tanım için ayrıca bkz. İNCE AKMAN, s. 534; HERZOG, s. 3745; MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 31; RAUDE, s. 19; LÖTSCHER, Nachlass, s. 3; BeckOK BGB/MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 1922 Rn. 99; BURANDT/ ROJAHN-

birakanın bilgisayarda, bulut bilişimde toplanan veriler, e-posta ve web site sağlayıcılarından veya çevrim içi hizmet sağlayıcılarından alınan dijital varlıklarının tamamı dijital terekedir<sup>22</sup>. Miras bırakanın dijital verilerinin internette, bulutta depolanmış olması önemli değildir<sup>23</sup>. Web siteleri ve alan adları üzerindeki haklar, telekomünikasyon şirketleri ve internet sağlayıcıları ile sözleşmeye dayalı ilişkiler, e-posta hesapları, sosyal ağlardaki üyelikler veya depolanan görüntü ya da sesler dijital terekede yer alır<sup>24</sup>.

“Dijital tereke” terimi, miras bırakanın ayrı bir terekesinin olabileceğini düşündürmektedir. Ancak bu varsayım doğru değildir. Aksine ikiye bölünmüş bir tereke bulunmamaktadır Dijital terekenin, kavramsal karşılığı olan klâsik terekeden (*analog tereke; analoger Nachlass*) kesin bir şekilde ayrılması mümkün değildir. Böylesi bir ayrıma gerek de duyulmamaktadır. Zira dijital tereke, mevcut hukukî düzenlemeler bakımından klâsik terekeyle örtüşmektedir. Her iki terekede külli halefiyet ilkesine tabidir<sup>25</sup>. Örneğin, elektronik bankacılık, normalde bir banka ile yapılan ve genellikle klâsik terekeye tahsis edilecek olan sözleşmenin parçasıdır. E-bankacılık erişiminin kendisi ise dijital terekeye tahsis edilmektedir. Ancak mevcut hukukî düzenlemeler bakımından yapılan bu ayırım önemli değildir<sup>26</sup>.

## A. Dijital Varlık

### 1. Kavram

Dijital terekenin konusunu esas itibariyle dijital varlıklar oluşturur. Dijital varlık (*digitales Vermögen*), niteliği gereği soyut olan, dijital ortamda

---

BRÄUTIGAM, BGB Anh. § 1922 Rn. 3; KLAS/ MÖHRKE-SOBOLEWSKI, s. 3473; KROİß, Ludwig/ HORN, Claus-Henrik/ SOLOMON, Dennis: Nachfolgerecht, Erbrechtliche Spezialesetze, 3. Auflage, Nomos, 2023, (NK-NachfolgeR/ Bölüm Yazarı), NK-NachfolgeR/ HERZOG, Digitaler Nachlass, Rn. 1; DEUSCH, s. 2.

<sup>22</sup> KÜNZLE, Hans Rainer: “Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht”, Zeitschrift für Erbrecht, 2015, s. 39-54, s. 40.

<sup>23</sup> HERZOG, s. 3745; LÖTSCHER, Nachlass, s. 5.

<sup>24</sup> Bkz. HERZOG, s. 3745; RAUDE, s. 19; KÜNZLE, s. 40; LÖTSCHER, Nachlass, s. 3; BeckOK BGB/MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 1922 Rn. 99; BURANDT/ ROJAHN-BRÄUTIGAM, BGB Anh. § 1922 Rn. 3; KLAS/ MÖHRKE-SOBOLEWSKI, s. 3473.

<sup>25</sup> ERSÖZ, s. 80-81.

<sup>26</sup> LÖTSCHER, Nachlass, s. 4.

üretilen ve saklanan her türlü dijital veridir<sup>27</sup>. Bir verinin, dijital varlık olarak adlandırılabilmesi için ekonomik değerinin olup olmadığı önemli değildir. Ayrıca bu varlıklar, fizikî bir yapıya da sahip olmazlar. Dijital varlıklar dijital dünyanın sürekli gelişmesiyle birlikte çeşitlilik gösterirler. Bu sebeple, dijital varlıkların kapsamını net bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Lakin dijital platformda yer alan fotoğraflar, videolar, sosyal medya, e-posta, çevrim içi oyun hesapları başlıca dijital varlıklara örnektir. Öte yandan, NFT, dijital bankacılık hesapları, dijital para, Bitcoin gibi kripto varlıklar veya alan adları, IP adresleri, internet siteleri, alışveriş sitelerindeki kullanıcı verileri de dijital varlık olarak nitelendirilmektedir<sup>28</sup>.

## 2. Türleri

### a. Genel Olarak

Dijital varlıkların bazıları, haberleşme ve sosyalleşme gibi şahsî ihtiyaçları karşılama amacı taşır. Bazıları ekonomik saikle edinilir. Kimi dijital varlıklar ise doktrinde temel olarak kriptografiye, dağınık defter teknolojisine veya benzer bir teknolojiye sahip olup olmamaları bakımından ikiye ayrılmaktadırlar. Örneğin kripto varlıklar, kriptografiye dayanan dijital varlıklardır. X, Instagram, Facebook gibi sosyal medya hesapları, bu hesaplarda yer alan fotoğraf vs. benzeri içerikler veya çevrimiçi alışveriş ya da oyun uygulamaları böylesi bir teknolojiyi içermezler<sup>29</sup>. Dijital

<sup>27</sup> Tanım için bkz. **GÜRBÜZ**, Eşraf Can: "Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 29, Sa. 1, Haziran 2023, s. 840-875, (Dijital Varlık) s. 848; **AKÇAAL**, Mehmet: "NFT (Değiştirilmeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi", Türkiye Barolar Birliği, Y. 2022, Sa. 159, s. 363-396, s. 368; **ALTINDAL**, Hasan/ **ARSLAN**, Yusuf Enes: "Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021 Sa. XXV/1, s. 313-351, s. 320; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 1080; **AKKURT**, s. 319; **BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELEAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR**, s. 369; **GÜRBÜZ**, Dijital Miras, s. 43; **ERSÖZ**, s. 63-66.

<sup>28</sup> Örnekler için bkz. **PRUNS**, s. 3161; **GÜRBÜZ**, Dijital Varlık, s. 848; **MüKoBGB/LEIPOLD**, BGB § 1922 Rn. 31; **ŞAHİN ŞENGÜL**, s. 166-167; **MARAŞLI DİNÇ**, Yasemin: "Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukukî Akıbeti: Dijital Miras", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2019, Sa. 142, s. 273-287, s. 275; **ALTINDAL/ ARSLAN**, s. 320 vd.; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 1080; **AKKURT**, s. 319-320; **KLAS/ MÖHRKE-SOBOWLEWSKI**, s. 3474; **NK-NachfolgeR/ HERZOG**, Digitaler Nachlass, Rn. 1; **GÜRBÜZ**, Dijital Miras, s. 43; **YILMAZ**, s. 11 vd.; **ERSÖZ**, s. 68.

<sup>29</sup> **AKÇAAL**, s. 369.

varlıklar bakımından yapılacak diğer bir ayırım ise kullanım amacına göredir. Bu ayırma göre dijital varlıklar, ekonomik, kişisel veya karma nitelikteki dijital varlık olarak tasnif edilebilir<sup>30</sup>.

Dijital varlıkların amacı tespit edilirken murisin hesabı açmaktaki gayesi dikkate alınmaz. Zira başlangıçta kişisel kullanım amacıyla açılan dijital hesaplar sonrasında ekonomik veya karma özellik kazanmış olabilir. Bu bakımdan, dijital varlıkların türünün tespitinde kullanıcının ölüm tarihindeki amacı önemlidir<sup>31</sup>.

### b. Salt Ekonomik Değeri Olan Dijital Varlıklar

Kullanım amacı dikkate alınarak yapılan tasnifte dijital varlıkların ilk grubunu, ekonomik değeri olan dijital varlıklar oluşturur. Sadece ekonomik amaçla kullanılan dijital varlıklar, salt gelir elde etmek amacıyla kullanılan dijital varlıklardır. Bu dijital varlıklarda sosyalleşmek, mesajlaşmak eğlenmek gibi kişisel amaçlarla kullanım söz konusu değildir<sup>32</sup>. Bu dijital varlıklar malvarlığı hakkı olarak nitelendirilmektedir<sup>33</sup>.

Dijitalleşme ve teknolojik gelişmeler, gelir getirici birçok fırsat sunmakta hatta yeni meslekler ortaya çıkarmaktadır. Öyle ki, Youtube’da video çekenler “Youtuber”; blog’da köşe yazarı olanlar “blogger” olarak nitelendirildiği gibi Instagram gibi bazı platformlarda bulunanlar “dijital içerik üreticisi” olarak adlandırılmaktadır. Bu kimseler, sunmuş oldukları içerik dolayısıyla çok sayıda insana ulaşmakta ve aldıkları reklamlar veya görüntülenmeler sayesinde gelir elde etmektedirler. Kısaca ekonomik değeri olan dijital varlıklar, gelir getirici bir alan olarak kullanılmaktadır. Kullanıcı sayısının fazla olduğu bazı sosyal medya hesaplarının ise uygulamada adeta bir mal gibi satış veya ürün kirası sözleşmelerine konu olduğu görülmektedir. Neticede bu tarz dijital varlıkların ekonomik getirisi yadsınamaz düzeydedir. Bu bakımdan kanaatimizce kullanıcıların esasen gelir elde etme amacı taşıyarak içerik ürettiği, ekonomik bir değeri olan

<sup>30</sup> GÜRBÜZ, Dijital Varlık, s. 857; BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR, s. 368; GÜRBÜZ, Dijital Miras, s. 61. Ayrıca bkz. DEMİR, s. 182; ERSÖZ, s. 242.

<sup>31</sup> AKÇAAL, s. 370; İNCE AKMAN, s. 535-536; BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR, s. 376; GÜRBÜZ, Dijital Miras, s. 61; ERSÖZ, s. 242.

<sup>32</sup> GÜRBÜZ, Dijital Miras, s. 61.

<sup>33</sup> DEMİR, s. 179.

veya bu amaçla kullanılan dijital varlıklar ekonomik değeri olan dijital varlıklardır. Doktrinde kullanıcının ücret ödeyerek hizmet satın aldığı, dizi, film içeriklerinin sunulduğu hesapların ekonomik amaçla kullanılan dijital varlıklar olduğu ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Ayrıca kripto teknolojisine sahip dijital varlıklar da ekonomik değeri olan dijital varlıklar olarak nitelendirilebilir. Bir şirkete özgülünen ve yazışmaların gerçekleştiği e-posta adresleri veya sözleşmeler gibi önemli evrakların saklandığı bulut bilişim hesapları da şirketin ekonomik menfaatine özgülünür. Bu sebeple, söz konusu varlıklar, ekonomik değeri olan dijital varlık olarak kabul edilmelidir.

### c. Salt Kişisel Nitelikte Olan Dijital Varlıklar

Dijitalleşme ekonomik yaşamla birlikte sosyal yaşamı da etkilemektedir. Zira zamanla insanların birbirleriyle haberleşmek için kullandıkları mektuplar yerini telefonlara bırakmıştır. Lakin günümüzde telefonların yerini dijital varlıklar alır. Öyle ki, teknolojinin gelişmesiyle birlikte doğası gereği sosyal bir varlık olan insanın sosyalleşme şekli de değişime uğrar. İnsanların sadece eş, dost ve arkadaşlarıyla görüşmek, haberleşmek veya mesajlaşmak için kullandıkları dijital hesaplar bulunmaktadır. Bu bağlamda, gelir getirici faaliyette kullanılmayan, para ile ölçülebilir ekonomik bir değeri olmayan sadece kişisel amaçla kullanılan dijital varlıklar, kişisel nitelikte olan dijital varlık olarak adlandırılabilir<sup>35</sup>. Bu dijital varlıklar, kişi varlığına dahil haklardan kabul edilmektedir<sup>36</sup>.

Kişisel nitelikteki dijital varlıklar, miras bırakanın kişisel amaçlarına hizmet eder. Bu bakımdan, duygu ve düşüncelerini paylaştığı X veya Facebook; fotoğraf ya da videolarına yer verdiği, arkadaşlarıyla mesajlaştığı Instagram yahut e-posta hesabı, miras bırakanın sosyalleşmesine olanak tanıyan dijital varlıklardır. Burada söz konusu dijital hesaplar, kişisel amaçla kullanıldığı için miras bırakanın kişiliği ile özdeşleşmektedir.

### d. Karma Nitelikte Olan Dijital Varlıklar

Bazı dijital varlıklar kullanıcılar tarafından tek bir amaca özgülünmez ve sadece bu amaçla kullanılmazlar. Aksine kullanıcı dijital hesabını

<sup>34</sup> AKÇAAL, s. 370.

<sup>35</sup> Tanım için bkz. GÜRBÜZ, Dijital Miras, s. 62.

<sup>36</sup> DEMİR, s. 177-178; ERSÖZ, s. 245 vd.

hem kişisel amaçları için kullanırken hem de bunun üzerinden ekonomik kazanç elde etmek isteyebilir veya dijital varlığın ekonomik bir değeri olabilir. Ekonomik özelliği olan dijital veriler ile salt kişisel özellik taşıyan dijital verilerin bir araya gelmesiyle oluşan dijital varlıklar karma nitelikteki dijital varlık olarak isimlendirilir<sup>37</sup>.

Doktrinde sosyal medya hesapları, elektronik postalar ve bulut bilişim sistemi kullanarak yapılan veri depolama işlemlerinin karma nitelikte olduğu kabul edilir<sup>38</sup>. Örneğin, miras bırakan e-posta hesabını arkadaşlarıyla mesajlaşmak, özel hayatından anılarını içeren fotoğrafları paylaşmak veya işiyle ilgili hususlar için kullanılabilir. Bu halde söz konusu e-posta hesabı karma nitelik arz eder. Öte yandan, çok takipçisi bulunan dijital içerik üreticileri, hesabını hem şahsî mesaj atmak, fotoğraf ve anı paylaşmak için hem de reklam yoluyla gelir elde etmek için kullanılabilir.

## II. DİJİTAL VARLIKLARIN MİRASÇILARA GEÇİŞİ

### A. Uygulamada Var Olan Durum

Dijital varlıkların en yaygın olanları, e-posta adresi, sosyal medya hesabı, internet alan adları, çevrimiçi oyun hesapları, dijital veya kripto paradır. Bunlardan sosyal medya ve e-posta hesapları belki de bilinirliği en fazla olan dijital varlıklardır. Kişiler bu hesapları iş ve özel hayatlarında kullanmakta veya birçok kişisel veriyi bunlar aracılığıyla paylaşmaktadır. Bu bakımdan söz konusu hesaplar çok sayıda kişisel veri barındırır.

Dijital hizmet sağlayıcılarının kullanıcının ölmesi durumunda izleyecekleri yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Bazı sağlayıcılar, mirasçılık belgesinin ibrazı üzerine mirasçılara merhumun hesabına erişim izni verir. Örneğin SecureSafe, 1Password, Dashlane, RoboForm uygulamaları kullanıcılara, belirtmeleri halinde hesaplarına erişim için gerekli olan kullanıcı adı ve şifre bilgilerini mirasçılarla paylaşma imkânı tanımaktadır. Burada hizmet sunucuları, kullanıcıların dijital ortamda dile getirdikleri beyanlarına göre hareket etmektedir<sup>39</sup>. Birçok dijital hizmet

<sup>37</sup> GÜRBÜZ, Dijital Varlık, s. 869; MARAŞLI DİNÇ, s. 283; GÜRBÜZ, Dijital Miras, s. 64.

<sup>38</sup> Ayrıca bkz. GÜRBÜZ, Dijital Varlık, s. 869; MARAŞLI DİNÇ, s. 283; AKÇAAL, s. 370.

<sup>39</sup> GÜRBÜZ, Dijital Varlık, s. 863; İNCE AKMAN, s. 528-529.

sağlayıcısı ise mirasçılara veya diğer kişilere ölen kullanıcının verilerine erişim izni vermez. Aksine belirli bir süre kullanılmaması halinde dijital hesap silinir. Örneğin Gmail, kullanıcılara iki seçenek sunar. Bunlardan ilki, etkin olmayan hesap yöneticisidir. Buna göre kullanıcı, hesap belirli bir süre kullanılmadığında hesaba kimlerin erişebileceğini veya hesabın silinebileceğini düzenleyebilir. Bir belirleme yapılmadığı hallerde ise bazen kullanıcının birinci derece akrabalarına veya temsilcilerine hesaptan içerik sağlama imkânı verilmektedir<sup>40</sup>. Facebook ise mirasçılara miras bırakanın hesabının silinmesi, anıtlaştırılması veya dijital mirasçı atanması için seçenekler sunar. Hesabın silinebilmesi için ölüm belgesinin hizmet sunucusuna gönderilmesi gerekmektedir<sup>41</sup>.

Görüldüğü üzere dijital hizmet sağlayıcılarının konuya ilişkin düzenlemeleri, genellikle muğlaktır. Zira bu düzenlemeler, esas itibarıyla miras bırakanın veya muhatabı üçüncü kişinin kişisel verilerin korunması veya haberleşmenin gizliliğini ihlâl etmeme düşüncesiyle oluşturulmaktadır<sup>42</sup>. Bu bakımdan uygulamada birlik olduğu da söylenemez. Her bir dijital hizmet sunucusu kullanıcının ölümü halinde farklı bir yol izlemektedir.

## B. Mevcut Hukukî Durum ve Karşılaştırmalı Hukukta Var Olan Düzenlemeler

Türk, Alman ve İsviçre hukukunda esasen küllî halefiyet ilkesi benimsenir. Bu sebeple, miras bırakanın teresinde yer alan ve ekonomik değeri olan varlıklar kural olarak mirasçılara intikal eder (TMK m. 599; BGB Art. 1922; ZGB Art. 560). Öte yandan, Türk ve İsviçre hukuku bakımından aile belgeleri ile aile için özel anı niteliği taşıyan eşyaların mirasçılara intikal edeceği de açıkça düzenlenmektedir (TMK m. 653; ZGB Art. 613)<sup>43</sup>. Alman hukukunda da aile evrakları ve aile resimleri miras yoluyla intikal

<sup>40</sup> Konu hakkında bkz. <https://support.google.com/accounts/troubleshooter/6357590?hl=tr> (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

<sup>41</sup> Detaylı bilgi için bkz. <https://tr-tr.facebook.com/help/memorialized> (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

<sup>42</sup> HERZOG, s. 3746.

<sup>43</sup> Detaylı bilgi için bkz. DURAL/ ÖZ, s. 12 vd.; EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 18 vd.; İNCE AKMAN, s. 544-545; MüKoBGB/MUSEILAK, BGB § 2373 Rn. 5; BeckOK BGB/LIT-ZENBURGER, BGB § 2373 Rn. 1; BURANDT/ROJAHN-GIERL, BGB § 2373 Rn. 4.

eder (BGB Art. 2373). Hükümün kapsamına miras bırakanın yazışmaları, iletişimde olduğu kişiler gibi ekonomik değeri olmayan bilgi ve belgelerin de girdiği kabul edilir<sup>44</sup>. Ayrıca Alman Medeni Kanunu'nun 2047. maddesine göre miras bırakanın kişisel olarak ailesiyle veya altsoyuyla yapmış olduğu yazışmalar da mirasçılara geçer<sup>45</sup>. Lakin dijital varlıkların mirasçılara intikaline ilişkin özel bir hüküm, söz konusu hukuk düzenlemelerinin hiçbirisinde bulunmamaktadır.

Türk, Alman ve İsviçre hukuku uygulamalarına bakıldığında dijital varlıkların mirasçılara intikalini konu alan mahkeme kararlarının verildiği görülmektedir. Öncelikle Berlin'de yaşanan bir tren kazası sonrası verilen karar, birçok tartışmanın temelini oluşturmuştur<sup>46</sup>. Olayda sosyal medya hesabını aktif kullanan kızlarının ölümünü şüpheli bulan aile, Facebook'a başvurarak kızlarının anıtlaştırılmış hesabına erişim talep eder. Facebook erişim talebini haberleşmenin gizliliğini ve kişisel verilerin korunmasını gerekçe göstererek reddeder. Federal Mahkemenin incelemesine konu olan olayda Mahkeme, miras bırakan ile Facebook arasındaki sözleşmeden doğan erişim hakkının ve sosyal medya hesaplarının mirasçılara intikal edeceğine karar verir. Mahkeme bu kararını miras hukukuna hâkim olan küllî halefiyet ilkesine dayandırır. Ölen kişinin verilerinin ise Alman Federal Veri Koruma Kanunu'nun veya Avrupa Birliği

<sup>44</sup> PRUNS, s. 3166; SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 291; MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 34; HERZOG, s. 3748; RAUDE, s. 19; DAV- HERZOG, s. 33; MüKoBGB/MUSEILAK, § 2373 Rn. 5; DOĞANCI, Doğa Ekrem: "Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2022, Sa. 28/1, s. 329-370, s. 348; BeckOK BGB/LITZENBURGER, BGB § 2373 Rn. 1; BURANDT/ROJAHNGIERL, BGB § 2373 Rn. 4; İNCE AKMAN, s. 533.

<sup>45</sup> PRUNS, s. 3166; SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 291; MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 34; RAUDE, s. 19.

<sup>46</sup> BGH, 12.07.2018- III ZR 183/17, 23. Detaylı bilgi için bkz. MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 32; RAUDE, s. 18; GÜRBÜZ, Dijital Varlık, s. 849; YILMAZ, Süleyman/ ERKAN, Vehbi Umur: "Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Ede-meyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020 Sa. 11/2, s. 569-586, s. 580; MARAŞLI DİNÇ, s. 277-278; ALTINDAL/ ARSLAN, s. 332; AKKURT, s. 224 vd.; İNCE AKMAN, s. 530; LÖTSCHER, s. 306; SEIDLER, Katharina: "Der digitale Nachlass – ein Zwischenstand", NZFam 2020, s. 141-145, s. 142 vd.; BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELEL FALAY/ BULDAĞ/ OKUR, s. 551-553.



Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) kapsamına girmediğini ifade eder. Ayrıca mirasçıların, miras bırakanın kurduğu iletişimin dışında kalan üçüncü kişiler olmadığını ve intikalin, haberleşmenin gizliliği ilkesini ihlâl etmeyeceğini belirtir. Kararın üzerine Facebook miras bırakanın hesabında yer alan bilgileri pdf halinde getirerek flash bellek ile davacıya gönderir. Başvurucu, Federal Mahkeme kararının gereği gibi yerine getirilmediğini ileri sürer. Bu gerekçeyle açılan davada Federal Mahkeme, sosyal medya hesap sözleşmesinin mirasçılara intikal edeceğini belirtir<sup>47</sup>. Buna göre mirasçılar miras bırakan tarafından oluşturulan dijital hesaba erişebilmelidir. Flash bellek ile verilerin gönderilmesi uygun değildir. Lakin Mahkeme'ye göre bu durum mirasçılara aktif kullanım hakkı sağlamaz. 2021 yılında ise Almanya'da Telekomünikasyon ve Dijital Hizmetlerde Verinin ve Özel Yaşamın Korunması Kanunu (TDDDG) yürürlüğe girmiştir<sup>48</sup>. Buna göre haberleşmenin gizliliği, hizmet sağlayıcıya karşı olan hakların hesap sahibinin mirasçıları tarafından kullanılmasını engellemez (TDDDG Art. 4). Tüm bu gelişmeler üzerine Alman hukukunda dijital varlıkların kişinin ölümüyle birlikte mirasçılara intikal edeceği söylenebilir (BGB Art. 1922; Art. 2373).

Hukukumuz bakımından tespit edebildiğimiz kadarıyla dijital terekenin mirasçılara intikalini konu alan bir mahkeme kararı bulunmaktadır. Bu 2020 yılında Denizli Sulh Hukuk Mahkemesi ve Antalya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından değerlendirilen bir olay hakkındadır<sup>49</sup>. Davacı 2019 yılında trafik kazasında kaybettiği eşine ait telefondaki bulut bilişim sisteminde yer alan fotoğraf, video, ses kayıtları, doküman, mail veya not gibi sisteme kayıtlı ve şifreli olan birçok veriye erişebilmek ister. Bunun için de davalı Apple firmasından eşinin iCloud kimliğini ve

<sup>47</sup> BGH, Beschluss vom 27.08.2020-III ZB 30/20.

<sup>48</sup> Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei digitalen Diensten (Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutz-Gesetz-TDDDG). Bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/ttdsg/> (Erişim Tarihi: 26.08.2024).

<sup>49</sup> Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD., E. 2020/1149 K. 2020/905 T. 13.11.2020 (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.08.2024.). Kararın eleştirisi için bkz. **ŞAHİN ŞENGÜL**, s. 183; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 1073-1074; **BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR**, s. 374. Kanunda bir boşluk olmadığı ekonomik değeri olan varlıklar için TMK m. 599'un; diğer dijital varlıklılar içinde TMK m. 653/2'in uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **ŞAHİN ŞENGÜL**, s. 183.

şifresini talep eder. Apple, mahkeme kararı olmaksızın erişim izni sağlanamayacağı gerekçesiyle kullanıcının eşinin talebini reddeder. Davacı da terekenin tespiti için Denizli 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne başvuruda bulunur. Ancak Sulh Hukuk Mahkemesi, telefonun tereke içerisinde yer aldığı Icloud hesabına erişilmeden cep telefonunda yer alan resimlere ulaşılabileceğini ifade eder. Icloud hesabına erişilmesi ile murisin özel hayatının gizliliğinin ihlâl edileceğine karar vererek davacının talebini reddeder. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi ise dijitalleşmenin hayat tarzı ile birlikte mülkiyet hakkını da değiştirdiğine dikkat çekerek aksi yönde bir karar verir. Buna göre dijital malvarlığı yadsınamaz bir gerçektir. Sosyal medya hesaplarından aşırı yüksek gelirler elde edilmektedir. Dijital hesapların mirasçılara intikali konusunda yasal bir düzenlemenin olmaması ise kanunî boşluktur. Söz konusu bu boşluğun da TMK m. 1'de yer alan hâkimin hukuk yaratması ilkesiyle doldurulması gerekir. Sonuç olarak Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, murisin sosyal medya hesaplarının, elektronik posta adresinin, dijital cüzdanlarının TMK m. 599 kapsamında terekeye dahil olduğunu belirtmektedir<sup>50</sup>. Hukukumuzda dijital

<sup>50</sup> Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, T. 13.11.2020 E. 2020/1149, K. 2020/905 (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.08.2024): “Günümüzde dijital mal varlığının yadsınmaz ve göz ardı edilemez bir gerçeklik olduğu, kripto para adı verilen ve uluslar arası ödemelerde dahi kullanılmaya başlanmış dijital sistemlerin var olduğu, yine astronomik reklam gelirleri sağlayan sosyal medya hesaplarının gün geçtikçe arttığı, aynı şekilde youtube ve benzeri dijital platformlarda salt reklam geliri ve hatta ücretli üyelik sistemi ile hizmet veren kanallar oluşturulduğu bir ortamda dijital mal varlığı ve dijital miras ile ilgili olarak yasal bir düzenleme bulunmadığı, bu konuda yasal bir boşluk bulunduğu değerlendirilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1. maddesi; “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verir.” düzenlemesini içermektedir. Murisin e posta hesabı ve buna bağlı olarak kullanılan sosyal medya hesapları, dijital cüzdan hesapları vb. maddi değer ifade eden ve TMK’ nun 599. maddesi kapsamında terekesine dahil olup mirasçılara intikali gereken dijital mal varlığının da tespitinin gerekeceği kanaatine varılmıştır. Dosya özelinde bakıldığında, talep eden özellikle “.....@gmail.com” hesabının murise ait olduğunu, yani müteveffanın A. kimliği ile ilişkili hesapların sahibi olduğunun ve müvekkilinin müteveffanın temsilcisi olduğunun ve mahkemece verilecek yetkilerinin, Elektronik Haberleşmenin Gizliliği Kanunu’nda kullanıldığı şekliyle “yasal rıza” teşkil ettiğinin tespitini istemektedir.....@gmail.com hesabının müteveffaya ait olup olmadığı hususu teknik bir konu olup mahkemece ancak bilirkişi raporu alınarak tespit edilebileceği açıktır. Bunun tespitinden sonra ise talep edenin ilgilinin temsilcisi olduğu ve bu bilgilerin verilmesinin Elektronik Haberleşmenin Gizliliği Kanununa aykırılık teşkil edip etmeyeceği hususu hukukî bir değerlendirme gerekecektir. Sonuç olarak, mahkemece tespit

varlıkların intikali konusunda henüz verilmiş tek bir karar olsa da dijital varlıkların kullanımının artmasıyla birlikte uyumsuzlukların sayısının artacağı da bir gerçekliktir.

### C. Doktrinde Yer Alan Görüşler

#### 1. Reddeden Yaklaşım

Henüz hukukî bir düzenlemesi bulunmayan dijital varlıkların mirasçılara intikal edip etmeyeceği hususu doktrinde farklı değerlendirmelere konu olmaktadır. Doktrinde yer alan görüşler ise dijital varlıkların miras yoluyla intikalini reddeden ve bu intikali kabul eden olmak üzere temelde iki gruba ayrılabilir. Ancak intikali kabul eden yazarlardan bazıları, herhangi bir ayrıma gitmemekte, bir kısmı ise niteliğine göre değerlendirme yapmaktadır.

Dijital varlıkların miras yoluyla intikalini reddeden görüş, esas itibariyle bu varlıkların cismanî bir varlığa sahip olmadıklarına dayandırılmaktadır<sup>51</sup>. Zira cismanî varlığa sahip olmayan bu varlıklar, eşya olarak nitelendirilemeyeceği gibi mülkiyet hakkının da konusu oluşturmazlar. Öte yandan, bu intikalini yapılmaması miras bırakanın mahremiyetinin ve kişisel verilerinin korunması ihtiyacının bir sonucudur. Ayrıca bu koruma ihtiyacı hem miras bırakan hem de miras bırakanla iletişim kuran üçüncü kişiler için geçerlidir. Zira söz konusu kimseler miras bırakanla yaptıkları paylaşımın sadece onun tarafından öğrenileceğine güvenerek gerçekleştirmektedirler. Bu sebeple, reddeden yaklaşıma göre

---

*talebi gereğince murisin ölüm tarihi itibariyle tüm aktif ve pasif mal varlığının tespiti ve bu minvalde dijital mal varlığının terekesine dahil olması gerektiği nazara alınarak dijital terekesinin de tespiti yapılarak araştırma ve inceleme sonucunda bir karar verilmesi gerekirken, ölü kişinin e posta hesabının özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilerek talebin reddine karar verilmiş olması hatalı olmuştur. İzah olunan gerekçeler karşısında talep eden vekilinin istinaf talebinin kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının, HMK'nun 353/1-a.6 maddesi gereğince kaldırılması gerektiği değerlendirilmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulması gerekmiştir."*

<sup>51</sup> Bkz. **HOEREN**, Thomas: "Der Tod und das Internet - Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers", NJW 2005, s. 2113-2117, s. 2114; **DAV- BRÄUTIGAM**, s. 20.

haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine öncelik verilmeli ve dijital varlıkların mirasçılara geçişine sıcak bakılmamalıdır<sup>52</sup>.

Doktrinde bir görüş, dijital varlıkların miras yoluyla intikalinin pek çok zorluğu içerdiğini ve hizmet sağlayıcılar arasında standart bir uygulama bulunmadığını belirtmektedir. Ayrıca hangi dijital varlıkların küllî halefiyet yoluyla intikal edeceğinin tartışmalı olduğunu, haberleşmenin gizliliği ile miras hukuku arasında henüz çözülmeyen çatışmanın varlığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre miras bırakanın e-posta ve sosyal medya hesaplarına erişim için gerekli veriler veya içeriğinde yer alanlar, sağlayıcıdan var olan hukukî düzenlemeler (de lege lata) bakımından talep edilemez. Söz konusu alanda bir düzenleme yapılması gerekir<sup>53</sup>.

## 2. Kabul Eden Yaklaşım

Doktrinde yer alan ağırlıklı görüş herhangi bir ayırım yapmadan dijital varlıkların mirasçılara intikal edeceğini ifade etmektedir<sup>54</sup>. Bu görüş dayanağını, küllî halefiyete ilişkin TMK m. 599 ve aile belgeleri ile aile için özel anı niteliği taşıyan eşyaların mirasçılara intikal edeceğini düzenleyen TMK m. 653 hükmünden almaktadır<sup>55</sup>. Alman hukukunda da benzer yaklaşım benimsenmekte ve miras bırakanın malvarlığının mirasçılara intikali geniş yorumlanmaktadır (BGB Art. 1922)<sup>56</sup>. Zira dar yorumlanarak maddî ve maddî olmayan öğeler arasında şüpheye yer bırakmayacak şekilde ayırım yapmak ve kişisel olmayanların intikaline karar vermek her

<sup>52</sup> Reddeden görüş hakkında bkz. İNCE AKMAN, s. 534 vd.; GÜRBÜZ, Dijital Varlık, s. 851.

<sup>53</sup> DEUSCH, s. 8.

<sup>54</sup> SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 291-292; PRUNS, s. 3165-3167; MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 35 vd.; HERZOG, s. 3749; RAUDE, s. 19; KÜNZLE, s. 42; LÖTSCHER, s. 317; BeckOK BGB/MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 1922 Rn. 100; NK-NachfolgeR/ HERZOG, Digitaler Nachlass, Rn. 21; SAYIN, s. 284-285; İNCE AKMAN, s. 557; ALTINDAL/ ARSLAN, s. 343.

<sup>55</sup> Bu görüş için bkz. İNCE AKMAN, s. 556 vd.; ŞAHİN ŞENGÜL, s. 179, 183; GÖNÜL KOŞAR, s. 1091, 1094.

<sup>56</sup> DAV- HERZOG, s. 33; MüKoBGB/MUSEILAK, § 2373 Rn. 5; DOĞANCI, s. 348; BeckOK BGB/LITZENBURGER, BGB § 2373 Rn. 1; BURANDT/ROJAHN-GIERL, BGB § 2373 Rn. 4; SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 291; HERZOG, s. 3747. Karş. PRUNS, s. 3166-3167.

zaman mümkün değildir<sup>57</sup>. Ayrıca aile resim ve belgeleri mirasçılara intikal edebilir niteliktedir (BGB Art. 2373). Böylece dijital miras, içeriğinden bağımsız olarak mirasçılara geçmelidir<sup>58</sup>.

Dijital varlıkların mirasçılara intikalini reddeden görüş, bu hesapların şifreli olduğunu ve içeriğinin öğrenilmesinin istenmeyeceğini ifade etmektedir. Kabul eden yaklaşım ise var olan hukukî düzenlemeler bakımından mektuplar ve günlüklerin, içeriğine bakılmaksızın miras olarak intikal edeceğini belirtir. Buna ek olarak, mirasçılara intikal eden kiralık kasanın ve ölen kişinin evinin içeriğinin önceden kontrol edilmesi veya kişisel olanların ayırt edilmesi söz konusu değildir. Miras bırakanın mahremi olan eşyalar, evi ve mektupları mirasçılara geçiyorsa, dijital hesapları da geçmelidir<sup>59</sup>. Öte yandan, kişisel verilerin flash bellek gibi bir depolama cihazında bulunması halinde mirasçılara intikal edeceği kabul edilmektedir. Aynı verilerin fizikî bir cihaz yerine dijital depolama alanlarında bulunması halinde farklı sonuca varılması ise çelişkilidir<sup>60</sup>. Dolayısıyla dijital terekeye farklı kurallar uygulamak için hiçbir neden yoktur<sup>61</sup>. Mektup sahibinin mektubunun başkasının eline geçme ve okunma tehlikesini öngördüğü gibi dijital platformlarda miras bırakan ile yazışan kişiler de bu tehlikenin farkındadırlar. Zira miras bırakan sağlığında kullanıcı adını ve şifresini üçüncü kişilerle paylaşabilir. Mesajlarını başkasına okutabilir. Kısaca bu görüşe göre söz konusu tehlike, sadece dijital varlıklara özgü değildir<sup>62</sup>.

Mirasçılar, küllî halefiyet yoluyla ölenin sözleşmeye dayalı ilişkilerine, ortaya çıkan hak ve yükümlülüklerine halef olurlar. Kabul eden yaklaşıma göre aynı durum, dijital mirasın bir parçası olan sözleşmeye dayalı

<sup>57</sup> Dar yorum hakkındaki görüş için bkz. Görüş için bkz. **SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT**, s. 291; **BURANDT/ ROJAHN-BRÄUTIGAM**, BGB Anh. § 1922 Rn. 11; **KLAS/ MÖHRKE-SOBOLEWSKI**, s. 3474.

<sup>58</sup> **SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT**, s. 291; **HERZOG**, s. 3748; **DAV- HERZOG**, s. 30. Ayrıca bkz. **PRUNS**, s. 3167; **RAUDE**, s. 19; **BURANDT/ ROJAHN-BRÄUTIGAM**, BGB Anh. § 1922 Rn. 11-12.

<sup>59</sup> **GÖNÜL KOŞAR**, s. 1094; **RAUDE**, s. 19; **İNCE AKMAN**, s. 556-557.

<sup>60</sup> **GÖNÜL KOŞAR**, s. 1094; **RAUDE**, s. 19.

<sup>61</sup> **SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT**, s. 291; **HERZOG**, s. 3748, 3749; **RAUDE**, s. 19; **SAYIN**, s. 282.

<sup>62</sup> Bkz. **GÜRBÜZ**, Dijital Varlık, s. 853; **HERZOG**, s. 3749; **İNCE AKMAN**, s. 553.

ilişkiler için de geçerli kabul edilmelidir. Bu görüşe göre örneğin, mirasçılar miras bırakanın e-posta sağlayıcısı ile sözleşmeye dayalı ilişkisine de halef olmalıdır. Mirasçının e-posta hesabına girmesine, erişilebilir hale gelen e-postaların kişisel olabileceği gerekçesiyle karşı çıkmak mümkün değildir<sup>63</sup>. Lakin bu görüşe göre miras bırakanın verilerin mirasçılara teslim edilmemesi yönünde bir vasiyeti varsa farklı bir sonuca varılabilir<sup>64</sup>.

### 3. Dijital Varlıkların Kullanım Amacını Dikkate Alarak Ayrım Yapan Yaklaşım

Doktrinde yer alan bir görüş, dijital varlıkların mirasçılara intikalinde söz konusu varlıkların niteliğini dikkate almaktadır<sup>65</sup>. Buna göre ekonomik değeri ön planda olan dijital varlıklar para ile ölçülebilir. Kanun koyucu da mirasçılarının, miras bırakanın aynî haklarını, alacaklarını, “diğer malvarlığı haklarını” doğrudan doğruya kazanacaklarını düzenlemektedir (TMK m. 559). Bu bakımdan ekonomik değeri olan ve mirasçılara intikal edebilen dijital varlıklar diğer mal varlığı hakkı olarak düşünülmeli, hükmün kapsamına alınmalı ve mirasçılara intikal etmelidir<sup>66</sup>.

Salt kişisel amaçlarla açılan dijital hesaplarda ise durum farklıdır. Burada para ile ölçülebilir bir değer bulunmamaktadır. Aksine sosyal medya hesapları aracılığıyla iletişimin sağlanması, verilerin paylaşılması kişilik haklarındanır. Dolayısıyla bu dijital hesaplar mirasçılara intikal etmez<sup>67</sup>. Hesap sahibi miras bırakan hayattaymış gibi yapılan haberleşmeler, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği ilkelerini ihlâl eder (AY m. 20, 22). Öte yandan, üçüncü kişiler için kişisel verilerin korunması ilkesine

<sup>63</sup> SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 291. Ayrıca bkz. İNCE AKMAN, s. 538-541.

<sup>64</sup> DAV- HERZOG, s. 33.

<sup>65</sup> GÜRBÜZ, Dijital Varlık, s. 857; ÇELİKTAŞ, s. 37 vd.; DOĞANCI, s. 338; MARAŞLI DİNÇ, s. 278, 282; AKÇAAL, s. 370; YETİM, s. 57, 59; YILMAZ/ ERKAN, s. 577; ALTINDAL/ ARSLAN, s. 337; AKKURT, s. 153, 241; BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELEAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR, s. 376 vd.; ERSÖZ, s. 242 vd.

<sup>66</sup> GÜRBÜZ, Dijital Varlık, s. 857; AKÇAAL, s. 370; YILMAZ/ ERKAN, s. 577; MARAŞLI DİNÇ, s. 282; ALTINDAL/ ARSLAN, s. 337; ÇELİKTAŞ, s. 36-37; AKKURT, s. 153, 241; BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELEAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR, s. 378; GÜRBÜZ, Dijital Miras, s. 61; ÇABRİ, s. 33; DEMİR, s. 179; ERSÖZ, s. 243-244.

<sup>67</sup> HOEREN, s. 2114; AKÇAAL, s. 386; YETİM, s. 56; KLAS/ MÖHRKE-SOBOLEWSKI, s. 3474; YILMAZ/ ERKAN, s. 582; BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELEAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR, s. 376; GÜRBÜZ, Dijital Miras, s. 63; DEMİR, s. 176-178; ERSÖZ, s. 245 vd.

aykırılık oluşturur<sup>68</sup>. Aksi yöndeki görüşe göre kişisel niteliği ön plânda olan dijital veriler, mektup, resim ve video kaset gibi anı niteliğinde kabul edilmelidir (TMK m. 653). Dolayısıyla bu görüşe göre söz konusu dijital hesapların, kullanıcının mirasçılara intikali mümkün olmalıdır<sup>69</sup>.

Ekonomik değeri ön plânda olan hesaplara nazaran karma nitelikteki dijital varlıkların mirasçılara geçişini belirlemek daha zordur. Doktrinde karma nitelikli dijital varlıkların da ekonomik özellik taşıdığını dile getiren bir görüş, söz konusu dijital varlıkları ayrıca TMK m. 653 kapsamında değerlendirir. Dolayısıyla bu varlıkların mirasçılara intikal edeceğini kabul eder<sup>70</sup>. Diğer bir görüş<sup>71</sup> ise karma nitelikteki dijital varlıkların içeriği bakımından ayırım yapmaktadır. Buna göre miras bırakanın kişilik hakları ve kişisel verileri mirasçılara karşı korunmalıdır (TMK m. 24/2; KVKK m. 5,6,8,9). Bu sebeple mahkeme, ölüm sonrasında hesap içeriğini denetlemelidir. İntikale elverişli olmayan veriler ayıklanmalıdır. Özel anı değeri taşıyan eşya olarak nitelenen dijital veriler ise mirasçılara aktarılmalıdır. Buradaki dijital veri, mirasçılar için de özel anı niteliğindeyse intikal edebilmelidir. Aksi halde mirasçılara ilgilendirmeyen, onların ortak belleğinde bulunmayan söz konusu veriler bu kapsama alınmamalıdır. Bu bakımdan mahkemeler, kül halinde intikal yerine bu hesapların kişisel verilerden arındırılmış olarak mirasçılara erişimine açılmasına karar verebilirler. Ayrıca karma nitelikte bir hesabın bu amaçla dahi incelenmesi

<sup>68</sup> YILMAZ/ ERKAN, s. 582. Elektronik posta hesaplarını değerlendiren bir görüş, kullanıcı ile hizmet sunucusu arasındaki sözleşmenin niteliğinden yola çıkarak kişisel niteliği ön plânda olan hesapların intikal etmeyeceğini ileri sürmektedir. Buna göre hizmet sunucusu, sözleşmeden doğan borçları diğer taraf olan kullanıcıya sunmayı vaat etmektedir. Borç ilişkilerinin nisbiliği ilkesi de bunu gerektirir. Görüş için bkz. ÇELİK-TAŞ, s. 36.

<sup>69</sup> YILMAZ/ ERKAN, s. 582; MARAŞLI DİNÇ, s. 280; ALTINDAL/ ARSLAN, s. 341; İNCE AKMAN, s. 556; LÖTSCHER, s. 317. Burada mirasçılar, miras bırakanın ölüm anına kadar olan mesajlaşmalarına, fotoğraf ve videolara erişebilirler. Kişisel niteliği ön plânda olan bu dijital hesapların mirasçılara intikaliyle kişisel verilere aykırılık oluşturmaz. Zira koruma altına alınan kişisel veriler, gerçek kişinin hayattaki verileridir. Bkz. YILMAZ/ ERKAN, s. 582.

<sup>70</sup> GÜRBÜZ, Dijital Varlık, s. 862.

<sup>71</sup> HOEREN, s. 2114; AKKURT, s. 240-242.

kişilik hakkına müdahale teşkil edeceği için mahkeme böyle bir karar verebilmek için hukuka uygunluk sebeplerini incelemelidir<sup>72</sup>.

## D. Değerlendirme ve Kanaat

### 1. Miras Bırakanın Düzenleme Yaptığı Durumlarda

Miras bırakan hayattayken, ölümü halinde dijital varlıklarının akıbetine ilişkin düzenleme yapmış olabilir. Miras bırakanın düzenlemeleri, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak ve yasal mirasçılarının saklı paylarını ihlâl etmemek kaydıyla geçerlidir. Burada miras bırakanın iradesinin geçerli olup olmadığı belirlenirken önem arz eden hususlardan biri, bu iradenin açıklanma şeklidir<sup>73</sup>. Uygulamada bazı dijital hizmet sunucularının kullanıcılarla akdettikleri sözleşmede, onların ölümünden sonra dijital hesabın devredileceğine ilişkin hüküm bulunur. Böylece hizmet sunucusu kullanıcıya, kendisinin ölümünden sonra hesabı kullanmaya devam etmesi için dijital mirasçı belirleme hakkı tanır. Söz konusu dijital hizmet sunucularından birisi Apple'dır. Apple miras bırakanı, ölümünden sonra hesabındaki verilere erişmesi ve bunları indirmesi için bir veya birden fazla kişi belirleme imkânı tanır. Lakin dijital mirasçıların, hesabı kullanabilmesi için Apple'a kullanıcının öldüğüne dair kanıt sunması gerekir. Ancak bu şekilde dijital mirasçıların hesaplara erişimi mümkün hale gelir. Dijital mirasçıların kim olduğunun belirlenmesi ve bu kişilerin güncel olup olmadığı kullanıcının sorumluluğuna bırakılmaktadır<sup>74</sup>.

Miras bırakanın dijital hesap sözleşmesinde yer alan ve dijital mirasçı atamaya yönelik beyanının, vasiyet olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira "*dijital vasiyetname*" hukukumuz bakımından kabul edilmemektedir. Aksine mirasçı atamaya yönelik hukukî işlemler kanunumuzca

<sup>72</sup> **AKKURT**, s. 242. Aksi yönde bkz. **ERSÖZ**, s. 248 vd. Akkurt ise bu yaklaşımına ölüm ile kişiliğin sona ereceği bu sebeple de korunması gereken bir kişilik hakkının bulunmadığı gerekçesiyle itiraz edilebilir. Lakin yazar bu konuda ölenin post mortal kişiliğinin devam ettirilmesi yönündeki görüşü benimsemektedir. Bkz. **AKKURT**, s. 242, s. 326.

<sup>73</sup> Bkz. **İNCE AKMAN**, s. 557; **MARAŞLI DİNÇ**, s. 280 vd.; **ERSÖZ**, s. 201 vd.

<sup>74</sup> <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/en/terms.html> (Erişim Tarihi: 26.08.2024).



şekil şartlarına bağlıdır<sup>75</sup>. Miras bırakanın dijital mirasçı atamaya yönelik iradesinin geçerli olması için yapılacak olan vasiyetname, Türk Medenî Kanunu'nda belirtildiği gibi resmî (TMK m. 532), yazılı (TMK m. 538) veya sözlü (TMK m. 539) şekilde olmalıdır. Miras sözleşmesiyle bir atama yapılmasının istenmesi halindeyse sözleşmenin noter nezdinde yapılması gerekir (TMK m. 545). Türk Medeni Kanunu'nun bu hükümleri göz önüne alındığında hukukumuz bakımından miras bırakanın hesabının yönetimine dair dijital ortamda dile getirdiği beyanlarına hukukî sonuç bağlanmaz.

Kullanıcının geçerli bir vasiyetnameyle dijital mirasçı atamasına rağmen, bazı olumsuzluklar ortaya çıkabilir. Zira hayattayken şifrelerini paylaştığı kişinin, hesaba girerek bunları okuma ve haberleşmenin gizliliğini ihlâl etme ihtimali vardır. Bu ihtimal, miras bırakanın şifrelerini paylaşmasına engel olabilir. Şifrenin notere bırakılması ve ölümden sonra muhataba devredilmesi daha güvenli bir seçenektir. Ancak bu ihtimalde miras bırakan, sağken şifrelerini değiştirme ihtiyacı duyabilir. Ayrıca şifre değişikliği dijital hizmet sunucuları tarafından zorunlu tutulabilir. Miras bırakanın her değişiklik sonrasında notere gitmesi ve yeni bildirim yapması ise pratik olmaz<sup>76</sup>. Bu konuda faaliyet göstermek ve kullanıcıların şifrelerini saklamak üzere kurulan şirketler (Securesafe-İsviçre; Legacy Locker-ABD; Deathswitch-ABD) bulunmaktadır. Lakin söz konusu şirketlere yapılan bir saldırı ile şifrelerin hackerlerin eline geçme ihtimali vardır<sup>77</sup>. Bu bakımdan miras bırakanın öncelikle dijital varlıkları üzerindeki hakkını bir vasiyetname ile düzenlemesi, varlıkların şifreleriyle birlikte güncel ve eksiksiz bir listesini hazırlaması ve vasiyetnamede bu listeye atıfta bulunması mantıklı bir çözüm olabilir. Böylece şifre her değiştirildiğinde vasiyetnamenin de değiştirilmesi gerekmez. Bununla birlikte

<sup>75</sup> Bkz. MARAŞLI DİNÇ, s. 280, 284; İNCE AKMAN, s. 557; KÜNZLE, s. 52; LÖTSCHER, Nachlass, s. 15.

<sup>76</sup> Bkz. DEUSCH, s. 7; DAV- BRÄUTIGAM, s. 28; HERZOG, s. 3745-3746; KÜNZLE, s. 48-49; İNCE AKMAN, s. 557.

<sup>77</sup> DAV- BRÄUTIGAM, s. 28; DEUSCH, s. 7; KÜNZLE, s. 49, 50. Şifre saklamakla yetkilendirilen sitelerin kapanma riski de bulunmaktadır. Bkz. ALTINDAL/ ARSLAN, s. 340.

verileri düzenli olarak güncellemek, kolayca ve hızlı bir şekilde ulaşabilmek için liste güvenli bir yerde tutulmalıdır<sup>78</sup>.

## 2. Miras Bırakanın Geçerli Bir Hukukî Düzenleme Yapmadığı Durumlarda

Günümüzde çok çeşitli dijital varlıklar vardır. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte sayı ve çeşitlerinin daha da artacağı şüphesizdir. Miras bırakanın, sahip olduğu dijital varlıklar hakkında her zaman bir düzenleme yapması ise mümkün değildir. Herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı bu durumlarda, kanaatimizce doktrinde de belirtildiği üzere varlığın niteliği dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. İlk olarak salt ekonomik değer taşıyan dijital varlıkların mirasçılara intikali mümkün olmalıdır. Zira kanun koyucu, TMK m. 599 ile kural olarak ekonomik değeri haiz aynî hakların, alacakların ve diğer malvarlığı haklarının kül halinde mirasçılara geçişini düzenler. Dolayısıyla terekede yer alan varlıkların para ile ölçülebilir değerinin olması esastır. Bu maddî değer ile cismanî olma şartı ise birbirine karıştırılmamalıdır. Çünkü teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan kripto paralar, fizikî varlığa sahip değildir. Ancak bunların maddî bir karşılığı vardır<sup>79</sup>. Öte yandan, Youtube, Instagram, X gibi sosyal medya hesapları da kullanıcılarına maddî getiri elde etme imkânı sağlamaktadır. Öyle ki, bu alanda faaliyet gösterenler Youtuber, Vlogger ve Blogger olarak adlandırılmakta ve bunlar yeni meslek olarak tanımlanmaktadır. Bu hesapların getirileri ciddi bir ekonomik değere sahiptir ve para ile ölçülebilir<sup>80</sup>. Bu bakımdan para ile ölçülebilen bu dijital varlıklar, *diğer malvarlığı hakları* olarak kabul edilmelidir.

<sup>78</sup> DEUSCH, s. 7.

<sup>79</sup> “...Yakın zamana kadar elektronik posta hesapları, sosyal medya hesapları ve benzer dijital uygulamalar yalnızca kişisel kullanıma yönelik olup maddî bir değer taşımazken günümüzde bu hesapların reklam gelirleri elde edilen maddî bir karşılığı olan hesaplar halini alabildiği gibi, yine sosyal medya hesaplarının ve dijital para cüzdanlarının bağlı olduğu e posta hesaplarının da artık kişisel kullanımı aşır ticari değeri olan dijital mal varlığı kapsamına girmeye başladığı anlaşılmaktadır.” Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD., E. 2020/1149 K. 2020/905 T. 13.11.2020 (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.08.2024.). Karar için bkz. yuk. III, B. Dijital varlıkların cismanî olmasının gerekli değildir. Bkz. GÖNÜL KOŞAR, s. 1094; RAUDE, s. 19.

<sup>80</sup> Youtube’da gelir elde etme yöntemleri hakkında bkz. <https://support.google.com/youtube/answer/72857?hl=tr> (Erişim Tarihi: 1.11.2024)

Kullanıcıların bazen herhangi bir ekonomik amaç gütmedikleri, salt kişisel saiklerle kullandıkları Instagram ve Facebook gibi sosyal medya hesapları da bulunabilir<sup>81</sup>. Buradaki amaç kimi zaman kullanıcıların yakınları ve arkadaşları ile sosyalleşmek, video veya fotoğraf paylaşmak, eğlenmek olabilir. Kullanıcılar bu dijital varlıklar ile özel alanlarına, duygu ve düşüncelerine ilişkin bilgiler paylaşmaktadırlar. Bu durumda esasen dijital hesaplar ekonomik amaçla oluşturulmamış olurlar. Para ile ölçülebilir bir değerleri bulunmadığı için TMK m. 599'un kapsamına girmezler. Kanaatimizce de söz konusu dijital varlıklar, kişilik hakkına sıkı sıkıya bağlı olduğu için terekeye dahil edilmemeli ve mirasçılara intikal etmemelidir<sup>82</sup>. Ancak bu hesaplarda kimi zaman aile fotoğrafları bulunabilmekte ve aileyle birlikte geçirilen vakitler paylaşılabilen, hatta zaman zaman ortak bir dijital hesap gibi görülmektedir. Karma nitelikteki hesaplar için ise durum daha farklıdır. Zira bu hesaplar, ekonomik bir değer taşıdığı gibi miras bırakanın kişiliğine dair özel verileri de içerir. Burada intikale elverişli olmayan yani ekonomik nitelik taşımayan veriler ayıklanmalıdır. Ancak böylesi bir ayıklama sonrasında karma nitelikteki dijital varlıkların mirasçılara intikali mümkün olur<sup>83</sup>.

Görüldüğü üzere dijital varlıkların türlerine göre yapılacak ayırımında dijital varlıkların kullanım amaçları ve ekonomik bir değer ifade edip etmedikleri esas alınabilir. Söz konusu nitelenin kim tarafından, nasıl yapılacağı ise önemli bir sorun teşkil etmektedir<sup>84</sup>. Bu konudaki tasnifin yargı mercileri tarafından yapılabileceğini ileri sürmek mümkündür<sup>85</sup>. Buna göre tarafların menfaati ve intikale konu verilerin değerlendirilmesi, terekenin tespiti amacıyla yapılacak başvuruyu inceleyen

<sup>81</sup> Kullanım amaçlarına göre dijital varlıkların sınıflandırılması için bkz. **BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR**, s. 375.

<sup>82</sup> **GÜRBÜZ**, Dijital Miras, s. 63; **ERSÖZ**, s. 245 vd.

<sup>83</sup> **AKKURT**, s. 242; **GÜRBÜZ**, Dijital Miras, s. 65; **ERSÖZ**, s. 248 vd. İntikale konu olmayan ve kişisel verilerin korunması bakımından ayıklanması gereken veriler hakkında detaylı açıklama aşağıda yer almaktadır. Tekrara düşmemek adına burada ayrıntılı bilgi verilmemektedir. Bkz. IV, B ve C.

<sup>84</sup> **İNCEAKMAN**, s. 556. Ayrıca bkz. **BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR**, s. 380 vd.; **ERSÖZ**, s. 248 vd.

<sup>85</sup> **AKKURT**, s. 242; **GÜRBÜZ**, Dijital Miras, s. 65. Mahkemenin bu incelemeyi yapabilmesi için hukuka uygunluk sebeplerinden biri bulunmalıdır. Görüş için bkz. **AKKURT**, s. 242.

mahkeme tarafından yapılmalıdır<sup>86</sup>. Doktrinde ifade edilen bir görüş ise sadece bu amaç için vesayet makamı tarafından yönetim kayyımı<sup>87</sup> veya tereke temsilcisi<sup>88</sup> atanabileceğini belirtmektedir.

### III. MİRASÇILARA İNTİKALDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

#### A. Genel Olarak

Kişisel veri, doktrinde kişiyi diğer insanlardan ayırt etmeye yarayan her türlü veri olarak tanımlanır<sup>89</sup>. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre ise kişisel veri, *“kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi”* ifade eder (KVKK m. 3). Dolayısıyla veri sahibi, belirli veya belirlenebilir gerçek kişidir<sup>90</sup>. Görüldüğü üzere kanun koyucu, tüzel kişileri kapsam dışında tutmaktadır. Kişinin yaşı, cinsiyeti, fotoğrafı, görüntü ve ses kayıtları, grup üyeliği veya irtibat halinde

<sup>86</sup> **AKKURT**, s. 242; **GÜRBÜZ**, Dijital Miras, s. 65. Dijital hizmet sunucularının dijital varlıkların içeriğine erişmesi etik değerlere ve mahremiyete aykırı görülmektedir. Eleştiri için bkz. **GÜRBÜZ**, Dijital Miras, s. 65; **ERSÖZ**, s. 87-88; **BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR**, s. 382.

<sup>87</sup> **BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR**, s. 383; **ERSÖZ**, s. 90 vd.

<sup>88</sup> **ERSÖZ**, s. 97 vd.

<sup>89</sup> Tanım için bkz. **LÖTSCHER**, s. 323; **YETİM**, s. 54; **ALTINDAL/ ARSLAN**, s. 319; **TOPRAK**, Bilal: KVKK ve GVKT Açısından İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara, 2021, s. 24; **BADUR**, Emel: “Kişisel Verilerin Kişiliğin Başlangıcı ve Sonu Ötesinde Korunması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVII, Temmuz 2023, Sa. 3, s. 3-32, s. 8; **UÇAK**, Murat, “Kişisel Verilerin Ölümünden Sonra Korunması”, İMHFD, C. VI, Sa. 10, Y. 2021, s. 97-123, s. 100; **BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR**, s. 348; **YÜCEDAĞ**, s. 766; **BASKIN**, Onur: Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin, Ankara, 2021, s. 21.

<sup>90</sup> **SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT**, s. 293; **BADUR**, s. 10; **YÜCEDAĞ**, s. 766; **BASKIN**, s. 22. “Kişisel veri belli veya belirlenebilir olan gerçek veya tüzel bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder.” Y. HGK, 17.6.2015, E. 2014/4-56 K. 2015/1679 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024).

bulunduğu kişiler<sup>91</sup>, IP ya da e-posta adresi birer kişisel veridir<sup>92</sup>. Zira bu bilgiler kullanılarak veri sahibi gerçek kişi tespit edilebilmektedir. Verinin fizikî veya sanal bir ortamda bulunması önemli değildir<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> “İlgili yazı bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde başourucunun kaldığı otele, irtibat hâlinde olduğu kişilere ve sosyal ilişkileri ile bir yargılamaya sürecine ilişkin bilgilerin belirli bir gerçek kişiye ait bilgi niteliğinde olduğu dikkate alındığında kişisel veri olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda kişisel veri niteliğindeki bu bilgilerin üçüncü kişi niteliğindeki şirketin avukatına verilmesi şeklinde gerçekleşen olayda. Anayasa’nın kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin 20. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanabilir olduğu sonucuna varılmıştır.” AYM, 17.09.2020, N. 2016/4060 (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.08.2024)

<sup>92</sup> Örnekler için bkz. YETİM, s. 54; ALTINDAL/ ARSLAN, s. 319; BADUR, s. 8; YILMAZ, s. 81; YÜCEDAĞ, s. 767. “Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır...” AYM GK, 12.11.2015, E. 2014/196 K. 2015/103 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024). “Doktrinde birçok tanım ve kapsam belirlemesi yapılmaktadır. Bu bilimsel görüşlerden hareketle kişisel verilerin hangileri olabileceğini belirlemek gerekir. Şu da bir gerçek ki bu verilerin tamamının da ceza normları ile korunması gerektiği düşünülmemelidir. Bu tasnifin esasını genel yaşam mahremiyetinden hareketle özel hayatın gizli alanını korumayı amaçlayan ve sağlayan bilgiler olarak anlamak gerekir. Bilimsel görüşlerden hareketle kişisel verilerin neler olabileceğini şu başlıkları altında sınıflandırabiliriz. a- Yaşam şekline ilişkin kişisel veriler: Kişilerin üçüncü kişiler tarafından ayırmacılığa uğramaması ve haysiyetinin korunmasıyla ilişkili olarak, dini inançları, cinsel tercihleri, etnik kökeni, suç geçmişi, politik eğilimleri ve kişisel özel aktivitelere ilişkin bilgiler bu bağlamda sayılabilecektir. b- Ekonomik ve finansal kişisel veriler: Suçlular tarafından suistimale ve kimlik hırsızlığına hedef olmamak için kişinin mali varlığı, sahip olduğu hisse ve hesaplar, borçları, yaptığı alışverişler, kredi kartlarına ilişkin veriler. Ayrıca sayılan bu bilgiler ile kişinin nerede ve kimlerle bulunduğu, sağlık bilgilerine ilişkin bilgiler de ortaya çıkarılabileceğinden ve varlık bilgisinin toplumsal açıdan da özel sayılmasından dolayı önemi artmaktadır. c- Bilişim alanına ilişkin kişisel veriler: e-postaların bizzat adresleri veya şifreleri, internet ortamında paylaşılan kişisel veriler mahrem olarak değerlendirilebilir. Bunun önemi şu bakımdan artmaktadır. İnternette gezinti yapan kişi birçok kişisel bilgileri paylaşmakta, bu bilgiler kayıt altına alınmakta, yine internet erişimine ilişkin iz kayıtlarının hizmet sağlayıcı ve sunucu sahipleri tarafından tutulabiliyor olması nedenleriyle artmaktadır. d- Sağlıkla ilgili kişisel veriler: Sağlık verileri kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir. Biyometrik (Kişinin kendine özgü fiziksel veya biyolojik niteliklerine dayalı olarak insanların kimliğini tespit için dijital teknolojiden faydalanma bilimi) veriler de kişisel veriler arasındadır. e- Politik kişisel veriler: Toplum içinde yaşayan kişilerin siyasi tercihleri toplum katmanları arasında bilinme halinde ayırmacılığa maruz kalma ihtimali bulunduğundan bu bilgilerde kişisel veridir.” Y. CGK, 17.6.2014, E. 2012/1510 K. 2014/331 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024)

Dijital varlıkların çok büyük bir kısmı, kişisel veriler kullanılarak oluşturulur. Günümüzde hemen hemen herkesin en az bir tane e-posta adresi vardır. Bu hesapların oluşumunda kişinin, adı, soyadı, doğum tarihi ve cinsiyetine dair veriler talep edilmektedir. Hesabın unutulması halinde kurtarılabilmesi için bazı kişisel verilerin güvenlik sorusu olarak kaydedilmesi de mümkündür. Bunlarla birlikte, kişinin takip ettiği hesaplardan, arama yaptığı ifadelerden dinî veya siyasi görüşü başta olmak üzere birçok alanda kişisel verisine ulaşmak mümkündür. Öte yandan, kullanıcı, bu hesaplardan fotoğraf, ses dosyası, özel hayatına ilişkin yazı vb. paylaşabilmektedir. Kullanıcının bu paylaşımları kişisel veri niteliğindedir<sup>94</sup>. Dijital hesaplarda kullanıcının kişisel verilerini içeren işiyle ilgili sözleşmeler, faturalar yer alabilir.

Dijital hizmet sunucularıyla yapılan sözleşmelerde hangi kişisel verilerin işleneceğine dair hükümler bulunur. Kullanıcıların verdikleri rızalar ile onların kişisel verileri işlenebilirler. Böylece kullanıcıların fotoğraf, video, ses kaydı, dosya ve yazı paylaşımları, hizmet sunucuları tarafından sanal ortamda saklanır. Bunlar başta şifreleme olmak üzere çeşitli güvenlik araçlarıyla korunur<sup>95</sup>. Bilişim ve teknolojinin hızlı gelişimi, kişisel verilerin kolaylıkla paylaşılmasına, toplanmasına ve depolanmasına imkân verir. Bu durum ise kişisel verilerin korunması kavramının önemini arttırmaktadır. Zira sadece böyle bir korumayla özel hayatın gizliliği sağlanabilir. Bireyin kendisini serbestçe geliştirebilmesi mümkün hale gelir<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> TOPRAK, s. 29.

<sup>94</sup> "Kişisel verilerin sınırlı bir şekilde sayılması mümkün değil ise de, bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden kişinin kimlik, ekonomik ve dijital bilgileri, tabiiyeti, kanaatleri, ırk, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık bilgileri, fotoğrafları, parmak izi, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazılar, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel veri olarak kabul edilebilir." Y. HGK, 6.11.201, E. 2017/1340, K. 2018/1622 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024)

<sup>95</sup> Dijital varlıkları konu alan sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. İNCE AKMAN, s. 534 vd.; BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELEAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR, s. 354; GÜRBÜZ, Dijital Miras, s. 46 vd.; YILMAZ, s. 94; DEMİR, s. 173-174; ERSÖZ, s. 129 vd.

<sup>96</sup> Y. HGK, 6.11.2018, E. 2017/1340 K. 2018/1622 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024). Ayrıca bkz. BADUR, s. 7; YILMAZ, s. 88.

Doktrindeki bir görüşe<sup>97</sup> göre bireyin tüm kişisel verileri üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaz. Bu sebeple, verilerin miras yoluyla devredilmesi mümkün değildir. Kişinin medenî hali veya ismi böyledir. Mektup veya resim gibi bazı veriler ise mülkiyet hakkında konu olabilir. Fikrî bir çaba sonucu oluşan veriler de fikrî mülkiyetin konusu olabilir. Dolayısıyla bunlar mirasçılara intikal eder<sup>98</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz üzere ekonomik değeri bulunan dijital varlıklar mirasçılara intikal eder (TMK m. 559). Bu intikalinin bir sonucu olarak mirasçılar, murisin ölümüyle birlikte dijital hesap sözleşmelerinin de tarafı haline gelirler. Bu bağlamda sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler sahip olurlar<sup>99</sup>. Dijital hizmet sunucusu ise sözleşmeden doğan edimlerini mirasçıya karşı yerine getirmek zorundadır.

Salt ekonomik değeri olan dijital varlıkları konu alan dijital hizmet sözleşmesinin tarafı haline gelen mirasçı, sunucudan merhumun hesabına erişim izni verilmesini talep edebilir. Gerekli şifreye sahip değilse, sunucu tarafından bilgilendirilmeyi veya önceki şifrenin kendi lehine sıfırlanmasını isteyebilir<sup>100</sup>. Ayrıca mirasçılar, ölen kişinin dijital hesap içeriğinin veya onun tarafından yayınlanan fotoğrafların ya da videoların yayınlanmaya devam edip etmeyeceğine yahut silinip silinmeyeceğine karar verirler<sup>101</sup>. Kripto varlık üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Öte yandan miras bırakanın dijital mirası, mirasçılar için bazı görev ve sorumluluklar içerebilir. Örneğin mirasçılar, öncelikle miras bırakanın dijital hesaplarındaki olası yasa dışı içerikleri kaldırmaları gerekebilir<sup>102</sup>.

<sup>97</sup> LÖTSCHER, Nachlass, s. 12, 13; UÇAK, s. 102. Konu hakkındaki tartışma ve detaylar için ayrıca bkz. UÇAK, s. 101 vd.; BASKIN, s. 47 vd.

<sup>98</sup> YILMAZ/ ERKAN, s. 573.

<sup>99</sup> SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 291, 292; DOĞANCI, s. 340; PRUNS, s. 3165, 3166; MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 35; HERZOG, s. 3749; RAUDE, s. 20; NK-Nachfolger/ HERZOG, Digitaler Nachlass, Rn. 71.

<sup>100</sup> MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 35; RAUDE, s. 20. Karş. HERZOG, s. 3749; BURANDT/ ROJAHN-BRÄUTIGAM, BGB Anh. § 1922 Rn. 12; İNCE AKMAN, s. 549-550.

<sup>101</sup> HERZOG, s. 3750; KÜNZLE, s. 48; DAV-HERZOG, s. 55. Silme işlemi için tek bir mirasçının talebi yeterlidir. Daha sonra silme işleminin erken olduğu görülür ve verilere ihtiyaç duyulursa kural olarak söz konusu verilere ulaşmak mümkündür. Görüş için bkz. KÜNZLE, s. 48.

<sup>102</sup> DEUSCH, s. 7.

Dijital varlıklar çok çeşitlidir ve miras bırakan tarafından bir liste halinde bırakılmamışsa bunların tespiti zordur. Ancak bu zorluk, mirasçılara bilgi edinme hakkı tanınması ile çözülebilir. Böylelikle, miras bırakanın hangi dijital varlıklara sahip olduğu tespit edilebilir<sup>103</sup>. Lakin bu halde kapsam sınırlandırılmalı ve miras bırakanın hangi dijital varlıklara sahip olabileceğine odaklanılmalıdır. Somut kanıtların sunulması gerekli değildir. Bunun yerine, e-posta, fatura, mesaj geçmişi, önbellekte yer alanlar, yüklü yazılımlar veya masaüstü simgeler gibi münferit emarelere odaklanılmalıdır<sup>104</sup>.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir konu, dijital hizmet sunucusunun intikal edebilecek nitelikteki dijital varlıkları mirasçılarının erişimine açarken, miras bırakanın veya üçüncü kişilerin kişisel verilerini ayırmak zorunda olup olmadığı ve bu verilerin nasıl korunabileceğidir. Bir görüşe<sup>105</sup> göre nasıl ki postane mektupları mirasçılara teslim etmeden önce özel ve iş mektupları olarak ayırmak zorunda değilse, sağlayıcı da e-postalar için aynı şeyi yapmak zorunda değildir. Diğer bir görüş<sup>106</sup> ise burada son derece kişisel olan hesapların mirasçılara geçmeyeceğini ve üçüncü kişilerin haklarıyla çatışması halinde intikale sınırlama getirilebileceğini ifade etmektedir. Dijital varlıklar, miras bırakanın veya onunla iletişim halinde olan üçüncü kişilerin birçok kişisel verisini içerir. Bu durum ise miras bırakan veya üçüncü kişilerin verileri için intikalde bir sınırlamanın yapılmasının, tabiri caizse verilerin ayıklanmasının gerekli olup olmadığı sorusunu ortaya çıkarır.

<sup>103</sup> SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 292; PRUNS, s. 3165; LÖTSCHER, s. 310-311; BeckOK BGB/MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 1922 Rn. 100; KLAS/ MÖHRKE-SO-BOLEWSKI, s. 3476.

<sup>104</sup> SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 293. Birçok dijital hesap ile e-posta hesabı arasında bağlantı bulunmaktadır. Örneğin dijital hesap açılınsa e-posta hesabı gerekmemekte veya kurtarma hesabı olarak bu adrese ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bakımdan mirasçılara e-posta hesaplarına erişim izni verilmelidir. Görüş için bkz. PRUNS, s. 3162.

<sup>105</sup> HERZOG, s. 3749; İNCE AKMAN, s. 547.

<sup>106</sup> RAUDE, s. 20.



## B. Miras Bırakanın Verileri Bakımından

Ölüm kişiliği sona erdiren bir sebeptir (TMK m. 28). Lakin kişiliğe tanınan koruma, her zaman ölümle sona ermez<sup>107</sup>. Zira kişiliğin ölümden sonra korunması, her insanın kişi olması nedeniyle sahip olduğu genel saygı hakkını içerir. Diğer yandan, bununla ölenin yaşamı boyunca yaptığı çalışmalarla elde ettiği ahlaki, kişisel ve sosyal değerler korunmaktadır<sup>108</sup>. İnsan onurunun ölüm sonrasında uzanan bu tezahürü, birçok alanı olduğu gibi şüphesiz dijital mirası da kapsamına almakta ve onu ilgilendirmektedir.

Dijital varlıklar özel mesajlar, e-postalar, belgeler, fotoğraflar veya videolar içermektedir. Kimi zaman bunlar miras bırakanın özel alanına ilişkin bilgilerde barındırır. Dolayısıyla tıpkı günlükler ya da mektuplar gibi ihlâl için muazzam bir potansiyele sahiptir. Bu bakımdan önem arz eden husus, mirasçuların miras bırakanın dijital verilerine erişiminin kişisel verilerin korunması ilkesini ihlâl edip etmeyeceğidir. Ancak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda ölen kişilerin verilerinin akıbetine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ise bu husus farklı değerlendirmelere konu olmaktadır. Bir görüşe<sup>109</sup> göre yapılacak belirlemede başlangıç noktası, kişiliğin ve kişisel verilerin korunmasının ilgili kişinin ölümüyle sona ermesi ilkesidir. Zira ölüm, kişinin hem fiil hem de hak ehliyetini sona erdirmektedir (TMK m. 28). Bu sebeple, ölen kimselelerin verileri kişisel veri olarak kabul edilmez. Koruma altına alınan veriler, sağ kişilerin verileridir. Kanun'da da *ilgili kişi* olarak verisi işlenen gerçek kişiden bahsedilmektedir (KVKK m. 3/1-ç)<sup>110</sup>. Ayrıca mirasçılar, ölenin ve

<sup>107</sup> Detaylı bilgi için bkz. GEZDER, Ümit: "Ölüm Sonrası Hatrayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi", İÜHFİM, 65(1), 2007, s. 207-222, s. 211 vd.; TURAN BAŞARA, Gamze: "Kişiliğin Korunması Kapsamında Ölümden Sonra Hatıranın Korunması Teorisi", ÇÜHFD, C. 5(1), Y. 2020, s. 341-390, s. 341 vd.

<sup>108</sup> SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 292.

<sup>109</sup> KÜNZLE, s. 41; LÖTSCHER, s. 322. Ayrıca bkz. UÇAK, s. 104.

<sup>110</sup> SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 293; HERZOG, s. 3748, 3749; RAUDE, s. 20; YILMAZ/ ERKAN, s. 572; İNCE AKMAN, s. 552. Karş. BURANDT/ ROJAHN-BRÄUTIGAM, BGB Anh. § 1922 Rn. 5; KLAS/ MÖHRKE-SOBOLEWSKI, s. 3476; NK-Nachfolger/ HERZOG, Digitaler Nachlass, Rn. 70; TOPRAK, s. 24; BADUR, s. 16; UÇAK, s. 111; YILMAZ, s. 86-87; YÜCEDAĞ, s. 766; BASKIN, s. 27-30. Ayrıca bkz. "Kişilik tam ve sağ doğum ile başlar ölüm ile son bulur. Borçlunun vefat etmiş murisinin özel hayatı bulunmadığı ve üçüncü kişiye ait bir malvarlığı sorgulanması da söz konusu olmadığı

onunla iletişim kuran muhatapların verileri için korunması gereken üçüncü kişiler olarak görülmemektedir<sup>111</sup>. Ancak diğer kimseler bakımından aynı sonuca varılmamaktadır. Türk ve İsviçre hukukundaki hatıraya koruma yaklaşımına (*Andenkensschutz*) göre murisin kişilik hakkına yönelik saldırılar için mirasçılara dava açma imkânı verilmektedir. Burada yapılan saldırının ölen kişinin hatırasına yönelik olduğu kabul edilmektedir. Bu saldırı ile ölenin yakınlarının kişilik hakkı hukuka aykırı müdahaleyle ihlâl edilir. Söz konusu kişilik hakkının ihlâli sebebiyle yakınları kendi adlarına dava açabilir<sup>112</sup>. Kısacası var olan hukuk bakımından ölen kişinin kişilik hakkı ve verileri, dijital terekenin mirasçılara intikaline bir

*için Anayasanın 20/1 maddesinde yazılı temel haklardan olan kişisel verilerin ihlal edildiğinden söz edilemez.” Y. 12. HD, 4.3.2024, E. 2024/649 K. 2024/2008 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024). “...Konuya ilişkin yapılan değerlendirme neticesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 18/09/2019 tarih ve 2019/273 sayılı Kararı ile; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun (Kanun) 3 üncü maddesinde ilgili kişinin “kişisel verileri işlenen gerçek kişi” olarak tanımlandığı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 28 inci maddesinde ise kişiliğin, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başladığı ve ölümle sona erdiği hükmünün yer aldığı, Kanunun 11. maddesine göre ilgili kişinin kendisi ile ilgili kişisel veriler hakkında bilgi talep edebileceği, hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; talep edilen kişisel verilerin talep eden geçek kişiye ilişkin olmaması ve ölmüş kişiye ait olması sebebiyle talebin, Kanunun 11. maddesi kapsamında bir talep olarak değerlendirilmeyeceği, kanıma varıldığından bu hususta 6698 sayılı Kanunun kapsamında yapılacak bir işlemin olmadığına karar verilmiştir.” Ölü kişilerin verilerine yakınlarının erişim talebi hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 18/09/2019 Tarihli ve 2019/273 Sayılı Karar Özeti. Bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6710/2019-273> (Erişim Tarihi: 2.11.2024).*

- <sup>111</sup> **NK-Nachfolger/HERZOG**, Digitaler Nachlass, Rn. 71. Ayrıca bkz. “Müvekkilinin müteveffanın temsilcisi olduğuna ve mahkemece verilecek yetkilerinin. Elektronik Haberleşmenin Gizliliği Kanununu kullanıldığı şekliyle “yasal rıza” teşkil ettiğine,...” Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD., E. 2020/1149 K. 2020/905 T. 13.11.2020 (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.08.2024.).
- <sup>112</sup> **SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT**, s. 292; **HERZOG**, s. 3748; **RAUDE**, s. 20; **KÜNZLE**, s. 41; **LÖTSCHER**, s. 322; **BURANDT/ROJAHN-GROBE-BOYMANN**, BGB § 1922 Rn. 107; **HOEREN**, s. 2114; **ANTALYA**, s. 49; **KÜNZLE**, s. 41; **TURAN BAŞARA**, s. 345 vd.; **YILMAZ**, s. 87. Görüş hakkında ayrıca bkz. **BADUR**, s. 17; **UÇAK**, s. 105-106; **GEZDER**, s. 212 vd.; **YILMAZ**, s. 60-64. “Önemle vurgulamak gerekir ki, şeref ve haysiyete yönelik saldırılar kişinin ölümü sonrasında gerçekleşirse ölenin kişilik hakkının ihlal edildiği söylenemez. Çünkü TMK’nın 28. maddesiyle kişilik ölüm ile sona erer. Ancak ölenin şeref ve haysiyetine yönelen saldırılar onun yakınlarmın kişilik hakkına saldırı teşkil eder. Bu tür saldırılar karşısında ölenin yakınları, kendi kişilik haklarının ihlaline dayanarak TMK’nın 25. maddesinde belirtilen davaları açabilir.” Y. HGK, 8.7.2020, E. 2017/1392 K. 2020/542 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024). Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 16.6.2020, E. 2019/4898 K. 2020/2932 (Lexpera, Erişim Tarihi: 26.08.2024).

engel teşkil etmediği ve intikalin kişisel verileri ihlâl etmeyeceği belirtilmektedir<sup>113</sup>.

Diğer bir görüş<sup>114</sup> söz konusu yaklaşımı eleştirmektedir. Buna göre hatırayı koruma yaklaşımıyla birlikte ölen kişiye ait çok büyük miktarda veri, kişisel veri olarak nitelendirilemeseler de korumasız kalabilir. Örneğin mirasçıların dava açmadığı veya saldırının bu kimselerden geldiği durumlar söz konusu olabilir. Ancak insan onurunun korunmasının gerektirdiği durumlarda ölen kimseye ait veriler de korunmalıdır. Bu sebeple Türk ve İsviçre hukukundaki kabulün aksine Alman hukukunda kabul edilen uzatılmış kişilik hakkı görüşü (*postmortaler Persönlichkeitsschutz*) savunulmalıdır. Bu görüşe göre kişilik, ölüm sonrasında sınırlı olarak devam eder. İnsan onuru, şeref ve haysiyet gibi bazı değerlere yönelik saldırılarda yakınları veya yetkilendirdiği kimseler onun adına koruma talep edebilir<sup>115</sup>. Ölene ait kişisel verilerin korunması içinse Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda değişiklik yapılmalıdır. Buna göre miras bırakanın yapacağı ölüme bağlı tasarruf ile verilerine belirli bir süre erişim sağlayacak, onları saklayacak veya imha edecek kişileri tespit etme hakkı tanınmalıdır. Belirleme yapılmaması halinde ise yakınları bu hakları

<sup>113</sup> KÜNZLE, s. 41; SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 292; NK-Nachfolger/ HERZOG, Digitaler Nachlass, Rn. 71; LÖTSCHER, s. 316. Ayrıca bkz. YILMAZ, s. 92; YILMAZ/ ERKAN, s. 582. Burada mirasçı, dijital varlıkları kullanamaz. Ancak veri tabanını miras bırakan tarafından oluşturulduğu şekliyle devralır. Buna göre mirasçılara tanınan erişim hakkı, dijital varlıkların hesap ve içeriğini aynı şekilde görmeyi ve kullanıcı hesabında miras bırakanın daha önce yapabildiği şekilde "gezinmeyi" sağlamalıdır. Bkz. BeckOK BGB/MÜLLER- CHRISTMANN, BGB § 1922 Rn. 101. Dolayısıyla mirasçılar sadece o zamana kadar ki verilere sahip olabilmelidir. Bkz. GÖNÜL KOŞAR, s. 1094; YILMAZ/ ERKAN, s. 582. Bazı uygulamalar ise "hesap varisi" ismi ile mirasçılarının hesapları sınırlı bir şekilde kullanılmasına izin vermektedir. Belirtmek gerekir ki, hesaba erişim, mirasçılara hiçbir şekilde yazışmaların içeriğiyle diledikleri gibi tasarruf etme hakkı vermez. Eğer ki, dijital hizmet sunucusu mirasçılara kullanım hakkı sağlarsa yeni bir sözleşme ilişkisi kurulduğu varsa-yılmalıdır. Bkz. MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 38; RAUDE, s. 20.

<sup>114</sup> BADUR, s. 27-28; UÇAK, s. 119; GEZDER, s. 215.

<sup>115</sup> Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. BADUR, s. 27-28; UÇAK, s. 106 vd.; GEZDER, s. 215 vd.; TURAN BAŞARA, s. 343 vd.; YILMAZ, s. 65-68; BASKIN, s. 29.

kullanma hakkına sahip olmalıdır. Böylece ölenin verileri korunarak uygulamada yaşanabilecek sorunların önüne geçilmelidir<sup>116</sup>.

Belirtmek gerekir ki, miras bırakan gerek klâsik (analog) gerekse de dijital terekesinde bulunan bilgi ve belgelere dair istediği tasarrufta bulunabilir<sup>117</sup>. Mirasçılara geçmesini istemediği fotoğraf, yazı, görüntü, ve sair içerik ve evrakları sağlığında yok edebilir. Dilerse de yapacağı geçerli bir ölüme bağlı tasarruf ile dijital varlıklarına ilişkin istek ve dileğini düzenleyebilir. Miras bırakanın bu konudaki tasarrufları yerine getirilmeli ve dijital varlıkların mirasçılara intikali mümkün olmamalıdır. Herhangi bir düzenleme yapılmadığında ise ölenin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı için arzu edilen koruma sağlanamaz. Lakin doktrinde<sup>118</sup> de belirtildiği üzere Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yapılacak bir değişiklik ile verilere erişim sağlayarak imha edecek kimse belirlenebilir ve ölenin verilerinin korumasız kalmaması sağlanabilir. Bu değişiklik sonrasında miras bırakanın verileri de koruma kapsamına alınmalı ve herhangi bir ayırım yapmadan mirasçılara intikalinin önüne geçilmelidir. Bu ayırım esasen miras bırakanın karma nitelikteki dijital varlıkları için önem arz etmektedir. Zira miras bırakanın özellikle mahrem nitelik arz eden verileri, dijital varlıklarda ekonomik değere sahip olan verilerle bir arada bulunur. Böylece üçüncü kişiler ile miras bırakanın verilerine aynı koruma sağlanmış olur.

### C. Üçüncü Kişilerin Verileri Bakımından

Kullanıcı ile dijital hesap sunucusu arasındaki sözleşme, kullanıcıya üçüncü kişilerle yaptığı yazışmaların korunacağını vaat etmektedir. Bu koruma esasen uçtan uca şifreleme yöntemi ile gerçekleşir. Lakin miras bırakanın ölümü halinde mirasçılara intikal eden dijital varlıklarda yer alan yazışmalara var olan hukukî düzenlememiz bakımından mirasçılar erişebilir. Dolayısıyla üçüncü kişilerin verileri mirasçılar tarafından ele

<sup>116</sup> **BADUR**, s. 27-28; **UÇAK**, s. 113; **BASKIN**, s. 30. Mirasçılar veya yakınları herhangi bir itirazda bulunmasa dahi miras bırakanın onur ve saygınlığı söz konusu olduğunda bu koruma devlet tarafından sağlanmalıdır. Görüş için bkz. **UÇAK**, s. 114.

<sup>117</sup> Miras bırakan küllî halefiyet yoluyla mirasçılarının eline geçmesini istemediği bilgi veya mal varsa yapacağı bir ölüme bağlı tasarruf sayesinde intikali engelleyebilir. Bkz. **SAYIN**, s. 285-286.

<sup>118</sup> **BADUR**, s. 27-28; **UÇAK**, s. 113; **BASKIN**, s. 30.

geçirilebilir. Bu durumda ise miras bırakan ile iletişim kuran üçüncü kişilerin kişisel verilerinin korumaya değer olup olmadığı veya nasıl bir korunma sağlanacağı sorusu gündeme gelir.

Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu kararında<sup>119</sup> dijital hesapların açılış ve kullanımını konu alan sözleşmelerin mirasçılara intikal edeceğini belirtmektedir. Bu bakımdan kararda, veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin ifası için verilere erişimin gerekli olduğuna değinilmektedir (GDPR Art. 6/1, b). Ayrıca Mahkeme'ye göre yazışma içeriklerine üçüncü kişiler tarafından erişilebilmesi riskini muhatap üstlenir. Muhatap üçüncü kişi, gönüllü ve bilinçli olarak verilerini dijital hizmet sunucusuna iletmektedir. İçeriğin alıcının hesabına iletileceğini bilmekte ve bunu istemektedir. Dahası dijital hizmet sunucusu, içerik ve yazışmaları belli bir kişiye iletmekle yükümlü değildir. Bunu garanti de edemez. Gönderim gerçekleştikten sonra kimin mesajın içeriği hakkında bilgi sahibi olacağı, kontrol edilemez. Lakin alıcının ölümünden sonra mirasçılarının da muhatapın verileri hakkında bilgi sahibi olacağı muhatap tarafından öngörülebilmektedir. Bu sebeple Mahkeme'ye göre mirasçılarının, dijital hesaba erişimleri, haberleşmenin gizliliği veya kişisel verilerin korunması ilkesini ihlâl etmez.

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, değerlendirilmeye konu olan 2020 tarihli kararında<sup>120</sup> üçüncü kişinin kişisel verilerinin dijital terekenin intikaline bir engel olarak görmemektedir. Doktrinde benzer değerlendirmeler yapılmakta ve üçüncü kişilerin kişisel verilerinin dijital varlıkların miras yoluyla intikaline engel teşkil etmeyeceği belirtilmektedir<sup>121</sup>. Buna göre üçüncü kişilerin verilerinin mirasçılara geçme riski, sadece dijital

<sup>119</sup> BGH 12.07.2018 III ZR 183/17. Açıklama ve değerlendirme için bkz. **MüKoBGB/LEIPOLD**, BGB § 1922 Rn. 41-43; **RAUDE**, s. 18; **PREUß**, Nicola: "Digitaler Nachlass-Vererbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk", NJW 2018 Heft 43, s. 3146-3149, s. 3146-3147; **BURANDT/ ROJAHN-BRÄUTIGAM**, BGB Anh. § 1922 Rn. 1 vd.; **SEIDLER**, s. 142 vd.; **LÖTSCHER**, s. 316 vd.

<sup>120</sup> Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD., E. 2020/1149 K. 2020/905 T. 13.11.2020 (Legalbank, Erişim Tarihi: 26.08.2024.). Karar için bkz. yuk. III, B. Dijital varlıkların cismanî olmasının gerekli değildir. Bkz. **GÖNÜL KOŞAR**, s. 1094; **RAUDE**, s. 19.

<sup>121</sup> **RAUDE**, s. 22; **PREUß**, s. 3147; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 1093; **MüKoBGB/LEIPOLD**, BGB § 1922 Rn. 41 vd.; **HERZOG**, s. 3749, 3751; **LÖTSCHER**, s. 316; **İNCE AKMAN**, s. 557.

varlıklar için geçerli değildir<sup>122</sup>. Örneğin mektuplarda, basılı fotoğrafları içeren albümde de aynı risk vardır. Öyle ki, miras bırakan dijital hesabının şifrelerini veya içeriğini hayattayken üçüncü kişilerle paylaşabilir. Ayrıca gönderici aksini belirtmemişse, mektup aynı evde yaşayan birine teslim edilebilir. Böylece de içeriği öğrenilebilir. Murisin ölümü halindeyse cep telefonuna veya flash belleğe sahip olan mirasçılar, telefon içerisinde kolayca ulaşılabilir olan fotoğraf, ses kaydı, yazışmaları da elde ederler. Bu görüşe göre salt üçüncü kişilerin kişilik hakkının korunması gereğinden yola çıkarak dijital varlıkların mirasçılara geçmeyeceğini söylemek orantısızdır<sup>123</sup>. Dahası nasıl ki postane mektupları mirasçılara teslim etmeden önce özel ve iş mektupları olarak ayırmak zorunda değilse, sağlayıcı da e-postalar için aynı şeyi yapmak zorunda değildir<sup>124</sup>. Ayrıca mesajların içeriğine göre bir ayırım yapılmasının da uygulanabilir olmadığı ifade edilmektedir<sup>125</sup>.

Doktrinde belirtildiği üzere mirasçıların terekenin hızlı bir şekilde tasfiye edilmesinde<sup>126</sup> ve düzgün yönetilmesine<sup>127</sup> menfaatleri vardır. Zira mirası reddedip reddetmeme konusunda karar verebilmeleri için terekenin genel bir görünümüne ihtiyaç duyarlar. Haberleşmenin ve üçüncü kişilerle olan iletişimin gizliliğine daha fazla vurgu yapılmasının ise dijital terekenin zamanında tasfiye edilmesini engellediği, yükümlülükleri ve maliyetleri de arttırdığı da belirtilmektedir. Sonuç olarak bu görüşe göre mirasçıların terekenin hızlı ve sorunsuz bir şekilde tasfiye edilmesindeki çıkarları, iletişimin gizliliğinden ve üçüncü kişilerin verilerinin korunmasından daha önemli görülmektedir<sup>128</sup>. Aksi bir görüş<sup>129</sup> ise miras bırakan ile veri paylaşımında bulunan üçüncü kişilerin özel bilgilerinin de dijital hesaplarda birlikte, her koşulda mirasçılara intikalini hukuka aykırı ve

<sup>122</sup> GÖNÜL KOŞAR, s. 1093; HERZOG, s. 3749; KÜNZLE, s. 41; İNCE AKMAN, s. 547. Karş. RAUDE, s. 22.

<sup>123</sup> GÖNÜL KOŞAR, s. 1093. Karş. RAUDE, s. 22.

<sup>124</sup> HERZOG, s. 3749.

<sup>125</sup> MüKoBGB/LEIPOLD, BGB § 1922 Rn. 36. Karş. KÜNZLE, s. 41.

<sup>126</sup> Bkz. HERZOG, s. 3751. Ayrıca bkz. SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 292.

<sup>127</sup> HERZOG, s. 3746; PREUß, s. 3147.

<sup>128</sup> Bkz. HERZOG, s. 3751. Ayrıca bkz. SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT, s. 292.

<sup>129</sup> AKKURT, s. 324. Ayrıca bkz. DEMİR, s. 181.

sakıncalı bulmaktadır. Bu sebeple, her ne kadar mevzuatımızda açık hüküm bulunmasa da yargı mercilerinin verilerinin açığa çıkarılmasını ve yayılmasını önleyecek şekilde hüküm vermelerinin gerekli olduğunu belirtir. Bu bakımdan mirasçı, son derece kişisel olan verilerin dışındakilere halef olur. Dahası bazı verilerin mirasçılar tarafından erişimine veri koruma kanunu veya kişisel haklar kapsamında itirazda bulunulabilecek dijital hizmet sağlayıcılarının yardımıyla verilere erişimin engellenmesi istenebilecektir. Bu dijital terekenin karakteristik özelliğidir<sup>130</sup>.

Kanaatimizce burada değerlendirmeye konu olan husus, üçüncü kişinin sadece miras bırakan ile paylaştığı ve alenileştirmedeği özel verilerdir. Ayrıca da salt ekonomik değer taşıyan dijital varlıklar için de böylesi bir değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır. Zira miras bırakan ile iletişim kuran üçüncü kişilerin verilerinin de esas itibarıyla özel olmayacağı, ekonomik amaca hizmet edeceği düşünülebilir<sup>131</sup>. Salt kişisel nitelikte olan dijital varlıklarda yer alan veriler ise miras bırakanın kişiliğinin bir parçası olduğu gibi üçüncü kişilerin de mahremini oluşturmaktadır. Bu sebeple söz konusu verilerin mirasçılara intikali hukuka aykırıdır. Karma nitelikteki dijital varlıklarda ise üçüncü kişilerin verilerin korunup korunmayacağı veya nasıl bir koruma sağlanması gerektiği ise daha sorundur. Zira bu dijital varlıklarda hem ekonomik hem de kişisel veriler bir arada bulunur. Kanaatimizce karma nitelikte dijital varlıklarda yer alan üçüncü kişilerin ve miras bırakanın özel bilgilerinin herhangi bir ayrıştırma yapılmadan dijital hesapla birlikte, mirasçılara intikali, onların kişisel verilerinin korumasız bırakılması anlamına gelir. Bu sebeple de hukuka aykırıdır. Aksi kabul ile mirasçıların dijital varlıklar üzerindeki genellikle ekonomik olan veya sınırlı erişim ile giderilebilecek menfaati, üçüncü kişilerin mahrem verilerinin gizli tutularak saygınlığının korunmasına tercih edilmiş olur. Bunun yerine yargı mercileri, miras bırakanın veya üçüncü kişilerin özel hayatına ilişkin olan ve mahreminde yer alan verileri intikal kapsamına almayarak ayıklayabilir. Mirasçılar için de özel anı niteliği taşıyan, onların ortak belleğinde bulunan verilere sınırlı erişim izni verilebilir (TMK m. 653). Dahası mirasçıların duygusal veya manevî olan

<sup>130</sup> BeckOK BGB/MÜLLER-CHRISTMANN, BGB § 1922 Rn. 99.

<sup>131</sup> Aynı yönde bkz. DEMİR, s. 181.

menfaatleri, dondurulmuş ya da anıtlştırılmış bir hesaba erişim ile gözetilebilir. Böylece üçüncü kişilerin kişisel verilerinin korunmasına yönelik olan üstün menfaati de korunmuş olur. Ayrıca kullanıcılara Whatsapp ve Telegram gibi haberleşmeyi esas alan uygulamalardaki gibi varsayılan mesaj süresi seçeneği sunulabilir. Hesap, anıt hesaba dönüştürüldüğünde mesajların otomatik olarak silinmesine yönelik seçenek de eklenebilir. Bu seçenek ile hesap anıt hesaba dönüştürüldüğünde mesajlaşmaların her iki tarafın hesabından da otomatik olarak silinmesi mümkün hale gelir. Kı-sacası terekenin tespiti amacıyla yapılacak başvuruyu inceleyen mahkeme, miras bırakanın dijital varlıklarını, özelliklerini, kullanım amacını ve somut olayın şartlarını veya tarafların menfaatlerini dikkate alarak karar verebilir<sup>132</sup>.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, miras bırakan ile iletişime geçen üçüncü kişilerin intikale dair bilgilendirilmeleridir. Zira iletişim süreci her zaman birden fazla kişiyi içerir. Bu nedenle, muhatabın rızası da mevcut olmalıdır. Somut deliller yoksa rızanın olmadığı kabul edilmelidir. Sonuçta, hiç kimse muhatabının ölümünü ve buna bağlı olarak küllî halefiyet nedeniyle kimlik değişikliğini göz önünde bulundurmak zorunda değildir. Dolayısıyla mirasçılardan üçüncü kişileri haberdar etmeleri beklenebilir<sup>133</sup>. Kanaatimizce de miras bırakanla iletişim kuran üçüncü kişilerin, dijital varlığın artık mirasçılara intikal ettiğini bilme konusunda menfaatleri vardır. Bu sebeple, mirasçılar bu bilgilendirmeyi yapmakla yükümlü olmalıdır. Ayrıca dijital hizmet sunucularına üçüncü kişilere miras bırakanın öldüğünün ve hesabın mirasçılara intikal ettiğinin bildirilmesi yükümlülüğü getirilebilir. Örneğin bu durum dijital hesabın ana sayfasında, onunla iletişim kurabilecek üçüncü kişilerce görülebilir yerlerde bulunması düşünülebilir. Böylelikle olası yazışmalar ve kişisel veri paylaşımları için koruma sağlanır.

<sup>132</sup> Miras yoluyla intikale elverişli dijital varlıkların tespitinde kullanılacak ölçütler için bkz. **BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR**, s. 375.

<sup>133</sup> **SOLMECKE/ KÖBRICH/ SCHMITT**, s. 292. Türkiye’de temsilcilikleri bulunmayan dijital hizmet sağlayıcılarına bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi mümkün olmayabilir. Ancak terekenin resmen yönetilmesi halinde hakim tarafından atanacak tereke tasfiye memuru bilgilendirme yapabilir. Görüş için bkz. **BÜYÜKSAĞIŞ/ ÖZYİĞİT/ MİRKELAM FALAY/ BULDAĞ/ OKUR**, s. 387-388.



Üçüncü kişiler, rızaları dışında kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak muhatap miras bırakanın mirasçılara intikali karşısında kişilik hakkını koruyucu davalar açabilirler (TMK m. 25). Bu bağlamda şartları olduğu taktirde saldırının önlenmesi veya mevcut saldırıya son verilmesi talep edilebilir. Ayrıca hukuka aykırılığın tespiti ve uğranılan zararın tazmini de istenebilir. Kişisel verilere yönelik bu ihlâl sebebiyle veri sorumlusuna başvurulabilir (KVKK m. 13)<sup>134</sup>.

## SONUÇ

Dijital miras konusu miras bırakan, mirasçılar ve dijital hizmet sağlayıcıları için önemli zorluklar teşkil etmektedir. Bu konuda dijital hizmet sağlayıcıları arasında bugüne kadar sağlanmış standart bir uygulama bulunmamaktadır. İctihat hukukunda da değerlendirmeye konu olan yeterince karar yoktur. Ayrıca, haberleşmenin gizliliği ve kişisel verilerin korunması gerekliliği ile miras hukuku arasında henüz çözülme çatişma vardır. Dolayısıyla bu konuda bir düzenleme yapılması var olan birçok sorunu ortadan kaldırabilir. Böylesi bir düzenlemeye kadar ise söz konusu uyumsuzlukları en aza indirecek çözümlerden ilki, miras bırakanın gerekli şekilde şartlarına uyararak bir vasiyetname yapması ve hukukun kendisine verdiği sınırlar içerisinde tasarrufta bulunmasıdır. Ancak bu şekilde en azından dijital varlıkların intikalinde oluşabilecek tereddütler azaltılabilir.

Geçerli bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda miras bırakanın ve onunla iletişime geçen üçüncü kişilerin özel bilgiler de dahil tüm kişisel verilerinin her koşulda mirasçılara geçmesi, bu verilerin korunması sonucunu doğurur. Bu durum sakıncalı olduğu gibi hukuka da aykırıdır. Bu sebeple açık hüküm bulunmasa da yargı mercileri söz konusu verileri korumalı ve mirasçıların salt özel nitelikteki kişisel verilere halef olmayacağı yönünde karar vermelidir. Burada ise dijital varlıklar kullanım amacına göre tasnif edilerek bir sonuca varılması gerekir. Şöyle ki, ekonomik değeri olan ve mirasçılara intikal eden (TMK m. 599) dijital varlıklarda yer alan veriler, üçüncü kişilerin ve miras bırakanın ekonomik amacına hizmet eden verilerdir. Dolayısıyla bu varlıklar özel nitelikteki verileri içermeleri pek mümkün değildir. Salt kişisel amaçla kullanılan

<sup>134</sup> Konu hakkında detaylı açıklama için bkz. **ERSÖZ**, s. 82-83; **BASKIN**, s. 126 vd.

dijital varlıklar, miras bırakanın kişi varlığına dahil haklardandır. Haberleşmenin ve özel hayatın gizliliği ile birlikte kişisel verilerin korunması ilkesi gereğince bunların mirasçılara intikali mümkün değildir. Böylece üçüncü kişinin kişisel verileri gibi miras bırakanın kişiliği de ölüm sonrasında dahi korunmuş olur. Kişisel verilerin korunması ihtiyacı ise daha çok hem ekonomik değer taşıyan hem de kişisel özelliği bulunan karma nitelikteki dijital hesaplar içindir. Burada miras bırakanın ve üçüncü kişilerin haberleşmelerinin gizliliği ve kişisel verilerinin korunması gereği, daha ağır basmaktadır. Dahası miras bırakanın ve üçüncü kişinin kişilik hakları, saygınlığı ve kişisel verilerinin korunması gereği, mirasçıların menfaatlerine üstün tutulmalıdır. Tüm bu gerekçelerle, karma nitelikteki dijital varlıklarda söz konusu kişisel veriler, mirasçılara intikal edecek dijital hesaptan ayıklanmalı ve özel bilgilerin dijital hesapla birlikte mirasçılara intikal etmemesine karar verilmelidir. Miras bırakanın özellikle kişisel nitelikte olan dijital varlıkları için geçerli olan duygusal menfaati ise anıt hesap uygulamasında olduğu gibi benzer uygulamalarla kendilerine sağlanabilir. TMK m. 653 kapsamında istisna teşkil eden onların ortak hafızasında yer alan aile belgeleri mirasçılara verilebilir. Böylece hem miras bırakanın hem de üçüncü kişilerin kişisel verileri, sahip olması gereken korumaya kavuşmuş olurken mirasçıların menfaati de gözetilir.

## KAYNAKÇA

- AKÇAAL**, Mehmet: “NFT (Değiştirilmeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, Türkiye Barolar Birliği, Y. 2022, Sa. 159, s. 363-396.
- AKKURT**, Sinan Sami: Dijital Varlıkların Miras Yoluyla Bırakılması, Seçkin Yayınları, 2022.
- ALTINDAL**, Hasan/ **ARSLAN**, Yusuf Enes: “Türk Hukukunda Dijital Miras: Karşılaşılan Sorunlar ve Uluslararası Uygulamalar Çerçevesinde Bazı Çözüm Önerileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021 Sa. XXV/1, s. 313-351.
- ANTALYA**, Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt III, Ankara, 2021.
- BADUR**, Emel: “Kişisel Verilerin Kişiliğin Başlangıcı ve Sonu Ötesinde Korunması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVII, Temmuz 2023, Sa. 3, s. 3-32.
- BASKIN**, Onur: Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin, Ankara, 2021.
- BURANDT**, Wolfgang/ **ROJAHN**, Dieter: Erbrecht, 4. Auflage, C.H. Beck 2022. (Burandt/ Rojahn-Bölüm Yazarı)
- BÜYÜKSAĞIŞ**, Erdem/ **ÖZYİĞİT**, Sinem/ **MİRKELAM FALAY**, Selin/ **BULDAĞ**, İlay Ezgi/ **OKUR**, Mustafa Said, “Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali”, Yargıtay Dergisi, C. 47, Sa. 2, Y. Nisan 2021, s. 337-408.
- ÇABRİ**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt I, Oniki Levha, İstanbul, 2022.
- ÇELİKTAŞ**, İlyas: “Vefat Eden Kişinin Elektronik Posta Hesabı Mirasçılara İntikal Eder Mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2011 Sa. 6/62, s. 34-39.
- DEMİR**, Zeynep Rana: “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla Geçiş Mümkün Müdür?” Prof Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu’nun Anısına Armağan, Oniki Levha, İstanbul, 2020.
- DEUTSCHER ANWALT VEREIN (DAV)**: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht,

Informationsrecht und Verfassungsrecht, SN 34/13: Digitaler Nachlass, (DAV-Bölüm yazarı).

**DEUSCH**, Florian: "Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0", ZEV 2014, Heft 1, s. 2-8.

**DOĞANCI**, Doğa Ekrem: "Sosyal Medya Kullanıcı Hesabı Sözleşmelerinin Dijital Tereke Yönünden Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2022, Sa. 28/1, s. 329-370.

**DURAL**, Mustafa/ **ÖZ**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, 2023.

**EREN**, Fikret/ **YÜCER AKTÜRK**, İpek: Türk Miras Hukuku, Ankara, 2023.

**ERSÖZ**, Oğuz: Dijital Tereke Kavramı ve Miras Hukukundaki Sorunları, Oniki Levha, İstanbul, 2024.

**GEZDER**, Ümit: "Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi", İÜHFİM, 65(1), 2007, s. 207-222.

**GÖNÜL KOŞAR**, Günhan: "Dijital Miras Üzerine Değerlendirmeler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. Eylül-Ekim 2023, C. 18, Sa. 216, s. 1065-1101.

**GÜRBÜZ**, Eşraf Can: "Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 29, Sa. 1, Haziran 2023, s. 840-875. (Dijital Varlık)

**GÜRBÜZ**, Eşraf Can: Dijital Miras, Adalet, Şubat 2024. (Dijital Miras)

**HAU**, Wolfgang/ **POSECK**, Roman: BeckOK BGB, 70. Edition, C.H.BECK München 2024. (BeckOK BGB/ Bölüm Yazarı)

**HERZOG**, Stephanie: "Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem", NJW 2013, s. 3745-3751.

**HOEREN**, Thomas: "Der Tod und das Internet - Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers", NJW 2005, s. 2113-2117.

**İNAN**, Ali Naim/ **ERTAŞ**, Şeref/ **ALBAŞ**, Hakan: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 12. Basi, Ankara 2024.

- İNCE AKMAN**, Nurten: “Miras bırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Der-gisi, C. 9 Sa. 2, s. 527-560.
- KLAS**, Benedikt/ **MÖHRKE-SOBOLEWSKI**, Christine: “Digitaler Nachlass – Erbschutz trotz Datenschutz”, NJW 2015, s. 3473-3478.
- KROIß**, Ludwig/ **HORN**, Claus-Henrik/ **SOLOMON**, Dennis: Nachfol-gerecht, Erbrechtliche Spezialesetze, 3. Auflage, Nomos, 2023.(NK-Nachfolger/ Bölüm Yazarı)
- KÜNZLE**, Hans Rainer: “Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht”, Zeitschrift für Erbrecht, 2015, s. 39-54.
- LÖTSCHER**, Cordula: “Das erbrechtliche Schicksal von -Accounts bei Fa-cebook, Google, Apple & Co.”, Zeitschrift für Erbrecht, 2020, s. 304-328.
- LÖTSCHER**, Cordula: Der digitale Nachlass, Schulthess Juristische Me-dien AG, 2021. (Nachlass)
- MARAŞLI DİNÇ**, Yasemin: “Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesapları-nın Hukukî Akıbeti: Dijital Miras””, Türkiye Barolar Birliği Der-gisi, Y. 2019, Sa. 142, s. 273-287.
- PREUß**, Nicola: “Digitaler Nachlass- Vererbbarkeit eines Kontos bei ei-nem sozialen Netzwerk”, NJW 2018 Heft 43, s. 3146-3149.
- RAUDE**, Karin: “Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis”, RNotZ 2017, s. 17-27.
- PRUNS**, Matthias: “Keine Angst vor dem digitalen Nachlass!”, NWB 2013, s. 3161-3167.
- SÄCKER**, Franz Jürgen/ **RIXECKER**, Roland/ **OETKER**, Hartmut/ **LİM-PERG**, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Ge-setzbuch, Verlag C.H.BECK München, 2024. (MüKoBGB/ Bölüm Yazarı)
- SAYIN**, Zeliha Gizem: KHAS Hukuk Bülteni 2020-2021 Akademik Yılı Derlemesi, Baysal, Başak/ Abut Ahmet/ Bilgetekin, N. Tuğçe/ Arat Nilay (Editörler), Dijital Miras ve 13.11.2020 Tarihli Antalya Bölge Adliye Mahkemesi Kararı: Oniki Levha, 2021.

- SEIDLER**, Katharina: "Der digitale Nachlass – ein Zwischenstand", NZFam 2020, s. 141-145.
- SOLMECKE**, Christian/**KÖBRICH**, Thomas/**SCHMITT**, Robin: "Der digitale Nachlass – haben Erben einen Auskunftsanspruch? - Überblick über den rechtssicheren Umgang mit den Daten von Verstorbenen", MMR 2015, s. 291-295.
- ŞAHİN ŞENGÜL**, Eda: "Dijital Miras", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu (4 Ekim 2021), s. 165-187.
- TOPRAK**, Bilal: KVKK ve GVKT Açısından İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara, 2021.
- TURAN BAŞARA**, Gamze: "Kişiliğin Korunması Kapsamında Ölümden Sonra Hatıranın Korunması Teorisi", ÇÜHFD, C. 5(1), Y. 2020, s. 341-390.
- UÇAK**, Murat, "Kişisel Verilerin Ölümden Sonra Korunması", İMHFD, C. VI, Sa. 10, Y. 2021, s. 97-123.
- YETİM**, Servet: "Elektronik Posta Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?", Terazi Hukuk Dergisi, Y. Mayıs 2008, Sa. 21, s. 49-65.
- YILMAZ**, İlayda, Dijital Miras, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022.
- YILMAZ**, Süleyman/**ERKAN**, Vehbi Umut: "Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020 Sa. 11/2, s. 569-586.
- YÜCEDAĞ**, Nafiye: "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı Ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", İÜHFM C. LXXV, S. 2, 2017, s. 765-790.

## VERGİ İNCELEMESİ BAKIMINDAN NEMO TENETUR İLKESİ (SUSMA HAKKI)

Dr. Öğr. Üyesi Arzu LALOĞLU\*\*

### Öz

Nemo tenetur ilkesi, kişinin kendisi aleyhine ifade vermeye ve bu yönde delil sunmaya zorlanmamasını ifade etmektedir. Vergi mükellefinin nemo tenetur ilkesini kullanmasına izin veren başlangıç noktasının bilinmesi, vergi mükellefinin bir suç isnadının etkisine girdiği anın belirlenmesi gerekmektedir. Günümüzde kamu yararının gerektirdiği alanlarda idareye çeşitli kontrol ve denetim yetkileri verilmiştir. Vergi incelemesi gibi cezaî işlemler öncesinde idare tarafından yapılan idarî soruşturma veya denetimler açısından, nemo tenetur ilkesi ceza muhakemesi işlemleri öncesinde de gündeme gelmektedir. Vergi incelemesi idarî denetimlerden birisidir. Vergiler, kamu hizmetlerinin devamlılığı açısından kabul edildiğinden, vergi hukuku bakımından idarî düzeni ve vergilerin tam ve eksiksiz toplanmasını sağlamak amacıyla hukuki düzenlemelerde ibraz yükümlülüklerine yer verilmiştir. Vergi incelemesi açısından Vergi Usul Kanunu (VUK) ve

\* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye | Asst. Prof. Dr., Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law Department of Tax Law, Erzincan, Türkiye.

✉ aythemis@gmail.com • ORCID 0000-0001-9972-4727

\*\* Bu çalışma "Vergi Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Defter, Kayıt ve Belge İbraz Yükümlülükleri ve Nemo Tenetur İlkesi" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir. Bkz. Arzu Laloğlu, Vergi Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Defter, Kayıt ve Belge İbraz Yükümlülükleri ve Nemo Tenetur İlkesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eylül 2023.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: LALOĞLU, Arzu : "Vergi İncelemesi Bakımından Nemo Tenetur İlkesi (Susma Hakkı)", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s.2309-2363.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

diğer vergi hukuku düzenlemelerinde yer verilen ibraz yükümlülüklerinden nemo tenetur ilkesine başvuru ile imtina etmenin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, çalışmamızda öncelikle nemo tenetur ilkesine ilişkin genel bilgilere verilmiş, vergi incelemesinde ilkeye başvuru yapılamayacağına dair çeşitli ülke uygulamaları, yargı kararları ve bilimsel görüşler incelenmiş, son olarak da vergi incelemesinde ilkenin uygulanmasına ilişkin çeşitli tespitlerde bulunulmuş ve değerlendirmeler yapılmıştır.

### **Anahtar Kelimeler**

- Vergi İncelemesi • Nemo Tenetur İlkesi • Susma Hakkı • Suç Şüphesi
- Kendi Aleyhine Delil Sunmaya Zorlanamama Hakkı

## **THE PRINCIPLE OF NEMO TENETUR IN THE TAX AUDIT**

### **Abstract**

The principle of nemo tenetur means that a person cannot be compelled to testify and present evidence against himself/herself. It is necessary to know the starting point that allows the taxpayer to use the principle of nemo tenetur and to determine the time when the taxpayer is under the influence of an accusation of a criminal offence. Today, various control and audit powers have been granted to the administration in areas required by the public interest. In terms of administrative investigations or audits carried out by the administration prior to criminal proceedings such as tax audits, the principle of nemo tenetur also comes to the fore prior to criminal proceedings. Since taxes are accepted for the continuity of public services, submission obligations are stipulated in order to ensure compliance to the tax law and the fulfill collection of taxes. It is necessary to determine whether it is lawful to refrain from the obligations of submission stipulated in terms of tax audit by applying the principle. In this context, in our study, after providing general information on the principle of nemo tenetur, various country practices, judicial decisions and doctrinal opinions on whether the principle can be applied in tax audits will be examined and our own opinion will be given.

### **Keywords**

- Tax Audit • Nemo Tenetur Principle • The Right to Remain Silence • Criminal Suspicion • The Right Not to Be Compelled to Give Evidence Against One-self

## **GİRİŞ**

Vergi hukuku düzenlemeleri ile getirilen hükümler, bazı durumlarda temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi bünyesinde barındırmaktadır. Mülkiyet hakkı, vergi ödevinin anayasal düzenlemesinden doğrudan etkilenmekte iken bazı durumlarda vergi hukukunun yapısına ve



işleyişine ilişkin düzenlemeler ile özel hayat, haberleşmenin gizliliği, seyahat özgürlüğü gibi hakların dolaylı olarak etkilendiği görülmektedir. Vergisel idarî düzeni sağlamaya yönelik vergi denetimlerinden olan vergi incelemesi ile vergi incelemesinde ibraz yükümlülüğüne uyulmadığında ortaya çıkabilen vergi kaçakçılığı suçu da Anayasa'nın "suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38'inci maddesinin 5'inci fıkrası hükmünde yer verilen ve aynı zamanda evrensel bir ilke olan nemo tenetur ilkesini etkilemektedir.

Nemo tenetur ilkesi, kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamamasıdır. Anayasa'nın 38'inci maddesinin 5'inci fıkrasına göre, kimse kendisini ve kanunda belirlenen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamamaktadır. Vergi hukukunda ise, çeşitli belgeleri düzenleme, kanunda düzenlenen defterleri tutma ve bu defter ve belgeleri inceleme sırasında inceleme elemanına ibraz etme yükümlülüğü getirilmiş ve ibraz yükümlülüğüne uyulmaması Vergi Usul Kanunu<sup>1</sup> (VUK) 359'uncu maddesinde yer alan vergi kaçakçılığına sebebiyet veren bir suç fiili olarak (gizleme suçu)<sup>2</sup> düzenlenmiştir. Bu açıdan doktrinde, vergi incelemesinde de nemo tenetur ilkesinin gündeme gelebileceğine ilişkin tartışma mevcuttur. Bu tartışmalara katkı sunabilmek amacıyla bu çalışmayı yazma kanaati oluşmuştur. Çalışmada, nemo tenetur ilkesinin vergisel işlemlerin hangi aşamalarında söz konusu olabileceğine ilişkin çeşitli görüşler, yargı kararları ve diğer ülke uygulamaları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bakış açısı incelenecek son olarak kendi görüşlerimize yer verilecektir.

<sup>1</sup> 04.01.1961 Tarihli 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 10.01.1961 Sayı: 10703.

<sup>2</sup> VUK'un 359'uncu maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığına suçuna sebep olan gizleme davranışı bilimselde gizleme suçu olarak da anılmaktadır. Bkz. ÜSTÜN, Ümit Süleyman, "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15/3, 2011, s. 363; ŞENYÜZ, Doğan, "Susma Hakkı Karşısında VUK'daki Defter Ve Belgeler Gizleme (Kaçakçılık) Suçu", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, 15/1, 2013 29; AĞAR, Serkan, Vergi Kaçakçılığı Suçu Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 85; EKİCİ, İskender, Türk Vergi Hukukunda Mükelleflerin Defter ve Belge Muhafaza ve İbraz Mecburiyetleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 255. Bu çalışmada da gizleme suçu olarak anılacaktır.

## I. GENEL OLARAK NEMO TENETUR İLKESİ

### A. Tanım, Kavram ve Kapsam

Latince bir deyim olan “nemo tenetur se ipsum accusare” ile ifade edilen kural, kimsenin kendini itham etmek zorunda bırakılmayacağı anlamına gelmektedir<sup>3</sup>. Başka bir kaynakta, “nemo tenetur se ipsum prodere” kuralı, kimse kendisine ihanet etmek zorunda bırakılmaz şeklinde geçmektedir<sup>4</sup>. Bu deyim eski Kanon Hukukunda, kişinin affedilmek için günahlarını ifşa etmesinin mahkemelerde kendini suçlaması anlamına gelmeyeceği, bu itiraf sonucunda kişi hakkında bir suçlama yapılamayacağı şeklinde anlaşılmıştır<sup>5</sup>. Bunun yanında “nemo punitur sine accusatore”<sup>6</sup> deyimini suçlayan olmadıkça kimse cezalandırılmaz ile “nemo tenetur detegere turpitudinem suam” deyimini kimse kendini açığa çıkarmak zorunda değildir şeklinde kullanılmakta<sup>7</sup> ve bu iki ilke de bir kimsenin

<sup>3</sup> HELMHOLZ, Richard H., “Origins of the Privilege Against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune”, *New York University Law Review*, 65, 1990, s. 962, 975; AMAR, Akhil Reed/LETTOW, Renee B., “Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause”, *Michigan Law Review*, 98, 1995, 857-928, s. 896; ALSCHULER, Albert W., “A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent”, *Michigan Law Review*, 94/8, Ağustos, 1996, 2638; CHIESA, Luis E., “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases”. Pace Law Faculty Publications.Paper 642. <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/642>, 35-66, 2009, s. 35.

<sup>4</sup> WIGMORE, John H., “Nemo Tenetur Seipsum Prodere”, *Harvard Law Review*, 5/2, 1891, s. 84; MORGAN, E. M. “The Privilege Against Self-Incrimination”, *Minnesota Law Review*, 34/1, 1949, s. 8; ALSCHULER, s. 2638. Aynı yönde “nemo debet prodere se ipsum” kimsenin kendisine ihanet etmesinin beklenemeyeceği şeklinde de kullanılmıştır. Bkz. DÜLGER, Murat Volkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı Ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Bilimselsi)*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2014, s. 168.

<sup>5</sup> HELMHOLZ, s. 982.

<sup>6</sup> Bu deyim, bir mahkemenin kimseye re’sen dava açamamasının kilise hukukuna dayandığı ve sanığa karşı meşru bir suçlayan veya suç duyurusu olmadan sanığın mahkemece sorgulanamayacağını; aksi halde, mahkemenin sanık ile suçlayan arasında tarafsızlığını kaybedeceği gerekçelerine dayandığı belirtmektedir. Bkz. HELMHOLZ, s. 975.

<sup>7</sup> Bkz. HELMHOLZ, s. 981.

kendisini suçlamak zorunda bırakılmayacağı ilkesini karşılamaktadır<sup>8</sup>. İlkeye ilişkin bu eski uygulamalar, nemo tenetur ilkesinin tarih içinde yaşanan çeşitli gelişmeler sonucunda soruşturma ve kovuşturma evresinde kabul edilmesine kadar ilerleyecektir.

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) literatüründe nemo tenetur ilkesini karşılamak üzere daha çok “privilege against self-incrimination” (kendini suçlamaya karşı ayrıcalık) kullanılırken,<sup>9</sup> bazı kaynaklarda ise ilkenin düzenlendiği anayasal hükmü olan “beşinci değişiklik” (fifth amendment)<sup>10</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. Almanya’da nemo tenetur ilkesi bu adla anılmakla birlikte<sup>11</sup> “Selbstbelastungsfreiheit” (kendini suçlamama hakkı) olarak da değerlendirilmektedir<sup>12</sup>. Fransa’da “le droit de ne pas s'auto-incriminer” (kendini suçlamama hakkı) olarak geçmekte<sup>13</sup>; AİHM ise İngilizce kaynaklarında nemo tenetur ilkesini “the right not to

<sup>8</sup> Bkz. HELMHOLZ, s. 981.

<sup>9</sup> Bkz. DANN, B. Michael, “The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: Extorting Physical Evidence From Suspect”, *Southern California Law Review*, 43/4, 1970, s. 597 vd.; WESTEN, Peter/MANDELL, Stewart, “To Talk, to Balk, or to Lie: The Emerging Fifth Amendment Doctrine Of The Preferred Response,” *American Criminal Law Review*, 19/3, 1982, s. 521 vd.; LANGBEIN, John H., “The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law,” *Michigan Law Review*, 92, 1994, s. 1047 vd.; PROFIT, Michael, V., “Refusing To Be One’s Own Witness: How The Privilege Against Self-Incrimination Differs In China, France, And The United States”, *Elon Law Review*, 8/2, 2016, s. 155 vd.; MORGAN, s. 1 vd.

<sup>10</sup> Bkz. AMAR/LETTOW, s. 857 vd.; FARAHANY, Nita A., “Incriminating Thoughts”, *Stanford Law Review* 64, 2012, s. 351 vd.; DANN, s. 597 vd.; WESTEN/MANDELL, s. 521 vd.; LARSON, Joni, “A Primer on the Federal Rules of Evidence As Applied by the Tax Court,” *The Tax Lawyer published by American Bar Association*, Spring 2013, 66(3), s. 733 vd.

<sup>11</sup> BUCHHOLZ, Momme, *Der nemo tenetur-Grundsatz*, Springer, Wiesbaden, 2018, s. 1 vd.; FRANKE, Gesa, § 4 *Strafprozessuale Beweisverbote im Rahmen zivil-(verfahrens-)rechtlicher Auskunft- und Informationspflichten und der Nemo-tenetur-Grundsatz, in Ärztliche Offenbarungspflichten bei Behandlungsfehlern*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2022, s. 51 vd.

<sup>12</sup> KRETSCHMER, Joachim, “Die Lehre Der Strafprozessualen Beweisverwertungsverbote in Deutschland im Konflikt Zwischen Freiheit und Sicherheit,” *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019/1, s. 23; RÖSINGER, Luna, *Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, 1 vd.

<sup>13</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Dairesi Başvuru Numarası: X 16-80.216 FS-P+B, Karar Tarihi: 06.12.2017, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036176874>, Erişim Tarihi: 12.10.2023.

incriminate oneself” (kendini suçlamama hakkı) olarak adlandırmaktadır.

Nemo tenetur ilkesi Türk literatüründe bu isimle anıldığı gibi<sup>14</sup> bazen susma hakkı<sup>15</sup>, kendini suçlama yasağı<sup>16</sup> gibi ifadelerle de anılmaktadır. Susma hakkı ise, yalnızca kendi aleyhine ifade vermeme ve sorulan sorulara cevap vermeme hakkı olarak kullanıldığı gibi<sup>17</sup> hem kendi aleyhine ifade vermeme hem de kendi aleyhine delil göstermeme hakkı olarak da kullanılabilir. Son zamanlarda daha çok iki hakkı da kapsayacak şekilde kullanımı artmaktadır. Nemo tenetur ilkesi, kişinin itham edildiği bir suçtan dolayı hem ifade vermeme hem de uhdesindeki bilgi ve belgeleri yetkililere vermeme hakkını kapsamaktadır. Türk literatüründe susma hakkı ve kendini suçlama yasağı olarak da anılan bu ilke çalışmamızda nemo tenetur ilkesi olarak anılacaktır.

<sup>14</sup> **KAN AYDIN**, Çağrı, “Adil Yargılamanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, *TBB Dergisi*, 91, 2010, s. 158; **İTİŞGEN**, Rezzan, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*, İstanbul, 2013, s. 3; **İNCİ Z.** Özen, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, *Hacettepe HFD*, 7/2, 2017, s. 119; **SARIGÜL**, Ali Tanju, Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğün Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi, *TBB D*, 2021/153, s. 39.

<sup>15</sup> **EREM**, Faruk, “Susma Hakkı”, *Yargıtay Dergisi*, 18/3, 1992, s. 297; **ÖZTÜRK**, Bahri, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 151; **YALTI**, Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, İstanbul, Beta, 2006, s. 139; **ERDEM**, Tahir, “Gizleme Suçu mu, Susma Hakkı mı?”, *Mali Pusula*, 3/36, Aralık, 2007, s. 34-45; **ÖZEN**, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, 213; **YILDIRIM**, Ali, “Sanığın Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1998/5-6, Aralık, 683. **ÜSTÜN**, s. 363 vd.; **ŞENYÜZ**, Susma Hakkı, s. 29; **İNCE TUNÇER**, Asuman, “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi HFD*, 4/2, 2018, s. 357; **HAYDAR**, Nuran, *Susma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 29; **ŞAHİN**, Cumhur/**GÖKTÜRK**, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku -I-*, 12. Bası, Ankara, Seçkin, 2021, s. 142; İnci, s. 12; **KOCAOĞLU**, Serhat Sinan, “Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/1, 31; **SABAN**, Nihal, *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 372.

<sup>16</sup> **İTİŞGEN**, s. 3.

<sup>17</sup> **ÖZTÜRK**, s. 151; **ÖZEN**, s. 213; **YILDIRIM**, s. 683.

<sup>18</sup> **EREM**, s. 297; **ÜSTÜN**, s. 381; **ŞENYÜZ**, Susma Hakkı, s. 29; **İNCİ**, s. 121; **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, *Ceza Muhakemesi Hukuku -I-*, 142; **YILDIZ**, s. 156.

Nemo tenetur ilkesi, kişinin kendisini suçlayıcı bir beyanda bulunmaya ve kendisi aleyhine delil vermeye zorlanmaması şeklinde tanımlanabilir<sup>19</sup>. Bu ilke, kişinin sorulan sorulara cevap vermeye zorlanmasını engellediği gibi kişinin kendi aleyhine olan delilleri mahkemeye sunmaya zorlanmasını da engellemektedir<sup>20</sup>. Aynı zamanda bir suç isnadıyla karşı karşıya kalan kişinin ifade vermeden önce yemin etmeye zorlanmamasını koruma altına almaktadır<sup>21</sup>. Diğer yandan ceza yargulamalarında kişinin nemo tenetur ilkesine başvurmasından aleyhine sonuç çıkarılmamasını kapsamaktadır<sup>22</sup>.

## B. Nemo Tenetur İlkesi ve Vergi İncelemesinin Bağlantısı

Kendi kendini değerlendiren bir sistem olan beyan sisteminin devamlılığı, ancak dikkatli ve sürekli bir denetimle sağlanabilmektedir<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Aynı yönde bkz. ÜNVER/HAKERİ, 2012, s. 99; İTİŞGEN, s. 3; YALTI, s. 139; İNCE TUNÇER, s. 357; HAYDAR, s. 29; KAN AYDIN, s. 158; ŞENYÜZ, Susma Hakkı, s. 29; KOCAOĞLU, s. 31; DEMİRBAŞ, Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik", *Legal Hukuk Dergisi*, 32, 2005, 2878; KAN AYDIN, 159.

<sup>20</sup> YALTI, s. 139; ŞENYÜZ, Susma Hakkı, s. 29; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 142; KAN AYDIN, s. 158, 159; İTİŞGEN, s. 3; KOCAOĞLU, s. 31; İNCE TUNÇER, s. 357; HAYDAR, s. 29. Nemo tenetur ilkesi bazı bilgi ve deliller açısından tartışmalıdır. Kişiden elde edilen fiziksel deliller, kamu yararına hizmet eden belgeler, yalan makinesi gibi bazı uygulamalar ve kimlik bilgilerine yönelik bilginin verilmesi tartışmaların en çok yoğunlaştığı alanlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İTİŞGEN, s. 81 vd.; HAYDAR, s. 63.

<sup>21</sup> WIGMORE, s. 77; LANGBEIN, s. 1073; HELMHOLZ, s. 965; PROFIT, s. 180; TRACZ, Eliot T., "Doctrinal Evolution and the Right Against Self-Incrimination", *The University of New Hampshire Law Review*, 18/1, 2019, 109-141, 112.

<sup>22</sup> AİHM, Condron/United Kingdom 31 Eur. Ct. H.R. 1, 25 (2000), 56. paragraf; AİHM, John Murray v. United Kingdom, 08.02.1996, Başvuru No:18731/9 47. paragraf. (Bu kararında Mahkeme, mahkûmiyetin sadece ya da esas olarak sanığın susmasına, sorulara cevap vermeyi ya da delil sunmayı reddetmesine dayandırmayacağını beyan etmiştir). Ayrıca bkz. PROFIT, s. 168; İTİŞGEN, s. 4; İNCİ, s. 130; TODD, Timothy M. "The Fifth Amendment and the Conjuror's Circle: Exploring the Privilege Against Self-Incrimination in Federal Tax Practice", *Charleston Law Review*, 9/1, 2014, s. 210; NİŞANCI, Dilaver, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hakları (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Madde Kapsamında)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 72. Diğer yandan bazı durumlarda sanığın nemo tenetur ilkesine başvurarak sessiz kalması ve elinde olduğu bilinen kanıtları sunmaması aleyhine değerlendirilebilmektedir. Bkz. YENİSEY, Feridun, "Kitap İncelemeleri", MHB, 14/1-2, 1994, s. 183; WALKER, Jeffrey K. "A Comparative Discussion of the Privilege Against Self-Incrimination", *NYLS Journal of International and Comparative Law*, 14/1, 1993, s. 23.

<sup>23</sup> KANETİ, Selim, *Vergi Hukuku*, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986-1987, s. 142; KARAKOÇ, Yusuf, *Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 242, 243;

Beyan sistemi, kanunla konulan vergileri gönüllü uyumu teşvik ederek toplamak ve vergi sisteminin bütünlüğüne olan kamu güvenini korumak olan hedeflerin gerçekleştirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Vergi denetiminin birincil amacı, öz değerlendirme sistemi olan beyan sistemini izlemek ve sürdürmektir<sup>24</sup>. Vergi incelemesi ile ödenmesi gereken vergilerin doğruluğu araştırmak ve sağlamak amaçlanmaktadır. Beyan sisteminin mahiyetinden ötürü vergi idaresi geniş inceleme ve araştırma yetkileriyle donatılmıştır<sup>25</sup>.

Kendi kendini değerlendirmeye dayalı olan beyan sisteminin işlerliğinin sağlanması; vergi mükelleflerince ödenecek vergilerin belirlenmesine yarayan defter ve kayıtların tutulması, bu defterlere işlenen kayıtların gerçekliğini ispat edici belgeler düzenlenmesi ve vergi incelemesi sırasında söz konusu evrakın ibraz edilmesiyle mümkün olmaktadır. Anayasal<sup>26</sup> ve kanunî düzenlemeler, vergi idaresine vergi hukuku

ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan, Vergi Hukuku, 10. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s. 168.

<sup>24</sup> INNES, William I./WILLIAMS, Matthew G., "Protections Against Self-Incrimination in Income Tax Audits, Investigations, and Inquiries", Canadian Tax Journal, 49/6, 2001, s. 1462; YERLİKAYA, Gökhan Kürşat, "Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi Yetkisi Kavramı ve 3568 Sayılı Kanun ile İlişkisi", Erzincan Üniversitesi HFD, XV/1-2, 2011, s. 1. Ayrıca Federal Alman Yüksek Mali Mahkemesi'nin (Bundesfinanzhof) eski tarihli bir kararında, vergi incelemesinin, bugünkü karmaşık ekonomi alanında, vergiye ilişkin olay ve ilişkilerin gerçek mahiyetini belirlemeye yarayan etkili, en uygun ve en gerekli araç olduğunu, adil vergilendirmeyi sağlamak bakımından vazgeçilmez bir önemde olduğunu dile getirmiştir. Bkz. BFH v.02.09.1988, BStBl. 1989 II, 4 (Aktaran: DEĞİRMENDERELİ, Ali, "Alman Vergi Sisteminde Vergi İncelemesi", *Neveşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2015/4, s. 39). Diğer yandan vergi incelemelerinin vergilendirmeye konu olay ve işlemlerin gerçek mahiyetinin tespitini sağlamasından ötürü, Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenen ve bilimselde vergileme ilkeleri arasında kabul edilen mali güce göre vergilendirme ilkesinin yerine getirilmesine hizmet etmekte olduğu da dile getirilmektedir. Bkz. PINAR, Burak, "Yargı Kararları Işığında Vergi İncelemesinde Yükümlü Haklarının İhlâline İlişkin Tespitler", *International Journal of Public Finance*, 1/1, 2016, s. 27.

<sup>25</sup> TODD, s. 166.

<sup>26</sup> Devletin vergi incelemesi yapma yetkisi Anayasa'nın 73'üncü maddesinde yer alan vergilendirme yetkisinin bir parçası ve vergi ödevinin bir gereği olduğundan, vergi inceleme yetkisi dolaylı olarak Anayasadan kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 73'üncü maddesi ve diğer hükümlerinden çıkarılabilecek verginin alınması zorunluluğu, kanuni idare, verginin cebren tahsil edilmesi, verginin yasallığı, verginin genelliği, verginin mali güce göre alınması, vergilemede eşitlik, vergi yükünün adaletli

düzenlemelerinin verdiği görevlerin yürütülmesi ve uygulanmasıyla ilgili amaçları gerçekleştirmek için bu belgeleri inceleme yetkisi vermiştir<sup>27</sup>. Söz konusu hukuki düzenlemeler, mükellefe ve diğer vergi ödevlilerine ise bu bilgi ve belgeleri ibraz etme yükümlülüğü doğurmaktadır. İbraz yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hem usulsüzlük kabahati hem de VUK'un 359'uncu maddesinde yer verilen vergi kaçakçılığı suçlarından birini oluşturan gizleme fiili olarak düzenlenmiştir. Mükellefin vergilere ilişkin yükümlülüklerini belirlemek için kullanılacak olan bilginin mükellefin defter ve belgelerinden elde ediliyor olması, vergi incelemesinin mükellefin anayasal haklarını zedelediği yönünde tartışmalara sebep olmaktadır. Anayasal koruma altında olan nemo tenetur ilkesi bakımından vergi incelemesinin hukuka uygunluğunun belirlenmesi gerekmektedir<sup>28</sup>.

İdarî denetimler genel olarak vergi yükümlülerinin hukuki düzenlemelere uygun davranmalarını sağlamayı amaçlamaktadır<sup>29</sup>. İdarî denetimlerden olan vergi incelemesi sırasında da çoğu zaman, mükellefin suç veya kabahat fiili araştırılmamakta, sadece vergi mükellefi tarafından yapılan öz değerlendirmenin (beyanın) vergi kanunlarıyla getirilen kuralara uygun olup olmadığı doğrulanmaya çalışılmaktadır<sup>30</sup>. Vergi incelemesi, ödenen vergilerin doğruluğunu tespit etmek açısından kullanılmasının yanında, vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kabahatlerinin ortaya çıkarılması için de kullanılmaktadır<sup>31</sup>. Bu yönüyle vergi incelemesi nemo

---

ve dengeli dağılımı gibi ilkeler vergi incelemesinin anayasal dayanakları olarak mütalaa edilmektedir. Bkz. **SOYDAN**, Başar, Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 266.

<sup>27</sup> **TODD**, s. 166; Aynı yönde **TAŞKAN**, Yusuf Ziya, Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, 4. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2021, s. 151.

<sup>28</sup> **FJETLAND**, Gale M., "The Fifth Amendment Privilege Against Self-incrimination in Tax Investigations", Texas Tech Law Review, 6/3, 1975, 1055-1074, s. 1055.

<sup>29</sup> **SHERRIN**, Christopher, "Distinguishing Charter Rights in Criminal and Regulatory Investigations: What's The Purpose of Analyzing Purpose?", Alberta Law Review, 48/1, 2010, s. 95.

<sup>30</sup> **İNNES/WILLIAMS**, s. 1462.

<sup>31</sup> Vergiyi doğuran olayların mali kurumların kayıt ve belgeleri yardımıyla tespit edilmesi, vergi kayıp ve kaçığının önlenmesini ve böylece kamu düzeninin bir unsuru olan mali düzenin korunmasını amaçlamaktadır. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin (AYM), 07.09.2016, E. 2016/124, K. 2016/155, Resmi Gazete Tarih: 11.10.2016 Sayı: 29854; **İNNES/WILLIAMS**, s. 1460. VUK'un vergi incelemelerine ilişkin kanun

tenetur ilkesi açısından tartışılması gereken bir konudur. Bu alandaki ülke uygulamaları, yargı içtihatları ile bilimsel görüşlerin bugüne kadar nasıl bir gelişim gösterdiğini ve bu gelişimin nereye varabileceğini ortaya koymak, bu alanda haklar ve yükümlülükler dengesinin kurulmasına katkıda bulunacaktır.

## II. VERGİ İNCELEMELERİNDE NEMO TENETUR İLKESİNE BAŞVURULABİLİRLİĞE İLİŞKİN GÖRÜŞLER VE BAZI ÜLKE UYGULAMALARI

### A. Ülke Uygulamaları

#### 1. Genel Açıklama

Ülkelerin nemo tenetur ilkesine yönelik sağladıkları hukuki koruma düzeyi ve uygulamaları farklılık göstermektedir. Türkiye’de ilkenin uygulamasıyla karşılaştırılması bakımından bazı ülke uygulamalarının incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Sağladıkları hukuki korumanın ve uygulamalarının farklı olmasından dolayı Kanada, Almanya ve Fransa’da vergi incelemelerinde nemo tenetur ilkesinin uygulaması incelenecektir.

#### 2. Kanada’da Vergi İncelemelerinde Nemo Tenetur İlkesine İlişkin Uygulama

Kanada’da nemo tenetur ilkesi, tanıklık boyutuyla anayasal düzeyde korunmaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği 1982 tarihli Kanada Hak ve Hürriyetler Şartı’nda<sup>32</sup> “suçla itham edilen kimsenin başvurabileceği haklar” başlıklı 11’inci maddesine göre; bir suçla itham edilen kişi, suçla ilgili olarak kendisine karşı yürütülen muhakemede tanık olmaya zorlanmama hakkına sahiptir. Diğer yandan vergilendirme

---

gerekeçesi. ORTAÇ, Fevzi Rifat/ÜNSAL, Hilmi, Genel Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 59; PINAR, s. 24.

<sup>32</sup> 1982 Kanada Kanunu olarak geçmektedir. 1982’de Çizelge B olarak yasalaşmış ve 17 Nisan 1982’de yürürlüğe girmiştir. Kanada’da temel hak ve hürriyetler Anayasa’nın temel metninde düzenlenmemiş olup 1982 tarihli Kanada Hak ve Hürriyetler Şartı adlı ayrı bir metinde düzenlenmiştir. Bkz. ANAYURT, Anayasa Hukuku: Genel Kısım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 59; DÖNER, Ayhan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 65.



ile alakalı defter, belge ve kayıt tutmak ve bunları ibraz yükümlülüğü Kanada'da kanunî bir zorunluluktur<sup>33</sup>.

Düzenleyici/idarî denetim ile yarı-cezaî soruşturmalar<sup>34</sup> arasındaki ayrım, vergi mükellefi açısından nemo tenetur ilkesinin korumasına ilişkin temel bir öneme sahip olmakla birlikte bir idarî denetimin amacı her zaman net bir şekilde anlaşılammamaktadır<sup>35</sup>. Kanada'da vergi denetimlerinde bilgi verme ve belge ibrazında nemo tenetur ilkesine başvurulup başvurulamayacağına ilişkin yargı kararlarıyla başat amaç testi olarak anılan bir içtihat geliştirilmiştir<sup>36</sup>. Bu teste göre, devletin düzenlenme, saklama ve ibraz yükümlülüğü getirdiği kayıtları incelemek istemesindeki başat amaç; genel bir denetim ise bu denetim aşamasında nemo tenetur ilkesine başvurulammamakta olup yapılan denetim ilkeye uygun kabul edilmektedir<sup>37</sup>. İncelemenin başat amacının muhtemel bir kovuşturma için delil aramak olduğu durumlarda, vergi mükellefinin nemo tenetur ilkesi gereği kendi aleyhine tanıklık etmeye karşı uyarma yükümlülüğü olduğu yönünde içtihat geliştirmiştir. Böyle bir denetime veya soruşturmaya taraf olan vergi mükellefi, vergi idaresinin sorularına cevap vermeye zorlanammamaktadır<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> **QUIGLEY**, Michael G. "Controlling Tax Information: Limits To Record-Keeping And Disclosure Obligations", Canadian Tax Journal, 47/1, 1999, s. 39.

<sup>34</sup> Yarı-cezaî (kovuşturma), cezaî yaptırıma benzer bir tazminat veya cezayla sonuçlanabilecek bir hukuk davasıdır. Genellikle Anglo-sakson hukuk sistemlerinde kullanılan bir terimdir. Bir hukuk davasındaki bir eyleme, sanki bir ceza kovuşturmasında meydana geliyormuş gibi yaklaşılması ve ceza hukuku ilkelerinin uygulanması anlamına gelir. Örneğin, bir kişi boşanma gibi bir hukuk davasında mahkemeye saygısızlıkla suçlanabilmekte, hatta hapis cezasına çarptırılabilir. ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen buna benzer kararlar, cezalandırma amacıyla hükmedilen idari cezaları "suç benzeri ceza" olarak tanımlamıştır. Bu nedenle, yarı-cezaî bir kovuşturmada kovuşturmanın muhatabı, şüpheli ve sanık haklarından yararlanabilir. Bkz. Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/wex/quasi-criminal> (proceeding)#:~:text=A%20quasi%2Dcriminal%20(proceeding),akin%20to%20a%20criminal%20penalty. Erişim Tarihi: 22.02.2023.

<sup>35</sup> **INNES/WILLIAMS**, s. 1468.

<sup>36</sup> Bkz. **INNES/WILLIAMS**, s. 1478, 1484; **SHERRİN**, s. 99

<sup>37</sup> Supreme Court of Canada, R v. Jarvis, 2002 SCC 73, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2015/index.do>, Erişim Tarihi: 20.10.2023.

<sup>38</sup> **INNES/WILLIAMS**, s. 1468 vd.; **GOLDBACH**, Laurie/**DYCK**, Jay, "Audit disclosure: Do I Have the Right to Remain Silent?", 03.08.2021,

Başat amaç testi, vergi mükellefi tarafından kanuni zorunluluk altında yapılan belge ibrazı ve bilgi verme sonucunda elde edilen delillerin, müteakip ceza yargulamalarında kabul edilebilir olup olmadığını belirlemektedir. Başat amaç testine göre, vergi denetiminin başat amacı bir cezaî kovuşturmayı kolaylaştırmaksa vergi mükellefi nemo tenetur ilkesi gereğince iş birliği yapmak zorunda olmadığı konusunda uyarılmadıkça, bu tür ifadeler hukuka aykırı delil kabul edilmektedir. Vergi idaresinin bu bildirim yapmaması halinde, vergi mükellefi tarafından yapılan beyanlar müteakip ceza yargulamalarında kabul edilmeyecektir<sup>39</sup>.

İdareye verilen yetkilerin işleyişi ve kapsamı, bu yetkilerin niteliğine bağlıdır; mahkemeler idarî denetimlere izin veren hükümleri cezaî soruşturmalara izin verenlerden daha geniş olarak yorumlamaktadır. İdarî denetimlerde idarenin yetkileri daha geniş kabul edilirken, cezaî bir soruşturma niteliğine bürünen denetimlerde idarenin yetkileri daha sınırlı görülmektedir<sup>40</sup>. Bu test ile Kanada gelir idaresi yetkilisi tarafından vergi suçlarının soruşturulması amacıyla, Gelir Vergisi Kanunu'nun vergi denetimi hükümlerinin kötüye kullanılması engellenmiş olmaktadır. Bir denetimin aniden bir suç soruşturmasına dönüşmesi halinde, vergi mükellefinin Kanada gelir idaresi memurlarına bilgi verme, defter ve belgeleri ibraz etme yükümlülüğü kısıtlanmakta ve vergi mükellefinin nemo tenetur ilkesine dayanan sessiz kalma ve kendini suçlamama hakkı vergi idaresinin bilgi alma yetkisine üstün tutulmaktadır<sup>41</sup>.

### 3. Almanya'da Vergi İncelemelerinde Nemo Tenetur İlkesine İlişkin Uygulama

Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, vergi takibatında mükellefin durumu, ceza takibatında bir sanığın durumundan önemli ölçüde farklıdır. Mükellefin, vergilendirme sürecinde geniş bir bilgi verme ve iş birliği yapma yükümlülüğü vardır<sup>42</sup>. Mükellef, vergilendirmeye ilgili tüm

<https://www.blg.com/en/insights/2021/08/audit-disclosure-do-i-have-the-right-to-remain-silent>, Erişim Tarihi: 19.10.2023.

<sup>39</sup> INNES/WILLIAMS, s. 1478, 1484.

<sup>40</sup> INNES/WILLIAMS, s. 1461, 62.

<sup>41</sup> QUIGLEY, s. 39.

<sup>42</sup> BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, 140; AVCI, Orçun, Türkiye'de

gerçekleri eksiksiz ve doğru bir şekilde açıklamak zorundadır (bkz. Abgabenordnung<sup>43</sup> (AO) §§ 90, 93, 200). Mükellefin iş birliği ve vergi yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, zorlayıcı tedbirler öngörülmesi ile mümkün olmaktadır (bkz. AO §§ 328 ve devamı). Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda, mükellef, AO § 370'in diğer şartları altında cezalandırılabilir<sup>44</sup>.

Almanya'da vergi hukuku düzenlemelerine binaen tutulan defter ve belgelerin vergi idaresine ibrazı zorunludur. Vergi hukukuna ilişkin ibraz zorunluluğu, yalnızca vergi incelemesinin dâhil olduğu idarî işlemler için değil ceza hukuku işlemleri açısından da geçerlidir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda, vergilendirmeye ilişkin defter, kayıt ve belgelerin ibrazında yüksek kamu yararı olduğu için, bu belgelerin ibrazının nemo tenetur ilkesini zedelediği kanaatini dile getirmiştir. Bu kabule göre, yalnız vergi incelemesi aşamasında değil vergi hukukuna ilişkin bir suçtan kaynaklanan ceza muhakemesi aşamasında da bu belgelerin mükellef tarafından yetkililere ibrazı zorunlu tutulmuştur. Ancak AO'da bu belgelerin vergi suç ve kabahatleri haricinde başka bir suçun ispatında delil olarak kullanılamayacağı da belirtilmiştir<sup>45</sup>.

Almanya'da kanunî düzenlemeler, salt bir vergi suçunun ortaya çıkarılması amacıyla vergi incelemesi yapılmasına cevaz vermemektedir. İdare nezdinde bir suç şüphesinin oluşması halinde vergi incelemesi yerine, AO § 208'de düzenlenen arama denetim yönteminin kullanılması gerekmektedir<sup>46</sup>. Bu hükümle, vergi incelemesinin idare yetkilileri

---

ve Seçilmiş Ülkelerde Vergi İnceleme Sürecinde Mükelleflerin Hak ve Ödevleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 223.

<sup>43</sup> Abgabenordnung, Ausfertigungsdatum: 16.03.1976, BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61.

<sup>44</sup> BVerfGG (Federal Kanun Gazetesi I 1473) 27 Nisan 2010, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/04/1k20100427\\_2bv1001307.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/04/1k20100427_2bv1001307.html), Erişim Tarihi: 12.12.2022.

<sup>45</sup> **HAUER**, Judith, "Book Review - Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts [The Privilege Against Self-Incrimination in Criminal Proceedings at the Beginning of the 21st Century] (2007)", German Law Journal, 9/8, 2008, 148; BVerfGG (Federal Kanun Gazetesi I 1473) 27 Nisan 2010, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/04/1k201004272bv1001307.html>, Erişim Tarihi: 12.12.2022.

<sup>46</sup> **KLEIN**, 2012, 193; **MÖSBAUER**, **MÖSBAUER**, 2005, 52 (Aktaran: **DEĞİRMENDE-RELİ**, s. 44).

tarafından kötüye kullanılmasını engellemek amaçlanmaktadır. Suç şüphesi sonrası mükellefin suçlanması ile başlayan haklarının idare yetkileri tarafından ihlâl edilmesinin önüne set çekilmiştir.

#### 4. Fransa'da Vergi İncelemelerinde Nemo Tenetur İlkesine İlişkin Uygulama

Fransa'da belge ibraz yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler Genel Vergi Kanunu (Code Général des Impôts<sup>47</sup>) ve Fransız VUK'ta (Livre des Procédures Fiscales<sup>48</sup>) düzenlenmiştir. İbraz yükümlülüğü, Fransız VUK'un "idarenin kontrol hakkı" bölümü altında 10. madde ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre, idare, mükellefin beyanları ve ibraz edilen belgeler hakkında tüm bilgi ve delilleri talep edebilmekte, mükellefin açıklama yapmasını isteyebilmektedir. Vergi yükümlüsünün beyanlarında beyan ettiği vergilerin gerçekliğini kontrol etmek için mükelleften çeşitli belgeler talep edilmekte ve aynı zamanda bankalar, tapu dairesi gibi diğer bilgi sağlamakla yükümlü kılınan kurumlar ve kişilerden de bilgi talep edilebilmektedir<sup>49</sup>.

Paris Yargıtay Ceza Kurulu'nun önüne gelen bir davada, Vergi Usul Kitabı'nın L. 26 ve L. 34. maddelerinin AİHS'nin 6. maddesinin 1 ve 8. fıkralarına aykırı olduğu iddia edilmiştir. Temyiz eden, nemo tenetur ilkesine yönelik gerekçesini şu şekilde açıklamıştır: *"Susma hakkı ve kişinin kendi suçlamasına katkıda bulunmama hakkı, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan adil yargılanma hakkı kavramının merkezinde yer almakta ve özellikle idari makamlar tarafından sanığın gereksiz zorlanmasına karşı korumayı ve böylece adaletin bozulmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Nemo tenetur ilkesi, bir sanığın sessiz kalma kararlılığına saygı gösterilmesiyle ilgilidir ve bir ceza davasında, iddia makamının, sanığın iradesini hiçe sayarak, zorlama veya baskı yoluyla elde edilen kanıtlara başvurmadan iddiasını ispat etmesini gerektirir. Bu durumda, VUK'un L. 26 ve L. 34. maddelerinde belirtilen denetim usulünün nemo tenetur ilkesinin kendisine bildirilmeden yapılması, denetlenen kişinin,*

<sup>47</sup> Code Général des Impôts, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069577/2024-04-11](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069577/2024-04-11), Erişim Tarihi: 12.12.2022.

<sup>48</sup> Livre des procédures fiscales, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006069583/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069583/), Erişim Tarihi: 12.12.2022.

<sup>49</sup> LEFEBVRE, Francis, "France-Business Law, Taxation, Social Law", *International Series*, April, 2000, s. 155.

*ceza tehdidi karşısında, kendini suçlama ve suçlarını zımnen kabul etme riski altında açıklamalar yapmasını gerektirmektedir. Bu nedenlerle nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmektedir<sup>50</sup>”.*

Paris Yargıtay Ceza Kurulu bu davada, mükellefin idarenin denetleme ve düzenleme alanına giren bir sektöre kendi iradesiyle girdiğini ve söz konusu sektör için yapılan düzenlemelere uymayı sektöre girerken kabul ettiğini, bu nedenle öngörülen kontrol ve düzenleme yükümlülüklerinden nemo tenetur ilkesine dayanarak imtina edemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla bu maddelerin adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediği yönünde karar vermiştir<sup>51</sup>.

## **B. Yargı Görüşleri**

### **1. Genel Açıklama**

AİHM'in hak ihlaline ilişkin verdiği kararlar sözleşmeye taraf olan devletler bakımından bağlayıcıdır. Türkiye de Sözleşme'ye taraf olduğundan AİHM'in Türkiye'nin taraf olduğu uyuşmazlıklarda verdiği kararlar bağlayıcıdır. AYM'nin vermiş olduğu kararlar da bağlayıcı niteliktedir. Bu bakımdan AİHM'in ve AYM'nin bu konuda görüşlerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

### **2. AİHM'in Görüşü**

AİHM'in başvurularda iç hukuk kurallarının hukuka uygunluğunu değerlendirmek yerine somut olaydaki tüm şartları değerlendirerek, AİHS ile korunan bir hakkın zedelenip zedelenmediğine karar vermesinden dolayı, vergi incelemesinin nemo tenetur ilkesine aykırı olup olmadığına dair AİHM'in net bir görüşü bulunmamaktadır. Ancak vergi denetim yöntemlerini de kapsayan idarî denetimlere ilişkin görüşlerinden yararlanılarak AİHM'in vergi incelemesine ilişkin tutumu da belirlenebilecektir. AİHM, idarenin amacının vergilerin belirlenmesine yönelik bilgi verme, defter, kayıt ve belge ibraz etme yükümlülüğünü nemo tenetur

<sup>50</sup> Bkz. Yargıtay Ceza Dairesi Başvuru Numarası: X 16-80.216 FS-P+B, Karar Tarihi: 06.12.2017, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036176874>, Erişim Tarihi: 12.12.2022.

<sup>51</sup> Yargıtay Ceza Dairesi Başvuru Numarası: X 16-80.216 FS-P+B, Karar Tarihi: 06.12.2017, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036176874>, Erişim Tarihi: 12.12.2022.

ilkesine aykırı görmemektedir. Fakat idare nezdinde suç şüphesinin oluşmasından sonra yapılan denetimlerde ilkeye riayet edilmelidir<sup>52</sup>. AİHM'e göre, hem yargılamaya hazırlık aşamasında hem de yargılamadan sonraki aşamada, adil yargılanmanın unsurlarına riayet edilerek işlem yapılması gerekmektedir<sup>53</sup>.

AİHM, Allen/Birleşik Krallık<sup>54</sup>, Abas/Hollanda,<sup>55</sup> Van Weerelt/Hollanda,<sup>56</sup> King/Birleşik Krallık<sup>57</sup> başvurularına ilişkin verdiği kararlarında nemo tenetur ilkesinin öncelikle, sanığın ceza yargılaması bağlamında susma iradesine ve cezaî kovuşturmalarda zorunlu olarak elde edilen bilgilerin kullanılmamasına saygı gösterilmesiyle ilgili olduğunu vurgulamıştır. Bununla birlikte, verginin hesaplanması ve değerlendirilmesi amacıyla gelir ve sermayenin açıklanması yükümlülüğünün, Akit Devletlerin vergi sistemlerinin ortak bir özelliği olduğunu ve bu yükümlülük olmadan vergi sisteminin etkin bir şekilde işlenmesini tasavvur etmenin zor olacağını belirtmiştir<sup>58</sup>. Aynı zamanda, iş alanı ve ekonomik konularda Devletlerce özel önlemler alınabileceği konusunda hem fikir olduğunu, ne banka hesaplarının ibrazına dair yükümlülükler ne de para

<sup>52</sup> Bkz. AİHM, Allen/Birleşik Krallık (Kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 76574/01, 10.09.2002; Abas/Hollanda, Başvuru No. 27943/95, 26.02.1997. Bkz. AİHM, "J.B./İsviçre", Başvuru No: 31827/96, 03.05.2001; "Funke v. France", 25.02.1993, Başvuru No. 10828/84; Saunders v. The United Kingdom", 17.12.1996, Başvuru No. 19187/91; "John Murray v. The United Kingdom", 08.02.1996, Başvuru No. 18731/9.

<sup>53</sup> **KAI**, Ambos, (çeviren: Ünver, Yener): "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, 2004, s. 15; **NUALA**, Muola/**HARBY**, Catharina, (çeviren: Adalet Bakanlığı): Adil Yargılanma Hakkı, Strasbourg, 2003, s. 9.

<sup>54</sup> AİHM, Allen/Birleşik Krallık (Kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 76574/01, 10.09.2002.

<sup>55</sup> AİHM, Abas v. Netherlands, 26.02.1997, Başvuru No. 27943/95.

<sup>56</sup> AİHM, "Van Weerelt v Netherlands", 16.06.2015, Başvuru No. 784/14.

<sup>57</sup> AİHM, "King v. United Kingdom", (Kabul edilebilirlik kararı), 16.11.2004, Başvuru No. 13881/02.

<sup>58</sup> AİHM, Allen/Birleşik Krallık (Kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 76574/01, 10.09.2002; AİHM, Abas v. Netherlands, 26.02.1997, Başvuru No. 27943/95; AİHM, "Van Weerelt v Netherlands", 16.06.2015, Başvuru No. 784/14; "King v. United Kingdom", Başvuru no.13881/02, 8 Nisan 2003.

cezalarının uygulanmasının adil yargılanma hakkını zedelediğini belirtmiştir<sup>59</sup>.

AİHM, Allen/Birleşik Krallık kararında, mal varlığını beyan etmeye bir ceza öngörülmesinin, mükellefin kendi aleyhine delil ibraz etmesiyle aynı anlama gelmediğini vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre, bu davayı Saunders, Funke, Heaney ve McGuinness ve J.B. başvurularından ayıran özellik de buradadır. Bu başvurularda beklenen veya devam eden bir soruşturma söz konusu iken, Allen başvurusunda ise, beyan etmeme den önce herhangi bir soruşturma bulunmamaktadır<sup>60</sup>. Mahkeme'ye göre, daha sonraki ceza yargılamalarında potansiyel olarak yararlı olabilecek bilgileri yetkililere sunmayı teşvik etmek amacıyla alınan her tedbir, uygunsuz zorlama olarak görülmemelidir<sup>61</sup>. Aynı zamanda ticarî ve malî faaliyetlerin kamu yararına uygun olarak düzenlenmesi için yapılan araştırmalarda, yargı usulünde geçerli olan bazı güvencelerin uygulanmamasının mümkün olduğunu dile getirmektedir<sup>62</sup>. AİHM'e göre, amacı mükellefin cezaî sorumluluğunu belirlemeye yönelik olmayıp, malî sorumluluğuna ilişkin gerçekleri tespit etmek ve kaydetmek olan bir malî soruşturmanın sonucunda elde edilen bilgiler, bir ceza davasında soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılacak olsa bile nemo tenetur ilkesine tek başına aykırılık teşkil etmemektedir<sup>63</sup>.

İdarî denetimlerin başat amacı ceza soruşturmasına ilişkin delil toplama olduğu durumlarda ise, AİHM'in nemo tenetur ilkesinin zedelenmesine hükmettiği görülmektedir<sup>64</sup>. Funke/Fransa başvurusunda,

<sup>59</sup> AİHM, "Funke v. France", 25.02.1993, Başvuru No. 10828/84, 43. Paragraf.

<sup>60</sup> AİHM, "Heaney and McGuinness v. Ireland", 21.03.2001, Başvuru No. 34720/97; JB / İsviçre, Başvuru no: 31827/96, AİHM 2001-III

<sup>61</sup> AİHM, "John Murray v. The United Kingdom", 08.02.1996, Başvuru No. 18731/9, 46. Paragraf.

<sup>62</sup> AİHM, "Saunders v. The United Kingdom", 17.12.1996, Başvuru No. 19187/91; **KAĞITÇIOĞLU**, Mutlu, "Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?" TBB Dergisi, 134, 2018, s. 122.

<sup>63</sup> AİHM, Abas v. Netherlands, 26.02.1997, Başvuru No. 27943/95.

<sup>64</sup> Bkz. AİHM, "Funke v. France", 25.02.1993, Başvuru No. 10828/84; AİHM, "Saunders v. The United Kingdom", 17.12.1996, Başvuru No. 19187/91; AİHM, "J.B./İsviçre", 03.05.2001, Başvuru No. 31827/96; AİHM, "Chambaz v. Switzerland", 05.04.2012, Başvuru No. 11663/04. (Çevrimiçi) <http://ndfr.nl/Pdf/echr11663-04.pdf>, Son Erişim: 12.10.2023.

mükellefin vergi kaçırdığına ilişkin şüphe söz konusudur ve mükellefe ait faturalar mahkeme aracılığıyla talep edilmiştir<sup>65</sup>. Saunders/Birleşik Krallık başvurusunda ise başka bir şirket hisselerini devralmak için rekabet kurallarına aykırı olarak hileli işlemler yaptığı ve bu işlemlerde İngiltere kanunlarına aykırı hareket ettiği iddiaları sonrasında müfettişlerce yapılan sorgusunun yargılamada kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>66</sup>. J. B./İsviçre ve Chambaz/Fransa başvurularında da daha önce vergi idaresince usulsüzlük yapıldığı bilinen durumlara ilişkin mükelleften bilgi ve belge talebi söz konusudur ve talep yerine getirilmediği için mükellefler idarî ve cezaî ağır yaptırımlarla karşı karşıya kalmıştır<sup>67</sup>. AİHM'in kararlarına bakıldığında nemo tenetur ilkesinin, hem yargılama öncesi araştırma safhasını ve ceza riski taşıyan vergi inceleme sürecini, hem de ceza davasını kapsadığı görülmektedir<sup>68</sup>. Ancak idarî denetimlerin her durumda nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği de AİHM tarafından sürekli bir biçimde tekrar edilmektedir.

### 3. AYM'nin Görüşü

AYM, beyan usulünün sağlıklı işlemesi için vergi incelemesinin yapılmasının, defter ve belge ibrazının önemli olduğunu; malî ve ekonomik alanda yer verilen düzenleme ve ibraz ödevleri ve bu ödevler yerine getirilmediğinde bazı yaptırımlar düzenlendiğini; bu durumun devletin idarî kolluk yetkisine girdiğini ve dolaylı olarak hukuka uygun olduğunu belirtmektedir. Vergi denetimleri sırasında henüz bir suç şüphesi bulunmayan kimselerden talep edilen defter, kayıt ve belgelere ilişkin ibraz yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin suç olarak düzenlenmesi ile bir suçla itham edilmenin farklı durumlar olduğunun altı çizilmiş ve söz konusu kanunî düzenlemenin ilkeyi ihlâl etmediğine karar vermiştir<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> AİHM, "Funke v. France", 25.02.1993, Başvuru No. 10828/84, 43. Paragraf.

<sup>66</sup> AİHM, "Saunders v. The United Kingdom", 17.12.1996, Başvuru No. 19187/91. KAĞITÇIOĞLU, s. 122.

<sup>67</sup> AİHM, "J.B./İsviçre", 03.05.2001, Başvuru No: 31827/96, 65. ve 66. paragraf; AİHM, "Chambaz v. Switzerland", 05.04.2012, Başvuru No. 11663/04. (Çevrimiçi) <http://ndfr.nl/Pdf/echr11663-04.pdf>, Son Erişim: 12.10.2019.

<sup>68</sup> YALTI, s. 29; ÜSTÜN, s. 383.

<sup>69</sup> AYM, 24.03.2022, E. 2019/80, K. 2022/31, Resmi Gazete Tarih: 22/6/2022, Sayı: 31874, 23, 24. paragraflar.



### C. Bilimsel Görüşler

Vergi incelemesinde nemo tenetur ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin görüşe göre, kişinin defter ve belge ibrazına zorlanması nemo tenetur ilkesini ihlal etmektedir<sup>70</sup>. Nemo tenetur ilkesinin yalnız sözlü beyan vermeyi kapsamayıp, aynı zamanda belge ibrazını da kapsadığı, denetim nedeniyle defter ve belge ibrazının, bu belgelerin kişinin aleyhine delil oluşturması durumunda nemo tenetur ilkesini zedeleyeceği savunulmaktadır. Vergi yükümlüsünün sözlü beyan vermeyerek ve kendi aleyhine olan belgeleri ibraz etmeyerek nemo tenetur ilkesine başvurması halinde para cezası ve/veya hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidiyle karşı karşıya kalması nemo tenetur ilkesinin ihlali anlamına geleceğinden, VUK'un bilgi ve belge ibrazına aykırı davranışı cezaî müeyyideye bağlanmasının hukuka uygun olmadığı savunulmaktadır. Nemo tenetur ilkesine aykırılık, kanunlarda düzenlenen cezaî hükümlerin, defter ve belge ibrazının mükellef üzerinde oluşturduğu baskıdan ileri gelmektedir<sup>71</sup>.

Suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesinde mükellefin defter, kayıt ve belgeleri, Anayasa'nın 38'inci maddesinin 5'inci fıkrası çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>72</sup>. Aynı görüşteki bir yazara göre, suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesinde mükellefin, anayasal nemo tenetur ilkesine dayanarak ibrazdan kaçınması hakkın icrası

<sup>70</sup> YALTI, s. 140-149. Aynı yönde bkz. SARICAOĞLU, Ercan, Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat, Adalet yayınevi, Ankara, 2017, s. 359-369.

<sup>71</sup> YALTI, s. 148; AYM, 2019 yılında vergi kaçakçılığına sebebiyet veren gizleme suçunun nemo tenetur ilkesine aykırılığı iddiasına ilişkin somut norm denetimi yaparak, gizleme fiilinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. AYM'nin vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet veren gizleme fiilinin ilkeye aykırı olmadığı görüşüne katılmayan AYM'nin yedi üyesi karşı oy değerlendirmelerinde genel olarak aynı gerekçelere dayanarak verilen karara katılmadıklarını beyan ederek aynı görüşü savunmuşlardır. Bkz. AYM, 24.03.2022, E. 2019/80, K. 2022/31, Resmi Gazete Tarih: 22.06.2022, Sayı: 31874. Kimi görüşlere göre ise gizleme suçuna adli cezalar yerine idari para cezaları öngörülmesi halinde nemo tenetur ilkesine aykırılık ortadan kalabilecektir. Bkz. ŞENYÜZ, Susma Hakkı, s. 39; ÜSTÜN, s. 386.

<sup>72</sup> CANDAN, Turgut, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", Ulusan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda (Editörler), İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul Kültür Üniversitesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 276, 277.

kapsamında değerlendirilmeli ve gizleme suçundan sorumlu tutulmamalıdır<sup>73</sup>.

Vergi yükümlüsünün defter ve belgeleri ibrazdan kaçınması, kendisi tarafından daha önce işlenmiş bir suçun ortaya çıkmaması amacıyla gerçekleştirildiğinden, yükümlünün vergi suçu işlediğine dair vergi idaresi nezdinde oluşan şüpheden kaynaklanan bir ibraz talebinin söz konusu olması halinde, bu belgeler açısından nemo tenetur ilkesinden bahsedilebilecektir. Herhangi bir suç şüphesi bulunmadığında, idari bir sistem kapsamında yapılan olağan bir vergi denetiminden kaçınmak için ilkeye başvurmak hukuka uygun olmamaktadır. Vergi idaresinin denetim hakkı ile anayasal ilke arasında âdil bir dengenin kurulması gerekmektedir<sup>74</sup>.

AİHM tarafından verilen nemo tenetur ilkesine ilişkin ihlâl kararından yola çıkılarak, bilgi vermesi ve belge ibraz etmesi talep edilen kişi hakkında başlatılmış bir ceza yargılaması bulunması durumunda bilgi ve belgeleri ibraz talebinin, nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>75</sup>. Bu görüşe göre, kişi hakkında herhangi bir suç soruşturması veya kovuşturması başlamış ise, bu süreçten sonra mahkemenin veya vergi idaresinin bilgi verilmesine ve belge ibraz edilmesine ilişkin talebi, nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmektedir<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> ÖZCAN, Onur, Vergi Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, 226.

<sup>74</sup> CANDAN, 2009, s. 276, 277; Aynı yönde bkz. ÇAMURCU, Zeynep Nihan, "Mükellefin Susma Hakkı: AYM'nin 2019/80 E. 2022/31 K. Sayılı İçtihadına Yönelik Bir Değerlendirme" Vergi Sorunları Dergisi, 45/415, Nisan, 2023, s. 89. Aksi görüş için bkz. ÜSTÜN, s. 390; KAĞITÇIOĞLU, s. 136, 137. Üstün'e göre, vergi incelemeleri arasında normal vergi incelemesi ve vergi kaçakçılığı şüphesi barındıran inceleme gibi bir ayırım yapılması oldukça zordur. Bunun yanı sıra, normal bir vergi incelemesi sırasında dahi vergi kaçakçılığı yapıldığına dair veriler elde edilmesi olağandır.

<sup>75</sup> İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, 278.

<sup>76</sup> BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, "İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu* (11-12 Mayıs 2006), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2008, 149,150; Aynı yönde bkz. YASİN, Melikşah, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, 65-69; Erdem, Gizleme Suçu mu, Susma Hakkı mı?, s. 34-45; ÖZEN, s. 38, 39.

### III. VERGİ İNCELEMESİNDE NEMO TENETUR İLKESİNE BAŞVURULABİLİRLİĞE İLİŞKİN TESPİTLER VE ÖNERİLER

#### A. Genel Açıklama

İdarî bir denetimin başat amacı, genelde devletin düzenleme yetkisinin bulunduğu bir alanda idarî bir denetim gerçekleştirerek, kanunlarca kendisine verilen görevleri yerine getirmektir. Suç araştırması amacıyla değil idarî amaçlarla, idari düzen içinde yapılan olağan bir denetim, hukuki düzenlemelerin idareye verdiği görevlerin yürütülmesinin ayrılmaz bir parçası olsa da genellikle, nihayetinde vergi mükellefi hakkında cezaî bir soruşturmayı içerebilecek, devam eden bir sürecin ilk basamağı olabilmektedir<sup>77</sup>. Nemo tenetur ilkesi bakımından vardığımız sonuçların değişmesinden dolayı vergi incelemesi, suç şüphesi öncesi vergi incelemesi ve suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesi başlıklarına ayrılarak incelenecektir.

#### B. Suç Şüphesi Öncesi Gerçekleştirilen Vergi İncelemesinde Nemo Tenetur İlkesine Başvurulabilirliğe İlişkin Tespitler

Suç şüphesi öncesi vergi incelemesi, vergi idaresinin herhangi bir suç şüphesi olmadan, rutin vergi denetim takvimine göre yaptığı vergi denetimidir. Bu denetim sırasında vergi incelemesi, VUK'un vergi incelemesine ilişkin düzenlemelerine göre yapılmaktadır. Ortada bir suç şüphesi bulunmadığından ceza muhakemesi anlamında bir soruşturmaya ilişkin kanıt araması söz konusu olmamaktadır. Ancak vergi incelemesi sırasında, somut olayda varsa vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet veren fiillerin ortaya çıkması halinde, VUK'un 5'inci maddesine göre vergi mahremiyeti istisnası söz konusudur<sup>78</sup>. İdarî ve adlî bir soruşturma sebebiyle

<sup>77</sup> INNES/WILLIAMS, s. 1462; ÇAMURCU, s. 91.

<sup>78</sup> VUK'un 5'inci maddesinde düzenlenen vergi mahremiyeti ile mükellefe ait bilgilerin, bu bilgileri öğrenen görevliler tarafından açıklanması ve kullanılması yasaklanmış ve aksi davranışa hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. Mükellefler bu güvenlik müessesesinin verdiği güvenle bilgilerini kolaylıkla vergi idaresine verebilmektedir. Bkz. ÜNSAL, Hilmi, "Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 8/3, 2003, s. 27, 28; SONSUZOĞLU, Elif, "Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, 2000, Sayı: 141, s. 116; YILMAZ FURTUNA, Elif/ BİLGİN, Sibel, "Kişisel Verilerin Korunması Ve Lekelenmeme Hakkı Açısından Vergi

talep edilen bilgiler vergi mahremiyeti kapsamına girmemektedir. Aynı zamanda VUK'un "bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul" başlıklı 367'nci maddesine göre, vergi incelemesi sırasında vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğinin tespit edilmesi halinde maddede geçen usûlî işlemler tamamlanarak keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi gerekmektedir.

Suç şüphesi öncesi vergi incelemesi, henüz mahkeme aşamasında olmayan, herhangi bir suç şüphesi veya suç isnadı bulunmayan dönemde yapılan bir idarî işlemdir. İdarî işlemler açısından bir suç isnadı veya ceza tehdidinin varlığı durumunda nemo tenetur ilkesinin kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmaktadır. Bu tartışmalar, özellikle AİHM kararlarına da atıf yapılarak nemo tenetur ilkesinin, suç şüphesi öncesi incelemeler aşamasında vergi inceleme elemanına bilgi ve belge verilmesini engellerebileceği yönündedir<sup>79</sup>. Bu düşüncelerde AİHM kararları etkili olmakla birlikte nemo tenetur ilkesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan düzenlemesinin de etkisi bulunmaktadır. Almanya, Fransa gibi ülkelerin anayasalarında nemo tenetur ilkesi yer almamakta, AİHM'in geliştirdiği içtihatlarla ve kanunî düzenlemelerle korunmaktadır<sup>80</sup>. Amerika, Kanada gibi ülkelerde ise nemo tenetur ilkesi anayasada yer

---

Mahremiyeti", SÜHFD., 30/2, 2022, s. 730; GÜLERCİ, Burcu, *Türk Hukukunda Vergi Mahremiyetinin Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 38, 39; Aynı yönde bkz. TAŞ, Fatma; *Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyetinin İhlali Suçu*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008, 57-58; DURDU, Muhammet, "Mükellef Verilerinin Korunması ve Vergi Mahremiyeti", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/3, 2019, s. 591. Ancak bazı istisnaları öngörülmüştür. Bu istisnaî durumlarda vergi mükellefine ait bilgiler sayılan kurumlara iletilebilmekte ve açıklanabilmektedir. Kamu görevlilerince yapılan adlî ve idarî soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler ile bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgiler verilmesi de vergi mahremiyetinin istisnalarından biridir. Hatta VUK'un 367'nci maddesine göre bu bilgilerin Cumhuriyet savcılığına bildirilmesi zorunlu tutulmuştur.

<sup>79</sup> YALTI, s. 148; ŞENYÜZ, *Susma hakkı*, 2013, 35-39; YAŞIN, s. 65-69; KAĞITÇIOĞLU, s. 147, 148; İTİŞGEN, s. 177; HAYDAR, s. 107. Aksi görüş için bkz. İNCEOĞLU, s. 278; ERDEM, *Gizleme Suçu Mu, Susma Hakkı mı?*, 2007, 34-45; CANDAN, *Vergisel Kabahatler*, 276, 277; ÖZEN, s.38,39; BAŞARAN YAVAŞLAR, *İdari Nitelikli*, 149,150.

<sup>80</sup> AİHS'de nemo tenetur ilkesi lafzi olarak yer almamakta, mahkeme içtihatlarıyla kabul edilmektedir. Mahkeme nemo tenetur ilkesini, adil yargılanmanın merkezinde kabul etmekte ve nemo tenetur ilkesine aykırı bir uygulamanın adil yargılanma hakkını zedelediğini ifade etmektedir.

almasına rağmen sadece tanıklık<sup>81</sup> boyutuyla ele alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38'nci maddesinin 5'inci fıkrasında ise, kişinin hem beyan hem de delil vermeye zorlanmaması korunmaktadır. Diğer bir anlatımla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda nemo tenetur ilkesine tam koruma sağlanmaktadır. Bu durum, ülkemizde nemo tenetur ilkesinin daha geniş düzenlendiğini göstermektedir. Ancak suç şüphesi öncesi incelemeler açısından nemo tenetur ilkesinin kabulü hukuki manada sorunlu bulunmaktadır.

Nemo tenetur ilkesinin 1961 Anayasası Tasarısında yer alan gerekçesine göre *“Manevî işkenceyi men eden, insan haysiyetinin ve şahıs dokunulmazlığının teminatı olan bu hüküm de, çok uzun zamandan beri insan hakları arasında yer almaktadır. Bilhassa Anglo - Amerikan hukuk muhitinin çok önem verdiği bu teminatın Anayasamızda bulunması bir ihtiyaca cevap vermektedir.”*<sup>82</sup> Madde hakkında genel kurul görüşmesi sırasında fazlaca bir tartışma yapılmamıştır. Yalnızca Rıza Göksu: *“Ceza Kanunumuzda mevcut olan bâzı hükümlerin Anayasa tasarımlarımızda 30 ve 33 üncü maddelerine alınmış olması; tenkid değil, bilâkis şükranla kaydedilecek bir keyfiyettir. Alınmayı icabettiren sebepler de gerekçede gayet güzel ve ilmî izahını bulmuştur.”*<sup>83</sup> ifadelerini kullanmıştır. Genel kurul görüşmelerinde maddenin oylanması sırasında ise kimse söz almamış ve madde olduğu gibi kabul edilmiştir<sup>84</sup>. 1961 Anayasası'nın 33'üncü maddesinin nemo tenetur ilkesine ilişkin fıkrası; *“kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğuracak*

<sup>81</sup> ABD Anayasası'nın beşinci değişiklik başlıklı maddesine göre, kimse bir ceza davasında kendi aleyhine tanıklık etmeye zorlanamaz. Bkz. The Constitution of the United States of America, V. Amendment, [https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US\\_Constitution-Senate\\_Publication\\_103-21.pdf](https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US_Constitution-Senate_Publication_103-21.pdf), Erişim Tarihi: 12.07.2024; Kanada Anayasası'nın bir parçası olan Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın 11. maddesine göre ise bir suçla itham edilen kişi, suçla ilgili olarak kendisine karşı yürütülen muhakemede tanık olmaya zorlanmama hakkına sahiptir. Bkz. The Constitution Acts, Canadian Charter of Rights and Freedoms, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html#h-45>, Erişim Tarihi: 12.07.2024.

<sup>82</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa- Komisyonu Raporu (5/7 ), Temsilciler Meclisi Sayısı: 35, 09.03.1961.

<sup>83</sup> Tutanak Dergisi, Cilt: 2, Otuz altıncı Birleşim, 3.4.1961, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM\\_/d00/c002/tm\\_00002036.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm_00002036.pdf), Erişim Tarihi: 12.12.2022.

<sup>84</sup> T. C. Temsilciler Meclisi, Tutanak Dergisi, Cilt: 8, Kırk beşinci Birleşim, 14.04.1961.

*beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” olarak kabul edilmiştir.

1982 Anayasası Tasarısındaki nemo tenetur ilkesinin dâhil olduğu 37’nci maddenin 7’nci fıkrasının Gerekçesi ise, *“Yedinci fıkranın amacı insan tabiatına aykırı bir muameleyi yasaklamak, işkenceye kadar varabilecek gayri insanî muameleye açık kapı bırakmamaktır.”*<sup>85</sup> şeklinde açıklanmıştır. Komisyon görüşmelerinden sonra, nemo tenetur ilkesinin dâhil olduğu “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 37’nci madde, 38’inci maddeye taşınmış ve 7’nci fıkrada geçen nemo tenetur ilkesi bugünkü haliyle 5’inci fıkraya alınmıştır. Anayasa Tasarısının Genel Kurul’da görüşülmesi sırasında, nemo tenetur ilkesi açısından herhangi bir tartışma olmamış ve hüküm olduğu gibi kabul edilmiştir<sup>86</sup>. 1982 Anayasası’nın 38’nci maddesinin nemo tenetur ilkesine ilişkin fıkrasının genel kurulda kabul edilmiş hali; *“hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* şeklindedir.

Anayasa’nın nemo tenetur ilkesine ilişkin 38’inci maddesinin 5’inci fıkrasında “hiç kimse” deyimini kullanılması, şüpheli veya sanık deyiminin kullanılmamasından dolayı bu hakkın herkes için geçerli olduğu, bu nedenle idarî aşamaları da kapsayacağı düşüncesine katılmamaktayız<sup>87</sup>. “Hiç kimse” deyimini kullanımı yerinde bir kullanım olmuştur. Şüpheli veya sanık deyiminin kullanılması, nemo tenetur ilkesi yalnız bu kimseler açısından kullanılabilir bir ilke olarak tanınmasına ve soruşturmadan önce yapılacak bir suç araştırmasında kötüye kullanılabilecek bir boşluk olarak görülmesine sebep olabilecektir. Nitekim bir kimsenin, şüpheli veya sanık sıfatını haiz olmadan da nemo tenetur ilkesine başvurabilmesi gerekmektedir. Suç şüphesinden sonra yapılan idarî denetimler, bu duruma uygun bir örnektir. Suç şüphesinden sonra yapılan bir incelemede, kişi şüpheli veya sanık olmamakla birlikte, gerçekte bir soruşturmanın

<sup>85</sup> Millî Güvenlik Konseyi, Sıra Sayısı: 450, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi: 1/463; M. G. Konseyi: 1/397).

<sup>86</sup> Milli Güvenlik Konseyi, Tutanak Dergisi, Cilt 7. 118 inci Birleşim, 18 Ekim 1982.

<sup>87</sup> Anayasa hükmünde “hiç kimse” deyimini kullanılması dolayısıyla, sadece şüpheli ve sanık açısından kabul edilmediği, herhangi bir kişinin kendini suçlamasının söz konusu olduğu durumlarda herkesin nemo tenetur ilkesine başvurabileceği yönünde değerlendirilmiştir. Görüş için bkz. İTİŞGEN, s. 116; KAĞITÇIOĞLU, s. 131, 132.

içerisindedir. Şüpheli veya sanık olmadan da nemo tenetur ilkesine başvurulabilmesi gereken durumlar söz konusu olabildiğinden, maddede “hiç kimse” ifadesinin kullanımı yerindedir. Diğer yandan, yakınlarını suçlama tehlikesiyle karşı karşıya kalan kimse için de koruma getirildiğinden herkes deyimî yerinde bir kullanım olmuştur.

Nemo tenetur ilkesinin, devletlerce anayasal ve evrensel bir ilke olarak kabul edilmesiyle birlikte insan onuruna yakışmayacak muamelelere maruz kalmasının önüne geçilmesine katkıda bulunulmuştur. Ancak vergi incelemesi açısından nemo tenetur ilkesinin kabulü, nemo tenetur ilkesinin kabul edilmiş amaçları ve mahiyeti ile bağdaşmamaktadır. İlkenin kapsamı teleolojik ve etimolojik açıdan irdelenerek belirlenmelidir. Nemo tenetur ilkesinin temelleri ile kabul edilmişin altında yatan amaçlar bu ilkenin çerçevesinin belirlenmesine katkı sağlayacaktır. Nemo tenetur ilkesinin temel hukukî ilkelerden biri olarak görülmesinde, işkencenin ve kötü muamelenin önlenmesi, ceza muhakemesine ve delillere olan güvenilirliğin sağlanması, güçlü araştırma yöntemlerine sahip devlet ile birey arasında bir denge oluşturulması, kişilerin suçlarını açıklayıp ceza almak ile yalan söyleyip vicdan azabı çekmek arasında kalmamasının sağlanması amaçları göze çarpmaktadır. Ancak sayılan amaçlar, idarî aşamada getirilen bir ibraz yükümlülüğünün nemo tenetur ilkesine neden aykırı olduğunu açıklamaya elverişli değildir. Bunun sebebi, nemo tenetur ilkesinin kabul edilmişin, idarî bir aşamada getirilen ibraz yükümlülüğünden kaçınmayı sağlamaktan ziyade ceza mahkemelerinde yapılan yargılamalarda kişinin kendini suçlamaya zorlanmasının önüne geçme amacını taşımasıdır. Devletin kamu yararını amaçlayan, toplumsal düzeni korumaya yönelik yükümlülükler ihdas etmesi durumunda, kişilerin bu yükümlülükleri dolanmak amacıyla nemo tenetur ilkesine başvurmalarının, bir hak kullanımı olarak düşünülmemesi gerekmektedir<sup>88</sup>. Aksi görüş, ilkenin suç işlemeyi kolaylaştırmak için kabul edildiğine dair güçlü ve yaygın eleştiriyi<sup>89</sup> almasına katkı sağlamaktan öteye geçemeyecektir.

<sup>88</sup> DONAY, Süheyl, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, 135.

<sup>89</sup> Bkz. BENTHAM, Jeremy, *Rationale Of Judicial Evidence* i-8, (FRED B. ROTHMAN & Co., (1827) 1995, (Aktaran: SEIDMANN, Daniel C./STEİN, Alex “The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment

İdarî bir aşama olan suç şüphesi öncesi vergi incelemesi, kişiden kendisini suçlayacak bilgi verme ve belge ibraz etme amacından ziyade ödenen vergilerin doğruluğunun araştırıldığı bir denetim usûlüdür. Kişinin kendisini suçlayıcı bilgi ve belge temin etme amacıyla kabul edilen bir denetleme yöntemi değildir. Suç şüphesi öncesi vergi incelemesi açısından, henüz bir suçlama olmadığından kişinin suçluluğunun araştırılması da söz konusu değildir. Vergi incelemesinde idarenin amacı vergilerin tam ve eksiksiz toplanması bakımından idari düzeni sağlamaya yönelik meşru bir kamusal amaçtır. Bu açıdan suç şüphesi bulunmayan durumlarda nemo tenetur ilkesine başvurulması, bu ilkenin amacına hizmet etmemektedir. Vergi mükelleflerinin daha önceden denetim için hazır bulundurması ve saklaması gerektiğini bildiği kayıtlara karşı sonradan nemo tenetur ilkesi iddiasında bulunmasının hukuken korunmasını beklemek güçtür<sup>90</sup>. Gizlemenin suç olarak düzenlenmesi bir tercih olsa da, gizlemenin yaptırıma bağlanmasından daha olağan bir durum bulunmaktadır<sup>91</sup>.

Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereği, anayasal haklar, ilgili madde hükmünde yer alan sınırlama sebeplerine dayanarak sınırlandırılabilir. Anayasa'nın nemo tenetur ilkesini düzenleyen 38'inci maddesinde, nemo tenetur ilkesinin sınırlandırmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa'ya nemo tenetur ilkesine ilişkin kamu yararı ve toplumsal düzeni korumak gibi bir sınırlandırma hükmü konulması da uygun değildir. Ceza muhakemesi evrelerinde kişinin kendi aleyhine beyanlarda bulunması ve delil sunmasının önünün açılması nemo tenetur ilkesinin amaçlarına aykırıdır. Nitekim AİHM'in kanaati de bu yöndedir<sup>92</sup>. Ancak bazı hakların sözleşme, anayasa, kanun gibi temel

---

Privilege", *Harvard Law Review*, December, 114 (2), 2000, s. 451,452; Aynı yönde bkz. **WIGMORE**, 1891, s. 86; **SALTZBURG**, Stephan A., "The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination", *The University of Chicago Law Review*, (53), 1986, s. 8; **AMAR/LETTOW**, 1995, s. 860, 861.

<sup>90</sup> **INNES/WILLIAMS**, s. 2001, 1484.

<sup>91</sup> Aynı yönde bkz. **ŞENYÜZ**, s. 39; **ÜSTÜN**, s. 386.

<sup>92</sup> AİHM, Saunders kararında, beyaz yaka olarak adlandırılan suçlarda farklı soruşturma usulleri belirlenmesinde bir sakınca olmasa da nemo tenetur ilkesinin kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılmasını haklı bir gerekçe olarak kabul etmediğini



hakların kaynağı olan düzenlemelerde yer almasa da o hürriyetin niteliğinden kaynaklanan, eşyanın tabiatı gereği, doğal/objektif sınırları bulunmaktadır<sup>93</sup>. Bu bağlamda, nemo tenetur ilkesinin de doğal sınırları olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Anayasa hukukunda yorum ve norm somutlaştırması<sup>94</sup> ilkelerine göre “kaideler geniş istisnalar dar yorumlanmalıdır”. Aynı yönde “hürriyetler geniş sınırlamalar ise dar yorumlanmalıdır”. “Kendiliğinden istisna olmaz, istisnalar konulmalıdır”<sup>95</sup>. Bu yorum ilkeleri bağlamında vergi incelemesinin istisna sayılması halinde bu istisnaya anayasal nemo tenetur ilkesini sınırlayıcı bir hükümle Anayasa’da yer verilmesi gerekmektedir. Anayasa’nın 38. maddesinde ise, nemo tenetur ilkesine ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak vergi incelemesi, anayasal nemo tenetur ilkesine bir istisna değildir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar bağlamında kanıtlanma ve somutlaştırma ilkelerine göre “sınırlama nedeni veya sınırlama klozu içermeyen temel hak ve özgürlükler” açısından yorum yapılması söz konusu olduğunda sistematik-teleolojik (amaçsal) kanıtlanma<sup>96</sup> (tartım, dengeleme ve pratik uyum<sup>97</sup>) gerekmektedir. “Sınırlama

---

belirtmiştir. AİHM, “Saunders v. The United Kingdom”, 17.12.1996, Başvuru No. 19187/91, 74. paragraf.

<sup>93</sup> **KALABALIK**, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, 172.

<sup>94</sup> Yorum yerine kullanılmaktadır. Temel hak ve özgürlükler alanında öncelikle geleneksel yorum yöntemleri geçerli olmakla birlikte, bu yorum yöntemlerinin sonucunda varılan aşamanın “somutlaştırma” olduğuna ilişkin bkz. ODER, Bertil Emrah, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık”, Anayasa Yargısı Dergisi, 29, 2013, s. 49.

<sup>95</sup> **GÖZLER**, Kemal, “Yorum İlkeleri”, *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, Hazırlayan: Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2012, s. 36 vd.

<sup>96</sup> Yazar kanıtlanma kavramını bilinçli bir şekilde kullanmıştır. Yazara göre yargı kararları gerekçelendirilse de bu görünüşte bir gerekçelendirme değildir. Buna karşın kanıtlanma, gerekçelendirmenin kendi içinde tutarlı ve doğruyu bulmaya yönelik bir değerlendirme içermesini zorunlu kılmaktadır. Bkz. Oder, 2013, s. 49, 50.

<sup>97</sup> Sınırlama klozu içermeyen temel hak ve özgürlükler bakımından pratik uyum, söz konusu hak ve özgürlüğün bir başka hak ve özgürlük veya bir başka anayasal değer ile çatışmasında dengelenme yapılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla pratik uyum ve dengeleme denilen yöntemler, bu haklar kategorisinde uygulama alanı bulsa da bu grupta söz konusu araçların çok nadir ve dikkatli kullanılması; öte yandan

nedeni veya sınırlama klozu içermeyen temel hak ve özgürlükler” açısından uyumlaştırma istisnadır ve anayasal denetim bakımından kanun koyucunun sıkı denetimi asıldır<sup>98</sup>.

Oder, “sınırlama nedeni veya sınırlama klozu içermeyen temel hak ve özgürlükler” açısından, nemo tenetur ilkesinin ele alındığı 2007’de verilmiş olan bir AYM kararını<sup>99</sup> örnek vermiştir. AYM, vergi kaçakçılığı suçlarının nemo tenetur ilkesine aykırı olması gerekçesiyle yapılan somut norm başvurusunda kanun normunun, nemo tenetur ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Oder, vergi incelemesinin Anayasa’nın 73’üncü maddesinde yer alan vergi ödevine ilişkin olması nedeniyle vergi ödevi ile nemo tenetur ilkesi açısından sistematik bir yorum yoluyla temel hak ve ödev arasındaki çatışmanın çözülmesi olarak değerlendirmiştir<sup>100</sup>. İki anayasal norm olan vergi ödevi ve nemo tenetur ilkesi çatışmaktadır<sup>101</sup>. Oder’e göre AYM, “nemo tenetur ilkesi”ne ilişkin pozitifleşmiş öz güvencesinin<sup>102</sup> içkin sınırlarını belirleyerek<sup>103</sup>, hakkın vergi ödevi karşısında

---

sınırlamanın “sıkı bir denetime” tabi tutulması, hiç sınırlama anlayışı barındırmadıkları için önceliklidir. Bkz. Oder, 2013, s. 55.

<sup>98</sup> ODER, Bertil Emrah, “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, Hazırlayan: Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2012, s. 131.

<sup>99</sup> AYM, 31.01.2007, E. 2004/31, K. 2007/11, Resmi Gazete Tarih: 18.05.2007, Sayı: 26526.

<sup>100</sup> ODER, 2001, s. 141; Aynı yönde bkz. KAĞITÇIOĞLU, s. 149.

<sup>101</sup> Anayasal hakların çatışmasından doğan sınırlılık hali teorisine göre, sınırlama sebebine yer verilmeyen her anayasal hakkın sınırlarını, yalnızca “çatışan üçüncü tarafın temel hakları ve anayasal statüye sahip diğer hukuki değerler” oluşturmaktadır. Sınırlama sebebine yer verilmeyen haklar kendisiyle çatışan anayasal hükümlerle sınırlıdır. YILMAZ COŞKUN, Sibel, *Anayasal Hakların Çatışması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 404.

<sup>102</sup> Pozitifleşmiş öz güvencesi, ilke norm değil kural norm olarak düzenlenen anayasal kurallardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ODER, 2013, s. 53.

<sup>103</sup> Hak çatışma yöntemlerinden olan belirginleştirme teorie göre haklar baştan istisnalarını da içerecek şekilde belirlenmelidir. Böylece hak ihlalleri ve çatışmalarının önüne geçilebilecektir. Bkz. SCHAFFER- LANDAU, Russ, “Specifying Absolute Rights” *Arizona Law Review*, 37/1, 1995, s. 210-225; SMİTH, Tara, *Rights Conflicts: The Undoing of Rights*, *Journal of Social Philosophy*, 26/2, 1995, s. 142; SORİANO, Patricia Luise, “Resolving Conflict of Rights: Russ Shaffer-Landau and Judith Jarvis Thamsom Revisited”, in. *Philosophy Senior Research Colloquium Proceedings*, De La Salle University, Philippines, 2018, s. 234; DEMARCO, Osep P./FORD, Paul J.,

uygulanmayacağını sapmaktadır. Nitekim vergi ödevi de anayasal güvence altına alınan bir ödevdir. Nemo tenetur ilkesinin içkin sınırları, hakkın “suç ve cezalara ilişkin genel esaslar” başlığı dikkate alınarak belirlenmiştir. Nemo tenetur ilkesinin düzenlendiği bağlam olan “suç ve cezalara ilişkin genel esaslar” ile mahiyeti gereği özel sınırlama sebebi içermeyen öz güvencelerinin göreceli hale getirilmesine ilişkin değerlendirme yapmaması yönüyle mahkeme kararını eleştirmiş, ancak kararın ulaştığı sonucu doğru bulmuştur<sup>104</sup>. Oder, nemo tenetur ilkesinin düzenlendiği sözel ve amaçsal bağlamın tartışmasız olması karşısında AYM kararının hukuka uygun olduğu görüşündedir<sup>105</sup>.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda VUK’un vergi incelemesine ilişkin ibraz mecburiyeti ile vergi incelemesinde defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmeme sonucu vergi kaçakçılığı suçuna neden olan fiillerden olan gizleme suçunun, Anayasa’nın nemo tenetur ilkesine ilişkin 38’inci maddesinin 5’inci fıkrasına aykırı olmadığı kanaatindeyiz. Suç şüphesi öncesi vergi incelemesi açısından vergi idaresinin meşru bir yetkisi bulunmaktadır. Meşru yetkisini kullanarak yaptığı denetim faaliyetine ilişkin mükellefe yüklenen yükümlülükler uylması gerekmektedir. Suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesinin ise, nemo tenetur ilkesine riayet edilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan tek başına defter, kayıt ve belge ibraz yükümlülüğü, Anayasa’ya aykırı olmamakla birlikte suç şüphesinden sonra yapılacak incelemeler açısından sanık haklarına riayet edilmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm ihdas edilmesi daha uygun görünmektedir.

Kişinin daha önceden belirlenmiş denetim yükümlülüklerine aykırı davranışına yüklenen yaptırımdan, nemo tenetur ilkesine sığınarak kaçınma düşüncesinin hukuk tarafından korunması mümkün değildir. Ancak devletin getirdiği defter, kayıt ve belge düzenleme yükümlülükleriyle nemo tenetur ilkesine yönelik korumayı aşındırmaya çalışması da

---

Balancing in Ethical Deliberation: Superior to Specification and Casuistry”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 31/5, 2006, s. 484; **KÖKÜSARI**, İsmail, *Anayasal Hakların Çatışması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, 154.*

<sup>104</sup> Özel sınırlama sebebi içermeyen öz güvencelerinin göreceli hale getirilmesine ilişkin bkz.

<sup>105</sup> **ODER**, 2001, s. 141, 142.

hukuka uygun olmayacaktır. Devlet erkinin bir defter, kayıt ve belge ibrazını zorunlu kılabilmesi için anayasal ve evrensel kural ve ilkelere uygun düzenleme yapması gerekmektedir. Her türden belgeye karşı daha önceden getirilmiş bir kanun hükmüne dayanarak bilgi ve belge ibrazının hukuka uygun kılınması mümkün değildir. Kamu erkinin belge ibrazını zorunlu kılabilmesi için uyması gereken bazı hukukî şartlar bulunmaktadır. Kamu yararına matuf olmayan, özel hayatın gizliliğini ihlâl eden veya doğrudan bir suç faaliyetine ilişkin getirilen düzenleme ve ibraz ödevi nemo tenetur ilkesine aykırı ibraz yükümlülükleridir ve ilkeye aykırılık teşkil etmektedir<sup>106</sup>.

E-defter ve e-belgeler bakımından vergi incelemelerinde nemo tenetur ilkesine başvurulabilip başvurulamayacağı da incelenmesi gereken bir konudur. VUK'un mükerrer 242. maddesinde elektronik defter, belge ve kayıtlara ilişkin tanımlar yapılmış, ayrıntıları, usul ve esasları düzenleme yetkisi ise Hazine ve Maliye Bakanlığı'na bırakılmıştır. Hazine ve Maliye Bakanlığı çeşitli tebliğlerle elektronik defter, elektronik belge ve kayıtlara ilişkin düzenlemelerde bulunmuştur<sup>107</sup>. Bunların ibrazına ilişkin

<sup>106</sup> Kamu yararı, yasama işlemlerinin amaç unsurunu oluşturmaktadır. Bkz. Yıldırım Turan, "Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti-Kamu Yararı-Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması", *Hukuk Araştırmaları*, Mayıs-Ağustos, 2/2, 1987, 81. Kanunî düzenleme yapmanın en genel amacı, kamu yararı olarak görülmektedir. AYM, yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisinin hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek biçimde kullanılamayacağını belirtmektedir. Bkz. AYM, 25.02.1986, E.1985/1, K.1986/4, Resmi Gazete Tarih: 10.07.1986, Sayı: 19160. Kişinin iş hayatına ilişkin olmayan, günlükleri gibi daha özel belgelerin nemo tenetur ilkesinin kapsamına girip girmediğine ilişkin tartışmalar da yapılmış, ilkenin korumasına gireceğini düşünenler olduğu gibi, girmeyeceğini öne sürenler de olmuştur. Bkz. U.S. Supreme Court, "United States v. Doe", 465 U.605, 611 (1984); COLE, 2002, 128. Bizce özel hayatın gizliliğini ihlâl eden düzenleme ve ibraz ödevleri Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Silah kaçakçılığı, uyuşturucu tedariki, tefecilik, kumar oynatmak gibi fiiller açısından getirilen bildirimde bulunma, defter, kayıt ve belge düzenleme ve ibraz yükümlülükleri nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmekte ve Anayasal ilkeye ilişkin hükmünü ihlâl etmektedir. Aynı yönde bkz. U. S. Supreme Court, "Marchetti v. United States", 390 U.S. 39 (1968); TODD, s. 187, 188; SALTZBURG, s. 22.

<sup>107</sup> Bkz. Maliye Bakanlığı ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, 1 Sıra No'lu E-Defter Genel Tebliği, Resmi Gazete Tarih: 13.12.2011, Sayı: 28141; Hazine ve Maliye Bakanlığı, 486 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği, Resmi Gazete Tarih: 17.12.2017, Sayı: 30273; Hazine ve Maliye Bakanlığı, 509 Sıra Nolu VUK Genel Tebliği, Resmi Gazete Tarih: 19.10.2019, Sayı: 30923.

hükümler ise değişmemiş e-defter ve e-belgelerin muhafaza ve ibraz yükümlülüğü kağıt ortamında düzenlenen belgelerde olduğu gibi mükelleftedir<sup>108</sup>.

### C. Suç Şüphesi Sonrası Gerçekleştirilen İncelemelerde Nemo Tenetur İlkesi

Suç şüphesi öncesi vergi incelemesi yapılırken henüz bir suç şüphesi söz konusu olmadığından, bu incelemeler yıl içinde olağan bir düzen içinde belirlenen idarî denetim amacıyla yapılmaktadır. Ancak suç işlendiğine dair şüpheden sonra artık sıradan, olağan bir denetimden ziyade suçun araştırılması düşüncesi daha başat bir amaç haline dönüşmektedir. Bir vergi suçu işlendiğine dair emareler bulunması durumunda, vergi idaresinde suçun işlendiğine dair bir şüphe oluştuğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu suç şüphesi neticesinde vergi idaresi bir inceleme yapma kararı verdiğinde suç şüphesi öncesi, rutin bir denetimden bahsetmek mümkün değildir<sup>109</sup>. Vergi idaresinde suç şüphesinin oluşmasından sonra nemo tenetur ilkesine riayet edilmemesi, ilkenin amaçlarıyla bağdaşmamakta ve ilkeyi zedelemektedir. Bu nedenle AYM'nin, nemo tenetur ilkesinin suçlanmaya ilişkin bildirimle başlayacağını, vergi incelemesinin her durumda nemo tenetur ilkesine uygun olduğunu ima eden kararına<sup>110</sup> da katılmamaktayız.

<sup>108</sup> Bkz. 1 Sıra No'lu E-Defter Genel Tebliği'nin "Elektronik Defterlerin Muhafazası ve İbrarı" başlıklı 4. hükmünün a) bendine göre, "a) Elektronik defterler, istenildiğinde ibraz edilmek üzere ilgili olduğu beratları ile birlikte muhafaza edilmek zorundadır." 509 Sıra Nolu VUK Genel Tebliği'nin V.1.2. maddesine göre; "Mükellefin, e-belge gönderip alma işlemini özel entegrasyon izni alan mükelleflere ait bilgi işlem sistemi vasıtasıyla gerçekleştirmesi, muhafaza ve ibraz ödevlerini ortadan kaldırmaz." Söz konusu Tebliğin V.8. hükmüne göre, "erişim ve raporlama gereklerinin yerine getirilmiş olması, mükellefin e-Belgeye konu belgelerinin muhafazası ve ibrazı ödevlerini ortadan kaldırmaz." Aynı Tebliğin "Muhafaza ve İbraz Yükümlülüğü" başlıklı VI. hükmünün 1'nci fıkrasına göre, "Kanunun ilgili hükümlerine göre muhafaza yükümlülüğü olanlar, gerek düzenledikleri gerekse adlarına düzenlenen bu Tebliğe konu e-Belgeleri kendilerine iletilim/teslim şekline uygun olarak yasal süreler dâhilinde muhafaza ve istendiğinde ibraz etmekle yükümlüdürler."

<sup>109</sup> Aynı yönde bkz. ÇAMURCU, s. 88.

<sup>110</sup> AYM'nin kararında maddenin kendisi tartışılmıştır. Bu açıdan bakıldığında bizce de madde bu haliyle Anayasa'ya aykırı değildir. Ancak AYM'nin maddeye ilişkin değerlendirmesinde belirttiği gibi nemo tenetur ilkesinin suçlanmayla başlaması kanaati nemo tenetur ilkesinin korumasını daraltmakta ve soruşturma aşamasını işaret eder görünmektedir. Hâlbuki nemo tenetur ilkesi suç şüphesiyle birlikte

Suç şüphesi öncesi bir vergi incelemesi yapılırken kişinin nemo tenetur ilkesine başvurarak incelemeden kaçınması hukuka uygun değilken vergi idaresi nezdinde suça ilişkin bir şüphe oluştuğundan sonra yapılan incelemeler açısından aynı kanaati sürdürmek ilkeye uygun görünmemektedir. Bu durum, suç şüphesiyle beraber şüpheli veya sanığın savunma haklarından olan nemo tenetur ilkesine başvurmasını engellemek için, vergi idaresinin meşru bir yetkisi olan vergi incelemesine sığınmasına neden olabilecektir. Şüpheli veya sanığın haklarının engellenmesine yol açmamak bakımından suç şüphesinden itibaren sanık haklarının devreye girdiğinin kabulü gerekmektedir. Nitekim âdil yargılanmaya ilişkin sanık haklarının yargılamadan önce ve suç şüphesinden sonra sağlanması gerektiği, AİHM kararlarında da kabul edilmektedir<sup>111</sup>. E-defter ve e-belgelere ilişkin ibraz yükümlülüğü devam ettiğinden mükellefin suç şüphesinden sonra yapılacak bir vergi incelemesi sırasında ibraza zorlanması nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil edecektir<sup>112</sup>.

Suç işlendiği izlenimi oluşmuş, suç işlendiğine ilişkin şüphe somutlaşmış ve ilgilinin yakalanması için gerekli yoğunluğa ulaşmış olması halinde, polislin ilgiliye haklarını bildirmesi gerekmektedir<sup>113</sup>. Bunun gibi, suç işlendiği izlenimi oluştuğundan sonra yapılan incelemelerde kişiye haklarının hatırlatılması ilkesi gereği, suç şüphesinden sonra yapılan incelemelerde mükellefe nemo tenetur ilkesinin hatırlatılması gerekmektedir<sup>114</sup>.

Vergi idaresinin suç şüphesinden sonra vergi incelemesine başvurduğunun kanıtlanmasıyla birlikte bu durumu kanıtlamak kolay

---

başladığından suç şüphesinden sonra yapılan incelemeleri de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. İlgili AYM kararı için bkz. AYM, 31.01.2007, E. 2004/31, K. 2007/11; RG. 18.05.2007, Sayı: 26526. Aynı yönde bkz. AYM, 24.03.2022, E. 2019/80, K. 2022/31, Resmi Gazete Tarih: 22.06.2022, Sayı: 31874.

<sup>111</sup> AİHM, "Funke v. France", 25.02.1993, Başvuru No. 10828/84; Bendenoun/Fransa Davası, Başvuru No: 12547/86, 24.02.1994; "Saunders v. The United Kingdom", 17.12.1996, Başvuru No. 19187/91; "John Murray v. The United Kingdom", 08.02.1996, Başvuru No. 18731/9; J.B./İsviçre, Başvuru No: 31827/96, 03.05.2001; Chambaz/İsviçre, Başvuru No: 11663/04, 05.07.2012.

<sup>112</sup> Üstün, e-defter ve e-belgelere ilişkin uygulama arttıkça nemo tenetur ilkesine ilişkin sorunların gittikçe azalacağı görüşündedir. Bkz. ÜSTÜN, s. 387.

<sup>113</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. II. 17. Bası, İstanbul, Beta, 2010, s. 166.

<sup>114</sup> QUIGLEY, s. 39.

değildir. Ancak özellikle başka bir vergi mükellefine yapılan inceleme neticesinde mükellefin vergi kaçakçılığı suçu işlediği tespit edilmişse, bu iki mükellef için de vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin emareler bulunduğundan, diğer mükellef nezdinde vergi incelemesi yapıldıktan sonra iki mükellefe birden suç duyurusunda bulunulması halinde, vergi incelemesi yapılan sonraki mükellef açısından idare nezdinde suç şüphesinin oluştuğu kabul edilebilecektir<sup>115</sup>. Diğer yandan Cumhuriyet savcılığına vergi kaçakçılığı suçu işlendiğine dair bir ihbar yapılmışsa, bu durum soruşturma dosyasından anlaşılabilir. Mükellefin ispat külfetine ilişkin bu ağır yükünü hafifletmek için kanunda vergi incelemesi yapmakla yetkili kimselere yönelik caydırıcı tedbirler alınması da mümkündür. Vergi inceleme elemanlarının suç şüphesinden vergi incelemesine başvurmasını önlemek bakımından suç şüphesinden sonra vergi incelemesi yapılmaması, eğer yapılacaksa da nemo tenetur ilkesine ilişkin hatırlatmanın yapılmasına yönelik VUK'a hüküm getirilmesi yoluna gidilebilir.

VUK'un 367'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre yapılacak olan vergi incelemesi suç şüphesinden sonra gerçekleştiğinden mükellefe nemo tenetur ilkesinin hatırlatılması gerekecektir. Mükellefe nemo tene- tur ilkesine ilişkin hatırlatma yapılması, mükellefin defter, kayıt ve belgelerini ibrazdan imtina etmesine neden olabilecektir. Bu sonuçla karşılaşmamak için suç şüphesinden sonra vergi incelemesi yapılmamasına ilişkin VUK'a hüküm konulması gerekmektedir. Ancak bu durumda failin vergi kaçakçılığı suçu işlediğine dair şüphenin nasıl izale edileceği sorusu gündeme gelecektir. Bu aşamada "arama" denetim müessesesinin devreye girmesi, nemo tenetur ilkesine uygunluk açısından daha doğru görünmektedir<sup>116</sup>. Ancak burada bahsedilen arama müessesesinin ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere arama müessesesi diğer bazı kanunlarda önleme araması şeklinde düzenlendiği gibi bir suç şüphesi hasıl olduktan sonra, ceza soruşturması ve kovuşturması

<sup>115</sup> Vergi mükellefi ile bağlantısı olan karşıt inceleme yapılmaktadır. Bkz. **SABAN**, s. 369.

<sup>116</sup> **COLE**, Lance, "The Fifth Amendment and Compelled Production of Personal Documents After United States v. Hubbell-New Protection for Private Papers?", *American Journal of Criminal Justice*, 29, 2002, s.130.

evresinde önleme aramaları değil, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun<sup>117</sup> (CMK) adlı arama koruma tedbirine ilişkin hükümlerinin devreye girmesi gerekmektedir. Bununla birlikte VUK'un 142'nci ve devamı maddelerinde aramaya ilişkin (VUK'un özel kanun olması hasebiyle genel kanun olan CMK'den öncelikli uygulanması gereken) hükümlere yer verilmiştir. Vergi hukuku literatüründe aramalı vergi incelemesi<sup>118</sup> olarak da anılan arama koruma tedbirine başvurulabilmesi için vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların<sup>119</sup> buna ihtiyaç duyması ve gerekçeli bir dilekçe ile durumu sulh ceza hâkimine iletmesi gerekmektedir. Bu durumda da arama kararı alındıktan sonra öncelikli olarak VUK'un açık hükümlerinin uygulanması gerekmekte olup aramanın vergi inceleme elemanlarınca

<sup>117</sup> 04.12.2004 Tarihli 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 17.02.2004 Sayı: 25673.

<sup>118</sup> Bkz. **HEPAKSAZ**, Engin/**ÇEVİKCAN**, Fatih/**ÖZ**, Ersan, "Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği", *Vergi Dünyası*, 354, 2011, s. 149; **YOĞUN**, İsmail, "Vergi Hukukumuzda Aramalı Vergi İncelemesi", *Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi*, 461, 2006, s. 179; **YERCİ**, Cahit, "Aramalı Vergi İncelemesi", *Vergi Sorunları*, 250, 2009, s. 38; **AKIN**, Emrah, "Aramalı Vergi İncelemesinde Temel Kişi Hakları Bağlamı", *Yaklaşım Dergisi*, 167, 2006, s. 93; **KOÇAK**, Hakkı, "Aramalı Vergi İncelemesi ve Karşılaşılan Bir Sorun", *Vergi Dünyası*, 213, 1999, s. 60; **AKDEMİR**, Tuğçe/**BAŞ**, Eylem, "Aramalı Vergi İncelemelerinin Ceza Muhakemesi ve Vergi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, 314, 2014, s. 126; Soydan, s. 513.

<sup>119</sup> Her ne kadar VUK'un 142'nci maddesinin 2'nci fıkrasının 1 no'lu bendinde yalnızca vergi inceleme elemanlarınca aramaya lüzum görülmesi denilse de CMK'nın 116'ncı madde ve devamı hükümleri gereği Cumhuriyet savcısı da arama kararı talep etme ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yazılı olarak arama yapılmasına karar verme yetkisi bulunmaktadır. Bkz. "Vergi Dairesi görevlileri tarafından, sanığın VUK'a muhalefet suçunu işlediğine dair alınan ihbar üzerine, 213 sayılı Kanun'un 7., 142. ve devamı maddelerindeki özel usule uygun olarak arama ve el koyma işleminin gerçekleştirilmesi, diğer bir ifade ile Cumhuriyet Başsavcılığının, yetkili sulh ceza hâkiminden talepte bulunması ve arama kararı verilmesi halinde vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların arama işlemini gerçekleştirilmesi gerektirdi." Yargıtay 11. CD. 14.02.2018, E. 2017/9621, K. 2018/1198, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi:20.10.2023. "Emniyet görevlileri tarafından, sanığın VUK'un 359. madde kapsamında kalan suçu işlediğinin tespit edilmesi üzerine, bu aşamada gecikmesinde sakınca bulunduğuna ilişkin bir hâlin varlığı da gösterilmediğine göre, genellikle vergi mükellefleri olan failer için kanun koyucunun öngördüğü ve daha güvenceli olan 213 sayılı Kanun'un 142 ve devamı maddelerindeki özel usule uygun olarak arama ve el koyma işleminin gerçekleştirilmesi, diğer bir ifade ile Cumhuriyet başsavcılığının, yetkili sulh ceza hâkiminden talepte bulunması ve arama kararı verilmesi halinde vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların arama işlemini gerçekleştirilmesi gerektirdi." Yargıtay 21. CD. 05.04.2017, E. 2016/10857, K. 2017/1723, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi:20.10.2023.



yapılması gerekmektedir<sup>120</sup>. Arama yapılabilmesi için sulh ceza yargıcından izin alınması zorunludur. Arama, kararda gösterilen kişiler ve yerler hakkında uygulanmaktadır<sup>121</sup>. Aramalı vergi incelemesinde, yargılama aşamasında kullanılacak delillerin elde edilmesi amaçlanmaktadır<sup>122</sup>. Arama sonucunda vergi suçu oluşturan emarelerin bulunması halinde denetim elemanı tarafından Cumhuriyet başsavcılığına bildirim yapılmakta ve gerekli takibat Başsavcılık tarafından yapılmaktadır<sup>123</sup>. Hâkimin arama kararı vermesi halinde arama neticesinde bulunan defter, kayıt ve belgelerin üç ay içinde incelenmesi ve bir tutanak ile sahibine iade edilmesi gerekmektedir. VUK'un 144'üncü maddesi arama denetim müessesesi sonrasında vergi incelemesi de yapılabildiğinden, bu defter, kayıt ve belgeler vergi inceleme elemanlarınca incelenebilecek, yapılan inceleme sonucunda inceleme elemanları durumu başsavcılığa ihbarda bulunup bulunmayacağına karar verilebilecektir<sup>124</sup>. Bununla birlikte artık suç

<sup>120</sup> “Ceza muhakemesinde, arama olağan bir koruma tedbiri iken, Vergi Hukuku’nda istisnai, olağandışı bir denetim yoludur. Niteliği itibarıyla adli arama olmasına rağmen, bu aramanın genel suç kolluğu tarafından değil, vergi inceleme elemanlarınca yapılabilmesi, vergi suçlarına ilişkin olarak yapılacak aramanın özelliğidir. Bir araç koruma tedbiri olarak vergi araması, vergi incelemesi denetim yolunun ön basamağıdır. Amaç, vergi kaçırıldığını ortaya çıkaracak ve destekleyecek belge ve kayıtların bulunmasıdır.” Yargıtay 11. CD. 07.02.2018, E. 2017/3571, K. 2018/966, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 17.07.2024

<sup>121</sup> **KANETİ**, s. 146; **KARAKOÇ**, Vergi Hukuku, s. 249.

<sup>122</sup> **KOCAHANOĞLU**, Osman Selim, *Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları*, Yaylacık Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1983, s. 34; **YENİSEY**, Feridun, “Vergi Hukukunda Arama ve Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Adnan Tezel Günleri: Vergi Hukuku, Yayına Hazırlayanlar: Feridun Yenisey/Gülşen Güneş, Arıkan Basımevi, İstanbul, 2006, s. 189; **PINAR**, Burak/**TAYLAR**, Yıldırım, “Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 8/21, 2013, s. 146; **KARABEYSER**, Süleyman, “Vergi Hukukunda Arama Müessesesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 11/124, 2016, s. 98; **KARAKOÇ**, Vergi Hukuku, s. 248; **AĞAR**, s. 332; **AKGÜL**, Harun, **AKGÜL**, Türk Vergi Hukukunda Vergisel Arama ve Hukuki Sonuçları, Adalet yayınevi, Ankara, 2023, s. 80; **SOYDAN**, s. 513.

<sup>123</sup> **ÖNCEL** Mualla/**KUMRULU**, Ahmet /**ÇAĞAN**, Nami/**GÖKER**, Cenker: Vergi Hukuku, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 228; **ŞENYÜZ**, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022, s. 402; **KARAKOÇ**, Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 306; **TAŞKAN**, s. 204, 205; **ORTAÇ/ÜNSAL**, s. 59.

<sup>124</sup> Arama denetim yönteminin, VUK'un “yoklama ve inceleme” başlıklı birinci kitap yedinci kısım altında düzenlenmiş olması bu yöntemin yoklama ve incelemeden birine dâhil olmasını gerektirdiği, bu bağlamda vergi incelemesinin tamamlayıcı bir denetim yöntemi olduğu da düşünülmektedir. Bkz. **PINAR**, s. 43, 44; Bağımsız bir

şüphesi hâsıl olduğundan, suç şüphesi sonrası geçerli olan şüpheli ve sanık haklarına riayet edilmesi gerekmektedir.

### Ç. Suç Şüphesi Öncesi Vergi İncelemeleri Sırasında Suç İşlendiğine Dair Şüphe Oluşması Durumunda

Suç şüphesi öncesi yapılan vergi incelemesinde mükellefin nemo tenetur ilkesine başvurması hukuka uygun değilken, suç şüphesi sonrası vergi incelemesi yapılması durumunda mükellefin nemo tenetur ilkesine başvurması mümkündür. Suç şüphesi öncesi yapılan vergi incelemesinde mükellefin defter, kayıt ve belgeleri incelenirken, bu dokümanlarda herhangi bir suç işlendiğine dair şüphe oluşması halinde vergi inceleme elemanının defter, kayıt ve belgeleri incelemeye devam edip edemeyeceğinin nemo tenetur ilkesi bağlamında belirlenmesi gerekmektedir.

Suç şüphesi öncesi yapılan vergi incelemesi nemo tenetur ilkesine aykırı olmadığından, hukuka uygun bir vergi incelemesi söz konusudur. Henüz mükellefin defter, kayıt ve belgelerinde suç işlendiğine ilişkin bir bilgi olduğuna dair vergi idaresi nezdinde bir şüphe söz konusu değildir. Vergi idaresince vergi incelemesi yapılmasına ilişkin hukuka uygun bir işlem gerçekleştirilmektedir. Suç şüphesinden önce verilmiş hukuka uygun bir vergi incelemesi yazısı bulunduğundan, vergi inceleme elemanının vergi incelemesi sırasında bir suç emaresine rastlaması halinde vergi incelemesine devam etmesi de hukuka uygundur<sup>125</sup>. Vergi inceleme elemanının vergi incelemesine devam etmesi, vergi incelemesini bitirmesi ve ulaştığı sonuçları rapora bağlayıp vergi idaresine teslim etmesi nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

---

denetim yöntemi olmayıp vergi incelemesinin bir türü olarak değerlendirenler de bulunmaktadır. Bkz. **HEPHAKSUZ/ÇEVİKCAN/ÖZ**, s. 149; **ALPSOY**, s. 427. Yargıtay'a göre de aramalı inceleme, vergi incelemesi yapılmasına bir araç niteliğinde olup vergi kaçırıldığına ilişkin belge ve vesikaların bulunması amacıyla yapılan bir denetim yöntemidir. Bkz. Yargıtay 11. CD. 8.1.2019, E. 2016/6083, K. 2019/98. Arama denetim yöntemi yalnızca vergi kaçakçılığı suçuna yönelik olarak icra edilebilmektedir. Bkz. **TAŞDELEN**, Aziz, "Vergisel Arama", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5/2, 2003, s. 167; Pınar/Taylar, s. 148; **AKGÜL**, s. 65; **ALPSOY**, Zeliha, "Vergi Hukukunda Arama İşlemi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29/1, 2021, s. 427.

<sup>125</sup> Aksi görüş için bkz. **ÇAMURCU**, s. 88.

Vergi incelemesi de esasında bir vergi güvenlik tedbiridir<sup>126</sup>. Vergi incelemesi ile vergilerin tam ve zamanında kamu hazinesine geçmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuka uygun bir karara dayanan ve usulüne uygun yerine getirilen bir incelemede herhangi bir suç şüphesi oluşturabilecek kayıtların söz konusu olması halinde vergi incelemesine devam edilmesi ve elde edilen bilgilerin rapora bağlanarak vergi incelemesinin tamamlanması hukuka uygundur. Bu bağlamda suç şüphesinden önce gerçekleştirilen bir vergi incelemesi sırasında vergi inceleme elamanının suç işlendiğini fark etmesi halinde vergi incelemesini durdurması veya vergi incelemesine devam edebilmek için nemo tenetur ilkesine ilişkin hatırlatmada bulunması gerekmemektedir.

Konuya ilişkin 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun<sup>127</sup> önleme aramasına ilişkin 9'uncu maddesi ve bu Kanun'a dayanarak çıkarılan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesi örnek verilebilir. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na göre, polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla sulh ceza hâkiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arayabilmekte; alınması gereken tedbirleri alabilmekte, suç delillerini koruma altına alarak CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapabilmektedir. Söz konusu Yönetmeliğin "*önleme aramalarında elde edilen bilgi ve bulgular ile yakalanan şüpheliler hakkında yapılacak işlemler*" başlıklı 24'üncü maddesine göre, önleme aramalarında elde edilen ve adlî soruşturmalarda kullanılacak bilgi, bulgu ve şüpheliler hakkında 10'uncu madde hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 10'uncu maddesinde ise,

<sup>126</sup> ARSLAN, Mehmet, Türkiye'de Vergi Kaçakçılığının Önlenmesinde Vergi Güvenlik Önlemlerinin Etkinliği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat fakültesi Maliye Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1994, s. 101; ŞANVER, Cahit/ OKTAR, S. Ateş, "Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Vergi Güvenlik Önlemleri ve Mükelleflerin Ba-Bs Bildirimlerine Bakışı Araştırması", *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 1/3, 2013, s. 2; YENİÇERİ, Harun, Türk Vergi Sisteminde Vergi Güvenlik Önlemleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005, s. 25; BİLGİN Sibel/YILMAZ Arzu, "Vergi Güvenliği Açısından Otomatik Bilgi Değişimi", *ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi*, 4, 2019, s. 358-375.

<sup>127</sup> 04.07.1934 Tarihli 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Resmi Gazete Tarih: 14.07.1934 Sayı: 2751.

usulüne uygun yapılan aramada, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilme-  
meyen bir delilin koruma altına alınacağı ve durumun Cumhuriyet baş-  
savcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için  
Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir isteneceği hüküm altına alın-  
mıştır. Yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan an-  
cak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek, bir delil elde  
edilmesi halinde de aynı işlem uygulanmaktadır<sup>128</sup>. Cumhuriyet savcısına  
ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevli-  
leri elkoyma işlemini gerçekleştirebilmektedir. Önleme araması suç şüp-  
hesi olmayan durumlarda suçun veya tehlikenin önlenmesi amacıyla ya-  
pılmaktadır. Suç şüphesinden sonra CMK kurallarının uygulanması ge-  
rektiğinden CMK hükümlerine göre adli arama kararı alınması gerekti-  
ğinden önleme araması yapılamamaktadır<sup>129</sup>. Ancak önleme araması sıra-  
sında suç delili bulunması halinde, bu delile el koyulabilmektedir. Bu  
bağlamda önleme aramalarında olduğu gibi suç şüphesi öncesi vergi in-  
celemesinde de vergi inceleme elemanı suç işlendiği izlenimi edinse bile  
daha önceden hukuka uygun verilmiş bir inceleme kararı bulunduğun-  
dan bu incelemeye devam edebilecek, raporunu düzenleyip vergi idare-  
sine teslim edebilecektir. Bunun yanında Vergi İncelemelerinde Uyulacak  
Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 16'ncı maddesinin 6'ncı fıkrası-  
na göre, inceleme sırasında vergi inceleme elemanınca suç delili olduğu  
tespit edilen defter ve belgelerin mükellefin rızasına bakılmaksızın alıko-  
nulması gerekmektedir.

Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönet-  
melik'in 16'ncı maddesinin 6'ncı fıkrasına göre, vergi inceleme elemanı-  
nın suç delili olduğuna kanaat getirdiği defter ve belgeleri alıkoyabilme-  
sine ilişkin bir düzenleme hukuka ve akla uygun görünmekte iken bu

<sup>128</sup> Her ne kadar vergi güvenlik yöntemi olsa da vergi incelemesi idarî denetim olduğun-  
un ve önleme aramasından farklı bir müessese olduğunun, vergi inceleme sıra-  
sında üst veya eşya aramasının mümkün olmadığı gibi aynı hükümlere de tâbi ol-  
madığının altının çizilmesi gerekmektedir. Bkz. **YENİSEY** Feridun/**NUHOĞLU**  
Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2017, 295; **BÖREKÇİ**, Eşref Barış,  
"Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları," *Yeditepe Üniversitesi HFD*,  
XVII/Özel Sayı, 2020, s. 96.

<sup>129</sup> **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, s. 320, dipnot: 471.

hükümün yönetmelikle düzenlenmiş olması kanuni bir dayanağının olmasını gerektirmektedir. Nitekim kanunî bir dayanağı olmaması halinde, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden böyle bir hüküm hukuka uygun olmamaktadır. Söz konusu Yönetmelik hükmünde el koyma veya muhafaza altına alma kavramları değil alıkoyma kavramı kullanılmıştır. VUK'un "incelemenin yapılacağı yer" başlıklı 139'uncu maddesine göre, inceleme asıl olarak vergi dairesinde yapılmakta ve mükellefin defter ve belgelerini vergi dairesine belirlenen süre içinde göndermesi gerekmektedir. Mükellef bunları rızaen gönderdiğinden daha sonra suç delili olduğundan şüphelenilmesi halinde bu belgelerin alıkonulması, muhafaza altına alma müessesesini işaret etmektedir. Mükellefin defter ve belgelerini vergi incelemesi için vergi dairesine göndermesi açısından rızasının olduğu kabul edilse de bunların alıkonulmasına rızasının olduğu yine tartışmalı bir konu olmaktadır. Bu açıdan Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 16'ncı maddesinin 6'ncı fıkrasında geçen vergi inceleme elemanının alıkoymaya ilişkin yetkisinin VUK'ta düzenlenmesi, ayrıntılarının yönetmelikte düzenlenmesi hukuka uygun görünmektedir.

#### **D. Vergi Hukukunda Nemo Tenetur İlkesine Aykırılık Teşkil Eden Kanun Hükümleri**

Suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesinde mükellefin nemo tenetur ilkesine riayet edilmesi gerektiğine ilişkin görüşümüz yukarıda açıklanmıştır. Buna bağlı olarak VUK'ta yer alan "bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usül" başlıklı 367. maddesinin 2'nci fıkrasında geçen "359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittıla hâsıl eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder." hükmünün aşağıda açıklanan sebeplerle anayasal nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Cumhuriyet başsavcılığınca vergi kaçakçılığı suçunun tespiti, ihbar veya başka bir suçla alakalı yapılan soruşturma neticesinde gerçekleşebilmektedir. VUK'un 367'nci maddesinin 2. fıkrasına göre, vergi kaçakçılığı suçu işlendiğinin herhangi bir şekilde Cumhuriyet başsavcılığınca öğrenilmesi durumunda, Cumhuriyet başsavcılığı ilgili vergi dairesini durundan haberdar etmek ve inceleme yapılmasını istemekle yükümlü tutulmuştur. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, vergi kaçakçılığı suçundan

kamu davasının açılması ise inceleme sonucunun Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine kadar ertelenmektedir<sup>130</sup>. Bu hüküm nemo tenetur ilkesi bakımından sorunlu bir hükümdür<sup>131</sup>. Suç şüphesinin başlamasından sonra yapılan incelemeler açısından nemo tenetur ilkesine ilişkin korumadan yararlanılması mümkündür. Nezdinde inceleme yapılacak kişiye, suç isnadı yapılmadan suç şüphesi öncesi bir vergi incelemesi yapılır gibi

- <sup>130</sup> VUK'un 367. maddesinin 4. fıkrasına göre, vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin 359. maddenin ç ve d fıkralarında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla birlikte keyfiyet Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖMERCİOĞLU**, Abdullah, 7318 Sayılı Kanun İle Eklenen Vergi Kaçakçılığı Suçları, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1, 2022, s. 185 vd.
- <sup>131</sup> VUK'un 367'nci maddesinin 2'nci fıkrasında geçen "inceleme" kelimesinin vergi incelemesi yapılmasını şart koşmadığını belirten yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **ŞENYÜZ**, Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş, s. 18 vd; **ÖZCAN**, s. 509; **ÖZGENÇ**, Hanne, Vergi Kaçakçılığı Suçunda Muhakeme Şartı Olarak Mütalaa Şartı, **ÖZGENÇ**, İzzet (Editör), Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 639. Burada belirtilen incelemenin vergi incelemesi olduğuna ve birinci maddede geçen vergi incelemesinin yapılıp sonra mütalâa alınması gerektiğine ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Bkz. **CENTEL/ZAFER**, Ceza Muhakemesi, 2017, s. 102; **ERDEM**, Tahir, "Kaçakçılık Suçlarının Bildiriminde ve Cezalandırılmasında Usul", *Vergi Sorunları Dergisi*, 273, Haziran, 2011, 84, 85; **GÜNGÖR**, Mümin, "Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü", *TAAD*, 11/ 44 (Ekim), 2020, s. 281, 282; **KARAÇOBAN** Güneş, Tuğçe, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Yargılama Şartının Anayasaya Aykırılığı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 5/48, 2010, s. 106. Kanun koyucunun kanun yapma tekniği açısından tekrara düşmemek için hükmü bu yönde düzenlendiğinin kabulü gerekmektedir. VUK'un 367'nci maddesinin 2'nci fıkrasında geçen inceleme, vergi incelemesini işaret etmektedir. Kanun koyucunun, rapor değerlendirme komisyonlarını vergi kaçakçılığı suçlarından ötürü görüşünün alınması gereken bilirkişi sıfatında gördüğü aynı maddenin 1'inci fıkrasından anlaşılmalıdır. Kaldı ki vergi incelemesi yapmadan vergi dairesinin nasıl görüş oluşturacağı da belirsizdir. Bunların yanı sıra aksi kabul mükellefler arasında eşitsizliğe de sebep olacaktır. Bu bakımından VUK'un 367'nci maddesinde geçen cumhuriyet savcısının vergi idaresinden talep ettiği incelemenin "vergi incelemesi" olduğunun kabulü gerekmektedir. Diğer yandan Yargıtay'ın da VUK'un 367'nci maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen incelemenin vergi incelemesi olduğunu ve mütalâa alınması gerektiğini belirten kararı uygulamada bu şekilde anlaşıldığından ve kanun hükmü açık olmadığından nemo tenetur ilkesine ilişkin tam koruma sağlamadığını göstermektedir. Bkz. Yargıtay 11. CD. 14.11.2007, E:2006/6740, K:2007/7940; Yargıtay 11. CD. 27.06.2001, E. 2001/6898, K. 2001/7380; <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 17.07.2024.

inceleme yapılması ise kanımızca anayasal nemo tenetur ilkesine uygun düşmemektedir.

Suç şüphesinden sonra gerçekleştirilen bir vergi incelemesi bulunmakta iken, mükellefe nemo tenetur ilkesine ilişkin bildirim yapılmamaktadır. Suç şüphesi öncesi yapılan rutin vergi incelemesi açısından bu durum nemo tenetur ilkesine uygundur. Ancak suç şüphesinden sonra yapılan incelemeler açısından nemo tenetur ilkesine başvuru hukuka uygun hale gelmekte ve bu nedenle nezdinde inceleme yapılacak kişiye şüpheli haklarının sağlanması gerekmektedir. Ancak madde hükmünde, somut olan suç şüphesine rağmen Cumhuriyet savcısının vergi idaresine başvurup, mükellefin şüpheli haklarına sahip olmadığı bir aşama olan incelemeye yönlendirmek, nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bahsedilen hukuka aykırılığı gidermek bakımından ya maddeye yeni bir hüküm eklenerek nezdinde inceleme yapılan kişinin şüpheli haklarına sahip olduğunun eklenmesi ya da soruşturmanın derhal başlatılıp Cumhuriyet başsavcılığınca yürütüleceğinin hüküm altına alınması nemo tenetur ilkesine ve diğer sanık haklarına uygun bir yaklaşım olacaktır. Bu bakımdan başsavcılık bakımından vergi incelemesine başvurulamayacak yeterli emare bulunması halinde arama güvenlik tedbiri devreye girecektir.

Nemo tenetur ilkesi yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'nın 38'nci maddesinin 5'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Anayasa denetimine tabi kılınmış yasama işlemlerini denetlemek için AYM tarafından kullanılan ölçü normların başında gelir. Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır<sup>132</sup>. Bu bakımdan Anayasa'nın 38'nci maddesinin 5'nci fıkrasında düzenlenen nemo tenetur ilkesine aykırı olan VUK'un 367'nci maddesinin 2'nci fıkrasının somut norm denetimi yoluyla AYM'ye denetimine tabi tutulması halinde iptal edilmesi mümkündür.

<sup>132</sup> KARAKOÇ, Yusuf, Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasa Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, 89.

### E. Suç Şüphesi Sonrası Vergi İncelemede Nemo Tenetur İlkesine Yönelik Korunma Sağlanması

Suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesinde mükellefe nemo tenetur ilkesinin hatırlatılması gerektiği ya da suç şüphesinden sonra doğrudan arama denetim yönteminin tercih edilmesi gerekmektedir. Birlikte, bir kanun hükmü olmadan idarenin bu yolu tercih etmesi çok olası görünmemektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi<sup>133</sup> gereği idarenin yetkilerini kanunlardan alması dolayısıyla bu durumun, VUK'ta yapılacak bir düzenleme ile hüküm altına alınması gerekmektedir. Mükellefin, vergi kaçakçılığı suçu işlediğine yönelik bir şüphe bulunması halinde, nemo tenetur ilkesinin hatırlatılması gerektiğine ilişkin VUK'a yeni bir hüküm eklenmesi gerekmektedir.

### SONUÇ

Nemo tenetur ilkesinin suç şüphesi öncesi vergi incelemesi bakımından geçerli olmadığı, suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesi açısından geçerli olduğuna ilişkin görüş hukuka uygundur. Vergi incelemesi açısından, anayasal bir ilke olan nemo tenetur ilkesi ile anayasal bir yükümlülük olan vergi ödevi çatışmaktadır. Suç şüphesi öncesi vergi incelemesinde herhangi bir suç şüphesine ilişkin kanıt aranmasından ziyade vergisel idarî düzenin sağlanması amaçlandığından, bu aşamada ilkenin kullanımı hukuka aykırıdır. Ancak suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesinde vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin delil bulma amacı ağır bastığından bu aşamada ilkeye başvurulabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun yanında ilkenin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hükmünde sınırlanmasına ilişkin bir hüküm bulunmasa da, mahiyeti gereği sınırlarının olduğu kabul edilmelidir. İlkenin kabul edilmiş amaçlarıyla bağlantılı olarak değerlendirilmesi ve bu bağlamda, suç şüphesiyle

<sup>133</sup> İdarenin kanuniliği ilkesi, idare ve idarenin faaliyetlerine kanunun hâkim olması ve yönetilenlerin idarenin keyfi işlemlerinden korunması olarak tanımlanabilir. Bkz. GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.42; AK-YILMAZ, Bahtiyar, "Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, 1/1, 1998, s. 23. Aynı yönde bkz. ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 170; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 152; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 113.



başladığının kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi bir kabul hem ilkenin meşruluğuna gölge düşürecek hem de aşırı genişletilmesine ve böylece getirilen yükümlülüklerle riayet etmeme amacıyla kötü niyetli kullanımına neden olacaktır.

Suç şüphesi öncesi incelemeler neticesinde elde edilen deliller nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmediğinden hukuka uygun delil olarak kabul edilmelidir. Suç şüphesinden sonra yapılan incelemeler neticesinde elde edilen deliller ise, vergi mükellefine ilkeye ilişkin hatırlatma yapılmadan elde edildiyse Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğinden hukuka aykırı kabul edilmeli ve ceza muhakemesinde ispat aracı olarak kullanılmamalıdır. Bununla birlikte ilkeye başvurulmasının ceza yargılama makamı nezdinde sanığın defter, kayıt ve belgelerini ibraz etmemesinin tek başına olumsuz yorumlanması ve mahkûmiyete esas alınması mümkün değilken; sanığın ilkeye başvurarak noter tasdik kayıtlarıyla varlığı ispat edilebilen defterleri ibraz etmemesi diğer delillerle birlikte olumsuz değerlendirilebilecektir.

Suç şüphesi öncesi vergi incelemesi sırasında da nemo tenetur ilkesi kullanımının hukuka uygun olduğu sonucuna varılır ise defter ve belgelerin ibraz edilmemesinin suç olarak düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı olacaktır. Ancak suç şüphesi öncesi vergi incelemesi açısından vergi idaresinin meşru bir denetim hakkı bulunması ile ilkeye suç şüphesinden sonra başvurulabilmesi gerekçelerinden dolayı, kanuna uygun, rutin vergi incelemesi sırasında vergi idaresine ibraz zorunluluğu öngörülmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir. Suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesi açısından ise, ilkenin gereklerine riayet edilmesi gerekmektedir. Buna uyulmadan yapılan idarî işlemlere karşı idarî dava yoluna gidilmeli; ceza yargılamasında ise, buna ilişkin iddiada bulunulmalıdır. Çünkü idarî işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. İdarî işlemin hukuka uygun olduğuna dair aksi ispat edilebilir bir karine bulunmaktadır. Ceza yargılaması sırasında savunma makamınca ilkeye riayet edilmediğine ilişkin bir iddiada bulunulması halinde mahkemelerin bu iddiayı ele alması ve ilkenin zedelenmesi durumunda elde edilen delilleri yargılamada kullanmaması gerekmektedir. Yargılama öncesinde ilkeye uygun hareket edilmesi bakımından ise, VUK'a suç şüphesinden sonra inceleme yapılmamasına yönelik düzenleme yapılması

yerinde olacaktır. Bu bağlamda VUK'un 367'nci maddesinin 2. ve 3. fıkraları anayasal ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. VUK'un 367'nci maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre, Cumhuriyet başsavcılığının vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini sair suretle öğrenmesi halinde hemen ilgili vergi dairesinden inceleme yapılmasını talep etmesi gerekmekte olup, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine kadar kamu davası açamamaktadır. Ancak çalışmamızda vardığımız sonuçlar bakımından suç şüphesinin oluşmasından sonra vergi incelemesi yapılmaması, yapılması halinde ise mükellefe ilkeye ilişkin bildirimlerin yapılması gerekmektedir. Cumhuriyet başsavcılığı veya vergi idaresi nezdinde bir suç şüphesinin oluşmasından sonra, idari düzen içinde yapılan bir denetim yöntemi olan vergi incelemesine ilişkin hükümlere dayanarak vergi incelemesi yapılmaması gerekmektedir. VUK'un 367'nci maddesi bu haliyle Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Suç şüphesinden sonra bir vergi incelemesi yapılması halinde mükellefe nemo tenetur ilkesinin hatırlatılması mükellefin defter, kayıt ve belgelerini ibrazdan imtina etmesine neden olabilecektir. Bu bakımdan yukarıda belirttiğimiz üzere suç şüphesinden sonra vergi incelemesi yapılmamasına ilişkin VUK'da bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Ancak bu durumda mükellefin vergi kaçakçılığı suçunu işlediğine ilişkin şüphenin nasıl izale edileceği sorusu gündeme gelecektir. VUK'un 367'nci maddesinin 2. fıkrasında geçen, Cumhuriyet başsavcılığının vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini sair suretle öğrenmesi halinde, çözüm olarak VUK'un 142 ve devamında düzenlenen arama tedbirine başvurusu uygun görünmektedir. Arama tedbirine başvurularak hem mükellefin defter, kayıt ve belgeleri ibrazdan imtina etmesinin önüne geçilecek hem de arama müessesesi kapsamında vergi incelemesi de yapılabildiği için, bu defter, kayıt ve belgeler vergi inceleme elemanlarınca incelenebilecek, yapılan inceleme sonucunda inceleme elemanları durumu başsavcılığa ihbarda bulunup bulunmayacağına karar verilebilecektir.

## KAYNAKÇA

- AĞAR**, Serkan: Vergi Kaçakçılığı Suçu Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2016.
- AKDEMİR**, Tuğçe/**BAŞ**, Eylem: “Aramalı Vergi İncelemelerinin Ceza Muhakemesi ve Vergi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, 314, 2014.
- AKGÜL**, Harun: Türk Vergi Hukukunda Vergisel Arama ve Hukuki Sonuçları, Adalet yayınevi, Ankara, 2023.
- AKIN**, Emrah: “Aramalı Vergi İncelemesinde Temel Kişi Hakları Bağlamı”, Yaklaşım Dergisi, 167, 2006.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar: “Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, 1/1, 1998.
- ALPSOY**, Zeliha: “Vergi Hukukunda Arama İşlemi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29/1, 2021.
- ALSCHULER**, Albert W.: “A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent”, Michigan Law Review, 94/8, Ağustos, 1996.
- AMAR**, Akhil Reed/**LETTOW**, Renee B.: “Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause”, Michigan Law Review, 98, 1995, 857-928.
- ANAYURT**, Ömer: Anayasa Hukuku: Genel Kısım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ARSLAN**, Mehmet, Türkiye’de Vergi Kaçakçılığının Önlenmesinde Vergi Güvenlik Önlemlerinin Etkinliği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat fakültesi Maliye Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1994.
- ATAY**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- BAŞARAN YAVAŞLAR**, Funda: “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu (11-12 Mayıs 2006), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2008.
- BAŞARAN YAVAŞLAR**, Funda: Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- BİLGİN** Sibel/**YILMAZ** Arzu: “Vergi Güvenliği Açısından Otomatik Bilgi Değişimi”, ASSAM Uluslararası Hakemli Dergi, 4, 2019.

- BÖREKÇİ**, Eşref Barış: “Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları,” *Yeditepe Üniversitesi HFD*, XVII/Özel Sayı, 2020.
- CANDAN**, Turgut: “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”, *Ulusan*, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda (Editörler), İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul Kültür Üniversitesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- CHIESA**, Luis E.: “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases”. *Pace Law Faculty Publications*. Paper 642. <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/642>, 35-66, 2009.
- COLE**, Lance: “The Fifth Amendment and Compelled Production of Personal Documents After *United States v. Hubbell*-New Protection for Private Papers?”, *American Journal of Criminal Justice*, 29, 2002.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: *İdare Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- ÇAMURCU**, Zeynep Nihan: “Mükellefin Susma Hakkı: Anayasa Mahkemesi’nin 2019/80 E. 2022/31 K. Sayılı İçtihadına Yönelik Bir Değerlendirme” *Vergi Sorunları Dergisi*, 45/415, Nisan, 2023.
- DANN**, B. Michael: “The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: Extorting Physical Evidence From Suspect”, *Southern California Law Review*, 43/4, 1970.
- DEĞİRMENDERELİ**, Ali: “Alman Vergi Sisteminde Vergi İncelemesi”, *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2015/4.
- DEMARCO**, Osep P./**FORD**, Paul J., *Balancing in Ethical Deliberation: Superior to Specification and Casuistry*”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 31/5, 2006.
- DEMİRBAŞ**, Timur: “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik”, *Legal Hukuk Dergisi*, 32, 2005.
- DONAY**, Süheyl: *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- DÖNER**, Ayhan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- DURDU**, Muhammet: “Mükellef Verilerinin Korunması ve Vergi Mahremiyeti”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/3, 2019.

- DÜLGER**, Murat Volkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı Ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Bilimselsi), Seçkin Kitabevi, Ankara, 2014.
- EKİCİ**, İskender: Türk Vergi Hukukunda Mükelleflerin Defter ve Belge Muhafaza ve İbraz Mecburiyetleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- ERDEM**, Tahir: "Gizleme Suçu Mu, Susma Hakkı Mı?", Mali Pusula, 3/36, Aralık, 2007.
- ERDEM**, Tahir: "Kaçakçılık Suçlarının Bildiriminde ve Cezalandırılmasında Usul", *Vergi Sorunları Dergisi*, 273, Haziran, 2011.
- EREM**, Faruk: "Susma Hakkı", *Yargıtay Dergisi*, 18/3, 1992.
- FARAHANY**, Nita A.: "Incriminating Thoughts", *Stanford Law Review* 64, 2012.
- FJETLAND**, Gale M.: "The Fifth Amendment Privilege Against Self-incrimination in Tax Investigations", *Texas Tech Law Review*, 6/3, 1975, 1055-1074.
- GOLDBACH**, Laurie/**DYCK**, Jay: "Audit disclosure: Do I Have the Right to Remain Silent?", 03.08.2021, <https://www.blg.com/en/insights/2021/08/audit-disclosure-do-i-have-the-right-to-remain-silent>, Erişim Tarihi: 19.10.2023.
- GÖZLER**, Kemal: "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, Hazırlayan: Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2012.
- GÖZLER**, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.
- GÜLERCİ**, Burcu: Türk Hukukunda Vergi Mahremiyetinin Sınırları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GÜNDAY**, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011.
- GÜNGÖR**, Mümin: "Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü", *TAAD*, 11/ 44 (Ekim), 2020.
- HAUER**, Judith, "Book Review - Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts [The Privilege Against Self-Incrimination in Criminal Proceedings at the Beginning of the 21st Century] (2007)", *German Law Journal*, 9/8, 2008.
- HAYDAR**, Nuran: Susma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

- HELMHOLZ**, Richard H.: "Origins of the Privilege Against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune", *New York University Law Review*, 65, 1990.
- HEPAKSAZ**, Engin/**ÇEVİKCAN**, Fatih/**ÖZ**, Ersan: "Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği", *Vergi Dünyası*, 354, 2011.
- INNES**, William İ./**WILLIAMS**, Matthew G.: "Protections Against Self-Incrimination in Income Tax Audits, Investigations, and Inquiries", *Canadian Tax Journal*, 49/6, 2001.
- İNCE TUNÇER**, Asuman: "Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi HFD*, 4/2, 2018.
- İNCEOĞLU**, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- İNÇİ Z.** Özen: "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe HFD*, 7/2, 2017.
- İTİŞGEN**, Rezzan: *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*, İstanbul, 2013.
- KAĞITÇIOĞLU**, Mutlu: "Kurgudan Gerçeğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?" *TBB Dergisi*, 134, 2018.
- KAİ**, Ambos: (çeviren: Ünver, Yener) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6", *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2004.
- KALABALIK**, Halil: *İnsan Hakları Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- KAN AYDIN**, Çağrı: "Adil Yargılamanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı", *TBB Dergisi*, 91, 2010.
- KANETİ**, Selim: *Vergi Hukuku*, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986-1987.
- KARABEYSER**, Süleyman: "Vergi Hukukunda Arama Müessesesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 11/124, 2016.
- KARAKOÇ**, Yusuf: *Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasa Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

- KARAKOÇ**, Yusuf: Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- KARAKOÇ**, Yusuf: Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- KARAÇOBAN GÜNEŞ**, Tuğçe: “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Yargılama Şartının Anayasaya Aykırılığı”, Terazi Hukuk Dergisi, 5/48, 2010.
- KOCAHANOĞLU**, Osman Selim: Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurulma Yolları, Yaylacık Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1983.
- KOCAOĞLU**, Serhat Sinan: “Susma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/1.
- KOÇAK**, Hakkı: “Aramalı Vergi İncelemesi ve Karşılaşılan Bir Sorun”, Vergi Dünyası, 213, 1999.
- KÖKÜSARI**, İsmail, Anayasal Hakların Çatışması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II. 17. Bası, İstanbul, Beta, 2010.
- LANGBEIN**, John H.: “The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law, Michigan Law Review, 92, 1994.
- LARSON**, Joni: “A Primer on the Federal Rules of Evidence As Applied by the Tax Court,” The Tax Lawyer published by American Bar Association, Spring, 66/3, 2013.
- LEFEBVRE**, Francis: “France-Business Law, Taxation, Social Law”, International Series”, April, 2000.
- Legal Information Institute, [https://www.law.cornell.edu/wex/quasi-criminal\\_\(proceeding\)#:~:text=A%20quasi%2Dcriminal%20\(proceeding\),akin%20to%20a%20criminal%20penalty.](https://www.law.cornell.edu/wex/quasi-criminal_(proceeding)#:~:text=A%20quasi%2Dcriminal%20(proceeding),akin%20to%20a%20criminal%20penalty.) Erişim Tarihi: 22.02.2023.
- LIPOFF**, Norman H.: “The Privilege Against Self-Incrimination in Federal Tax Investigations”, University of Florida Law Review 14(1) (Spring), 1961.
- Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, Türk Vergi Kanunları Gereklçeleri, Başbakanlık Basımevi, Ankara.
- Millî Güvenlik Konseyi, Sıra Sayısı: 450, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi: 1/463; M. G. Konseyi: 1/397).

- MORGAN, E. M.:** “The Privilege Against Self-Incrimination”, *Minnesota Law Review*, 34/1, 1949.
- NİŞANCI, Dilaver:** *Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hakları (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Kapsamında)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- NUALA, Muola/HARBY, Catharina:** (çeviren: Adalet Bakanlığı) *Adil Yargılanma Hakkı*, Strasbourg, 2003.
- ODER, Bertil Emrah:** “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, Hazırlayan: Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2012.
- AVCI, Orçun:** *Türkiye’de ve Seçilmiş Ülkelerde Vergi İnceleme Sürecinde Mükelleflerin Hak ve Ödevleri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019,
- ORTAÇ, Fevzi Rifat/ÜNSAL, Hilmi:** *Genel Vergi Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- ÖMERCİOĞLU, Abdullah,** 7318 Sayılı Kanun İle Eklenen Vergi Kaçakçılığı Suçları, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1, 2022.
- ÖNCEL Mualla/KUMRULU, Ahmet /ÇAĞAN, Nami/GÖKER, Cenker:** *Vergi Hukuku*, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- ÖZCAN, Onur:** *Vergi Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- ÖZEN, Mustafa:** *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- ÖZGENÇ, Hanne:** *Vergi Kaçakçılığı Suçunda Muhakeme Şartı Olarak Mütalaa Şartı*, ÖZGENÇ, İzzet (Editör), *Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri:** *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara, AÜSBH İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995.
- PINAR, Burak/TAYLAR:** *Yıldırım, “Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması”*, *Ceza Hukuku Dergisi*, 8/21, 2013.



- PINAR**, Burak: “Yargı Kararları Işığında Vergi İncelemesinde Yükümlü Haklarının İhlâline İlişkin Tespitler”, *International Journal of Public Finance*, 1/1, 2016.
- PROFIT**, Michael, V.: “Refusing To Be One’s Own Witness: How The Privilege Against Self-Incrimination Differs In China, France, And The United States”, *Elon Law Review*, 8/2, 2016.
- QUIGLEY**, Michael G.: “Controlling Tax Information: Limits To Record-Keeping And Disclosure Obligations”, *Canadian Tax Journal*, 47/1, 1999.
- SABAN**, Nihal: *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- SALTZBURG**, Stephan A., “The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination”, *The University of Chicago Law Review*, (53), 1986.
- SARICAOĞLU**, Ercan: *Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat, Adalet yayınevi, Ankara, 2017.*
- SARIGÜL**, Ali Tanju: Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğün Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi, *TBBD*, 2021/153.
- SCHAFER- LANDAU**, Russ, “Specifying Absolute Rights” *Arizona Law Review*, 37/1, 1995.
- SEIDMANN**, Daniel C./**STEIN**, Alex “The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege”, *Harvard Law Review*, December, 114 (2), 2000.
- SHERRIN**, Christopher: “Distinguishing Charter Rights in Criminal and Regulatory Investigations: What’s The Purpose of Analyzing Purpose?”, *Aşberta Law Review*, 48/1, 2010.
- SMITH**, Tara, *Rights Conflicts: The Undoing of Rights*, *Journal of Social Philosophy*, 26/2, 1995.
- SONSUZOĞLU**, Elif: “Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, 2000, Sayı: 141.
- SORİANO**, Patricia Luise, “Resolving Conflict of Rights: Russ Shaffer-Landau and Judith Jarvis Thamsen Revisited”, in. *Philosophy Senior Research Colluquium Procedings*, De La Salle University, Philippines, 2018.

- SOYDAN**, Başar: Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- ŞAHİN**, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 12. Bası, Ankara, Seçkin, 2021.
- ŞANVER**, Cahit/ **OKTAR**, S. Ateş: "Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Vergi Güvenlik Önlemleri ve Mükelleflerin Ba-Bs Bildirimlerine Bakışı Araştırması", Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, 1/3, 2013.
- ŞENYÜZ**, Doğan: Vergi Ceza Hukuku, 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022, s. 402; Karakoç, Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ŞENYÜZ**, Doğan: "Susma Hakkı Karşısında VUK'daki Defter Ve Belgeler Gizleme (Kaçakçılık) Suçu", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, 15/1, 2013.
- ŞENYÜZ**, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan: Vergi Hukuku, 10. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- T. C. Temsilciler Meclisi, Tutanak Dergisi, Cilt: 8, Kırk beşinci Birleşim, 14.04.1961.
- TAŞ**, Fatma: Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu ve Değerlendirilmesi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Mali Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, Bursa, 2007.
- TAŞDELEN**, Aziz: "Vergisel Arama", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5/2, 2003.
- TAŞKAN**, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, 4. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2021.
- TODD**, Timothy M. "The Fifth Amendment and the Conjurer's Circle: Exploring the Privilege Against Self-Incrimination in Federal Tax Practice", Charleston Law Review, 9/1, 2014.
- TRACZ**, Eliot T.: "Doctrinal Evolution and the Right Against Self-Incrimination", The University of New Hampshire Law Review, 18/1, 2019.
- Tutanak Dergisi, Cilt: 2, Otuz altıncı Birleşim, 3.4.1961, [https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM\\_/d00/c002/tm\\_00002036.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm_00002036.pdf), Erişim Tarihi: 12.12.2022.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa- Komisyonu raporu (5/7 ), Temsilciler Meclisi Sayısı: 35, 09.03.1961.

- UÇAN**, Emine: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013.
- ÜNSAL**, Hilmi: "Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 8/3, 2003.
- ÜSTÜN**, Ümit Süleyman: "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15/3, 2011.
- WALKER**, Jeffrey K.: "A Comparative Discussion of the Privilege Against Self-Incrimination", NYLS Journal of International and Comparative Law, 14/1, 1993.
- WESTEN**, Peter/**MANDELL**, Stewart: "To Talk, to Balk, or to Lie: The Emerging Fifth Amendment Doctrine Of The Preferred Response," American Criminal Law Review, 19/3, 1982.
- WIGMORE**, John H.: "Nemo Tenetur Seipsum Prodere", Harvard Law Review, 5/2, 1891.
- YALTI**, Billur: Vergi Yükümlüsünün Hakları, İstanbul, Beta, 2006.
- YASİN**, Melikşah: İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- YENİÇERİ**, Harun: Türk Vergi Sisteminde Vergi Güvenlik Önlemleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005.
- YENİSEY** Feridun/**NUHOĞLU** Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2017.
- YENİSEY**, Feridun, "Kitap İncelemeleri", MHB, 14/1-2, 1994.
- YENİSEY**, Feridun: "Vergi Hukukunda Arama ve Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Adnan Tezel Günleri: Vergi Hukuku, Yayına Hazırlayanlar: Feridun Yenisey/Gülşen Güneş, Arıkan Basımevi, İstanbul, 2006.
- YERCİ**, Cahit: "Aramalı Vergi İncelemesi", Vergi Sorunları, 250, 2009.
- YERLİKAYA**, Gökhan Kürşat: "Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi Yetkisi Kavramı ve 3568 Sayılı Kanun ile İlişkisi", Erzincan Üniversitesi HFD, XV/1-2, 2011.

**YILDIRIM**, Ali: “Sanığın Susma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 1998/5-6, Aralık.

**YILMAZ COŞKUN**, Sibel: Anayasal Hakların Çatışması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

**YILMAZ FURTUNA**, Elif/ **BİLGİN**, Sibel: “Kişisel Verilerin Korunması Ve Lekelenmeme Hakkı Açısından Vergi Mahremiyeti”, SÜHFD., 30/2, 2022.

**YOĞUN**, İsmail: “Vergi Hukukumuzda Aramalı Vergi İncelemesi”, Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi, 461, 2006.

#### AIHM Kararları

Allen v. United Kingdom, (Kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 76574/01, 10.09.2002.

Ashingdane v. United Kingdom, Başvuru no. 8225/78, 28.05.1985.

Funke v. France, 25.02.1993, Başvuru No. 10828/84.

Bendenoun v. France 24.02.1994, Başvuru No. 12547/86.

John Murray v. United Kingdom, 08.02.1996, Başvuru No:18731/9.

Saunders v. The United Kingdom, 17.12.1996, Başvuru No. 19187/9

Abas v. Netherlands, 26.02.1997, Başvuru No. 27943/95.

Ferrazzini v. Italy, 12.07.2000, Başvuru No. 44759/98.

Heaney and McGuinness v. Ireland”, 21.03.2001, Başvuru No. 34720/97.

J.B. v. Switzerland, 03.05.2001, Başvuru No: 31827/96.

King v. United Kingdom, Başvuru no.13881/02, 8 Nisan 2003.

King v. United Kingdom, (Kabul edilebilirlik kararı), 16.11.2004, Başvuru No. 13881/02.

Chambaz v. Switzerland, 05.04.2012, Başvuru No. 11663/04.

Van Weerelt v Netherlands, 16.06.2015, Başvuru No. 784/14.

Condron/United Kingdom 31 Eur. Ct. H.R. 1, 25 (2000).

#### AYM Kararları

AYM, 31.01.2007, E. 2004/31, K. 2007/11; Resmi Gazete Tarih: 18.05.2007, Sayı: 26526.

AYM, 24.03.2022, E. 2019/80, K. 2022/31, Resmi Gazete Tarih: : 22/6/2022, Sayı: 31874.

AYM, 24.03.2022, E. 2019/80, K. 2022/31, Resmi Gazete Tarih: 22/6/2022, Sayı: 31874.

AYM, 31.01.2007, E. 2004/31, K. 2007/11; Resmi Gazete Tarih: 18.05.2007, Sayı: 26526.

AYM, 24.03.2022, E. 2019/80, K. 2022/31, Resmi Gazete Tarih: 22.06.2022, Sayı: 31874.

### **Yargıtay ve Danıştay Kararları**

Yargıtay 11. CD. 14.02.2018, E. 2017/9621, K. 2018/1198.

Yargıtay 21. CD. 05.04.2017, E. 2016/10857, K. 2017/1723.

Yargıtay 11. CD. 07.02.2018, E. 2017/3571, K. 2018/966.

Yargıtay 11. CD. 8.1.2019, E. 2016/6083, K. 2019/98.

Yargıtay 11. CD. 14.11.2007, E:2006/6740, K:2007/7940.

Yargıtay 11. CD. 27.06.2001, E. 2001/6898, K. 2001/7380.

Danıştay 3. D. 13.2.2013, E. 2010/2635, K. 2013/416.

Danıştay 4. D. 14.2.2017, E. 2015/10048, K. 2017/1587.

Danıştay VDDK, 25.5.2016, E. 2016/635, K. 2016/617.

### **Yabancı Mahkeme Kararları**

Yargıtay Ceza Dairesi Başvuru Numarası: X 16-80.216 FS-P+B, Karar Tarihi: 06.12.2017, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000036176874>, Erişim Tarihi: 12.10.2023.

BVerfGG (Federal Kanun Gazetesi I 1473) 27 Nisan 2010, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/04/lk20100427\\_2bvl001307.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/04/lk20100427_2bvl001307.html), Erişim Tarihi: 12.12.2022.

BVerfGG (Federal Kanun Gazetesi I 1473) 27 Nisan 2010, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/04/lk20100427\\_2bvl001307.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/04/lk20100427_2bvl001307.html), Erişim Tarihi: 12.12.2022.

Supreme Court of Canada, R v. Jarvis, 2002 SCC 73, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2015/index.do>, Erişim Tarihi: 20.10.2023..



## ROMA HUKUKUNDA SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT İLKESİ KAPSAMINDA SERVITUS ONERIS FERENDİ DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Duygu TAHAN ORHAN\*

### Öz

Romalı Hukukçular, sınırlı aynı haklara ilişkin olarak birtakım genel ilkeler geliştirmişlerdir. Nemini res sua servit, kimsenin kendi eşyası üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olamayacağını ifade eden ilkedir. Servitus servitutis esse non potest, bir irtifakın başka bir irtifakın konusunu teşkil edemeyeceği anlamına gelir. Servitus civiliter exercenda est ilkesine göre, bir irtifak hakkının kullanılırken, yükümlü taşınmazın malikine en az rahatsızlık verecek yol tercih edilmelidir. Benzer şekilde, servitutibus civiliter utendum est ilkesine göre, bir kişi, sınırlı aynı hakkını kullanırken, eşyanın malikinin menfaatini gözeterek, eşyaya zarar vermekten kaçınmalıdır. Servitus in faciendo consistere nequit ilkesine göre ise, yükümlü taşınmaz maliki, irtifak hakkının kullanılması kapsamında yalnızca katlanma ya da yapmama yükümlülüğü altına sokulabilir. Ancak servitus oneris ferendi, yükümlü taşınmaz malikine, dayanılan duvarı bakımlı tutma yükümlülüğü getirmektedir. Bu durumun ilkenin bir istisnasını oluşturup oluşturmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu çalışma ile, servitus in faciendo consistere nequit ilkesi karşısında servitus oneris ferendinin durumunun değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

\* Dr., Roma Hukuku | Dr., Roman Law

✉ duygutahan@gmail.com • ORCID [0000-0002-9422-654X](https://orcid.org/0000-0002-9422-654X).

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** TAHAN ORHAN, Duygu : “Roma Hukukunda Servitus in Faciendo Consistere Nequit İlkesi Kapsamında Servitus Oneris Ferendi Değerlendirmesi”, SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2365-2380.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## Anahtar Kelimeler

• Sınırlı Ayni Hak • Servitus in Faciendo Consistere Nequit • Servitus Oneris Ferendi • Iura In Re Aliena • İrtifak

## AN EVALUATION OF SERVITUS ONERIS FERENDI WITHIN THE CONTEXT OF SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT PRINCIPLE UNDER ROMAN LAW

### Abstract

Roman jurists developed general principles regarding limited real rights. *Nemini res sua servit* states that no one can have limited real rights over his own property. *Servitus servitutis esse non potest* means that a servitude cannot be subject to another servitude. *Servitus civiliter exercenda est* and *servitutibus civiliter utendum est* are aimed to protect the servient property from damages that might arise from the use of the servitude. *Servitus in faciendo consistere nequit* means that the owner of the servient property can only be obliged to *pati* or *non facere*. However, *servitus oneris ferendi* imposes an obligation of keeping the wall subject to the servitude in good conditions, to the owner of the servient property. Whether this constitutes an exception to the principle is debated in the doctrine. The purpose of this study is to make an evaluation about *servitus oneris ferendi* in relation to *servitus in faciendo consistere nequit*.

### Keywords

• Limited Real Rights • Servitus in Faciendo Consistere Nequit • Servitus Oneris Ferendi • Iura In Re Aliena • Servitudes

## GİRİŞ

Hukuk mesleklerini icra eden her hukukçu için en zorlayıcı kelimelerden biri, istisnalardır. Kurallar her zaman direkt ulaşılabilir nitelikte olsa da, bir konuya vakıf olabilmek için kuralların bilinmesi yeterli değildir. Hukukçuları, kuralları okuyabilen herhangi birinden ayıran en önemli niteliklerinden biri de, bunlara dair muhakeme yeteneklerinin yanı sıra, bahsedilen, kural ya da prensibe uygun olmasa da, hukuken korunan "istisnai" durumları bilmeleridir.

Roma Hukuku, geliştirmiş olduğu kavram, kurum ve prensipler ile günümüz hukuk düzenlerine önemli bir zemin oluşturmuştur. Romalı hukukçuların geliştirdikleri kurum, kavram ve prensipler bugün halen hukuk düzenlerinde büyük oranda doğrudan doğruya kullanılmaktadır.



Yalnızca Kıta Avrupası değil, Anglo Sakson hukukunda da halen Roma Hukukunun izlerini görmek mümkündür.

Mülkiyet, kişiye eşya üzerinden en geniş yetkileri sağlayan haktır. Sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlayan mülkiyet hakkı, çeşitli nedenlerle kısıtlanabilmektedir. Bu kısıtlamalar kanundan doğabileceği gibi, üçüncü kişiler veya eşya lehine tanınan birtakım haklar dolayısıyla da söz konusu olabilmektedir. Mülkiyet hakkının, üçüncü kişiler veya eşya lehine tanınan haklarla kısıtlanması durumunda sınırlı aynı haklardan (*iura in re alienadan*) söz edilir. *Iura in re aliena* ifadesinden de anlaşılacağı üzere, sınırlı aynı hak, başkasına ait bir eşya üzerinde sahip olunan bir hakta işaret eder.<sup>1</sup>

Romalı hukukçular, mülkiyete ve sınırlı aynı haklara ilişkin birtakım genel ilkeler belirlemişlerdir. Çalışmamız kapsamında, sınırlı aynı haklara ilişkin bu genel ilkelerden bahsettikten sonra, bu ilkelerden biri olan *servitus in faciendo consistere nequit* ve bu ilkeye aykırılık teşkil eden bir hak olan *servitus oneris ferendi* üzerinde durulacaktır.

Çalışma içerisinde kullanılan metinlerin tercümesinde Watson ve Umur'un tercümelerinden faydalanılmıştır.<sup>2</sup>

## I. ROMA HUKUKUNDA SINIRLI AYNİ HAKLARA EGEMEN OLAN GENEL İLKELER

İrtifak haklarının *ius civile*ce tanınan en eski sınırlı aynı hakları teşkil etmektedir.<sup>3</sup> Dolayısıyla, sınırlı aynı haklara ilişkin ilkeler düzenlenirken, "*servitudes*" üzerinden hareket edilmiştir. Bununla birlikte, bu ilkelerin,

<sup>1</sup> BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1991, s. 702; UMUR, Ziya, *Roma Hukuku, Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi*, İstanbul, 1970, s. 29 (Umumi Mefhumlar); UMUR, Ziya, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş - Kaynaklar - Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi*, İstanbul, 1984, s. 336 (Tarihi Giriş); KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara, 1977, s. 116; ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul, 1989, s. 108, dn. 1; KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, *Roma Hukukunda İntifa Hakkı*, Ankara, 1998, s. 10.

<sup>2</sup> WATSON, Alan, *The Digest of Iustinian, C. 1 ve C. 3*, Philadelphia, 1998.; UMUR, Ziya, *Iustinianus, Institutiones*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1955.

<sup>3</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, *Roma Eşya Hukuku*, 5. Basım, Ankara, 2015, s. 240. (Eşya); KOSCHAKER/ATİYER, 16;, UMUR, 1984, 336.

niteliğine uygun düştüğü ölçüde, tüm sınırlı ayni haklar için uygulama alanı bulacağı düşünülmektedir.<sup>4</sup>

Bu kapsamda karşımıza *nemini res sua servit, servitus servitutis esse non potest, servititus civiliter utendum est, servitus civiliter exercenda est, sacra rerum substantia ve servitus in faciendo consistere nequit* ilkeleri çıkmaktadır.<sup>5</sup>

*Nemini res sua servit*, kimsenin kendi eşyası üzerinde irtifak hakkına sahip olamayacağını ifade eden ilkedir.<sup>6</sup> Nitekim, yukarıda da ifade edildiği üzere, Romalılar sınırlı ayni hakları “*iura in re aliena*”, “başkasının eşyası üzerindeki haklar” olarak adlandırmaktadır. Bu adlandırma, mülkiyet hakkının sahibine şey üzerinde en geniş yetkileri vermesinden kaynaklanmaktadır. Zira, eşyası üzerinde zaten en geniş yetkilere sahip olan malikin, bu yetkilerden bir kısmını ayrıca sınırlı ayni haklar vasıtasıyla kazanabileceği düşünülememektedir.<sup>7</sup>

D. 8. 2. 26.: “... *nulli enim res sua servit*”

D. 8. 2. 26.: “... zira kimse kendi malı üzerinde irtifak hakkına sahip olamaz.”

Bu ilke dolayısı ile, sınırlı ayni hak sahibi kişinin, hakka konu eşyanın maliki haline gelmesi halinde sınırlı ayni hak sona erer. Bununla birlikte, bu ilkenin de, birkaç özel durumla sınırlı olmak üzere, kimi istisnaları mevcuttur.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 14.

<sup>5</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, 15-20; ERDOĞMUŞ, s. 109-111.

<sup>6</sup> BERGER, s. 702; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, Roma Özel Hukuku, Ankara, 2020, s. 711; VOCI, Pasquale, Istituzioni di Diritto Romano, 6. Baskı, Milano 2004, s. 305; MANFREDINI, Arrigo D., Istituzioni di Diritto Romano, 3. Baskı, Torino, 2007, s. 175; GUARINO, Antonino, Diritto Privato Romano, 12. Baskı, 2001, Napoli, s. 707; DALLA, Danilo/LAMBERTINI, Renzo, Istituzioni di Diritto Romano, 3. Baskı, Torino, 2006, s. 274.; ÖCAL APAYDIN, Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara, 2014, s. 91 (İrtifak); ARANGIO - RUIZ, Vincenzo, Istituzioni di Diritti Romano, 14. Baskı, 1991, Napoli, s. 235.

<sup>7</sup> ÖCAL APAYDIN, Bahar, “Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifakların Özellikleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 69, S: 2, Y: 2020, ss. 617-663, s. 631 - 632, 635 (Özellikler).

<sup>8</sup> D.8.1.18, D. 8. 2. 30.1., KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 18, SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 711-712.

*Servitus servitutis esse non potest*, irtifakın irtifakı olmaz anlamına gelmektedir. Daha açık bir ifade ile, bir irtifak hakkı bir başka irtifak hakkına konu edilemez.<sup>9</sup> Bir irtifak hakkı, özünde yalnızca mülkiyet hakkına yüklenebilir; daha azı üzerinde tesisi mümkün değildir.<sup>10</sup>

*D. 33. 2. 1. pr: "Nec usus nec ususfructus itineris actus viae aquaeductus legari potest quia servitus servitutis esse non potest."*

*D. 33. 2. 1. pr: "Usus, ususfructus, iter, actus, viae ya da aquaeductus üzerinde bir hak tesis edilemez çünkü irtifakın irtifakı olmaz."*

*Servitutis civiliter exercenda est* ilkesine göre ise, bir irtifak hakkının kullanılmasında, yükümlü taşınmazın malikine en az rahatsızlık verecek yol tercih edilmelidir. Bunun nedeni, Roma Hukukunda bu tarz sınırlamaların sadece başkasının mutlak bir yararının varlığı halinde söz konusu olabilmesidir.<sup>11</sup> *Servitutibus civiliter utendum est* ilkesi de, esasında *servitus civiliter exercenda est* ile neredeyse aynı amaca hizmet etmektedir. Buna göre, bir kişi, üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olduğu şey üzerinde sınırlı aynı hakkın kendisine tanıdığı yetkileri kullanırken, o şeyin malikinin menfaatini gözetmeli, şeye zarar vermekten kaçınmalıdır.<sup>12</sup>

*D. 8. 1. 9: "Si qui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam nec per medias vines ire agere sinendus est, cum id aquae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut qua primum viam direxisset ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet..."*

<sup>9</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, 18-19; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 712; ERDOĞMUŞ, 111; MANFREDINI, s. 176; DALLA/LAMBERTINI, s. 275.

<sup>10</sup> BUCKLAND, William Warwick, A Manual of Roman Private Law, Cambridge, 1953, s. 155 (Private Law).

<sup>11</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 19.

<sup>12</sup> SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 712; İntifa hakkı kapsamında, bu ilkenin özel bir görünümü olan *salva rerum substantia* karşımıza çıkar. Buna göre, intifa hakkı sahibi, bu hakkını kullanırken malın özüne zarar vermekten kaçınmalıdır, *Ius. Ins. 2. 4. pr., D. 7. 1. 1.: "Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia", Ius. Ins. 2. 4. pr., D. 7. 1. 1.:: "İntifa hakkı, özünü muhafaza etmek kaydıyla başkasına ait malı kullanma ve semerelerinden yararlanma hakkıdır."*

D. 8. 1. 9: "Bir kişiye bir başkasının arazisi üzerinde herhangi bir şart olmadan bir geçit hakkı tanındığı ya da vasiyetle bırakıldığını varsayalım. Bu kişi, arazinin kendi seçeceği herhangi bir yerinden herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın yaya olarak ya da arabayla geçebilir, fakat makul bir şekilde hareket etmek kaydıyla; çünkü genel bir ifade tarzı her zaman bir takım örtülü kısıtlamalara tabidir. Eğer hak sahibi, yükümlü gayrimenkule daha az zarar verecek bir yoldan geçebiliyorsa, yükümlü gayrimenkulün maliki, çiftliğin veya üzüm bağının ortasından geçilmesine katlanmak zorunda değildir. Gerçekten de, haksahibinin, sadece başlangıçta kararlaştırdığı güzergahtan yaya olarak veya arabayla geçmek zorunda olduğu, bunu daha sonra değiştirme yetkisine sahip olmadığı açıktır."

## II. SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT

*Servitus in faciendo consistere nequit*, sınırlı aynı hakların yükümlü taşınmaz malikine aktif olarak bir davranışta bulunma yükümlülüğü getiremeyeceğine, yükümlü taşınmaz malikinin yalnızca yapmama (*non facere*) ya da katlanma (*pati*) yükümlülüğü altında olabileceğine işaret eden temel bir ilkedir.<sup>13</sup> İlkenin taşıdığı anlam, sınırlı aynı hakkın, yükümlü eşyanın malikine bir yapma borcu yükleyemeyeceği, sadece mülkiyete özgü birtakım tasarruflardan, sınırlı aynı hakkın içeriği doğrultusunda kaçınma yükümlülüğü yükleyeceğidir.<sup>14</sup> Bir başka ifade ile, irtifak haklarının kullanılması kapsamında, yükümlü taşınmaz malikini pasif konumda bırakmaktadır. Sınırlı aynı hak, sahibine, yükümlü taşınmaz üzerinde bir şey yapma, taşınmazdan geçme, taşınmaz üzerinde bir şey yapılmasını engelleme yetkileri sağlar. Öte yandan, yükümlü taşınmaz açısından, doğaları gereği "yapmaktan kaçınma" yükümlülüğü getirir<sup>15</sup>, ancak bunu yaparken maliki bu hakkın kullanılması için aktif bir şekilde bir şeyi yerine getirme yükümlülüğüne sokmaz.

<sup>13</sup> BUCKLAND, *Private Law*, s. 155; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 239; ERDOĞMUŞ, s. 243; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 14, 15; MANFREDINI, s. 176; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 712; ÖCAL APAYDIN, *Özellikler*, s. 636-637; ÖCAL APAYDIN, *İrtifak*, s. 94-95; VOICI, s. 305; GUARINO, s. 710-711; DALLA/LAMBERTINI, s. 274; ARANGIO - RUIZ, s. 236.

<sup>14</sup> ERDOĞMUŞ, s. 105; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 15; MANFREDINI, s. 176; ÖCAL APAYDIN, *Özellikler*, 637; BERGER, s. 702

<sup>15</sup> BUCKLAND, *William Warwick, The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge, 1931, s. 155 (Institutions); MANFREDINI, s. 176; UMUR, s. 137.

*D. 8. 1. 15. 1.: "Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat."*

*D. 8. 1. 15. 1.: "Yükümlü taşınmaz malikinın daha güzel bir görüntü yaratmak amacıyla ağaçları kaldırmak ya da aynı nedenle arazideki bir şeyi boyamak gibi bir davranışta bulunma yükümlülüğü altına girmesi, irtifakların niteliğine uygun değildir. O yalnızca bir şeyin yapılmasına katlanmak veya bir davranıştan kaçınmak yükümlülüğü altında olabilir."*

Örneğin, malik, geçit hakkının kullanılmasını engelleyecek şekilde çit çekemez, ancak geçit hakkının daha konforlu şekilde kullanılmasını sağlamak maksadıyla yola taş döşemek gibi bir yükümlülük altına sokulması da mümkün değildir.

Bu ilkenin temellerini, mülkiyet hakkına verilen önemde bulmak mümkündür. Zira Romalı hukukçulara göre, bu ilkeye uygun düşmeyen irtifakların kurulması, son derece önem verdikleri mülkiyet hakkının zedelenmesine, hatta ortadan kalkmasına yol açabilecek niteliktedir<sup>16</sup>. Nitekim, bu ilkeye aykırılık oluşturacak şekilde bir irtifak tesis edilmesi halinde, zaten taşınması üzerinde bir sınırlı aynı hak tesis edilmiş olan malik, bunun üzerine bir de normalde kendisinin iradi şekilde yapmak istemeyeceği türde yükümlülüklerin altına sokulmuş olacaktır ve bu sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlayan mülkiyet hakkının doğası ile örtüşmemektedir. Dolayısıyla, bu ilke ile, yükümlü taşınmaz malikine, yalnızca katlanma ya da yapmaktan kaçınma yükümlülüğü getirilebilir. Bir başka ifade ile, yükümlü taşınmaz malikine, irtifak haklarının kullanılmasında, söz konusu irtifakın gereğince kullanılmasına katlanmak ya da bu irtifakın kullanılmasını engellemekten kaçınmak dışında bir yükümlülük getirilemez. Açıkça anlaşılacağı üzere, bu ilke, yükümlü taşınmaz malikine ek bir yük getirmeyerek ve onu kaçınma yükümlülüğü altına sokarak, hem yükümlü taşınmaz malikini, hem de ittifak hakkı sahibini koruyan bir ilkedir.

<sup>16</sup> SCHULZ, F., Principles of Roman Law, Oxford, 1956, s. 153.

### III. SERVITUS ONERIS FERENDI

İstisnalar, hukuk düzenlerinin her döneminde varlık göstermiş, genel kurala aykırı olmasına rağmen hukuk düzenlerince korunan durumları ifade etmektedir. Romalı hukukçular da bu gibi durumları gözetmiş, genel kurala uygun olmayan ancak hakkaniyet gereği korunması gereken durumları düzenleme altına alarak hukuken korunmasını sağlamışlardır.

*Servitus oneris ferendi*, bir yapının duvarını, komşu taşınmazdaki yapının duvarına dayandırma hakkı veren bir irtifak hakkıdır.<sup>17</sup> Şehir irtifakları arasında yer almaktadır. Yararlanan taşınmaz maliki, duvarını dayandırma hakkından faydalanırken, yükümlü taşınmaz malikine de ilgili duvarı bakımlı tutmak yükümlülüğü getirmektedir.<sup>18</sup>

*Servitus oneris ferendi* kapsamında, yükümlü taşınmaz malikine getirilen bakım ve onarım yükümlülüğünün alt sınırı duvarın hak tesis edilirken mevcut olan durumu ya da buna ilişkin yaptıkları anlaşma ile belirlenmekle birlikte, üst sınırına ilişkin bir serbesti tanınmıştır. Bunun hem mülkiyet hakkı kapsamında hem de hem de irtifak hakkının korunması anlamında anlaşılması oldukça kolaydır. Bunun yanı sıra, duvarın daha kötü hale getirmesi de engellenmektedir. Bunun da anlaşılması kolaydır, duvarın irtifakın kurulduğu zamandaki halinden daha kötü hale getirilmesi, irtifakın kullanılmasını zorlaştıracak ya da belki de imkansız hale getirebilecektir. Bir başka ifade ile, *servitus oneris ferendi* ile, yükümlü taşınmaz malikine, taşınmazın bakımını sağlamak şeklinde getirilen yükümlülüğün yanı sıra, *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesi ile örtüşecek şekilde, taşınmazı daha kötü hale getirmekten kaçınmak yükümlülüğü de getirilmiştir:

D. 8. 5. 6. 5.: “*Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est.*”

<sup>17</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 246; VOGLI, s. 303; MANFREDINI, s. 176; DALLA/LAMBERTINI, s. 275.

<sup>18</sup> BERGER, s. 703; KÜÇÜKGÜNGÖR 15-16.; AKSARAY, Buse, “Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S. 1, Y: 2019, ss. 61-110, s. 88-89; GUARINO, s. 711, 714 - 715; DALLA/LAMBERTINI, s. 275.

D. 8. 5. 6. 5.: “Bu davaya konu edilebilecek tadilatların niteliği irtifakın kurulduğu zamanda belirtilen duruma bağlıdır; örneğin, tadilatın yontulmuş taşla, ya da inşaat taşıyla ya da irtifak kurulurken bahsedilen başka herhangi bir materyalle tadilat yapacağı hususunda anlaşılmış olabilir.”

D. 8. 5. 6. 7.: “*Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriorem si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur.*”

D. 8. 5. 6. 7.: “Elbette ki, yükümlü taşınmaz maliki, duvarı, irtifak hakkı kurulurken sözleşilenden daha iyi hale getirme hususunda özgürdür; ancak eğer daha kötü hale gelmesine neden olursa, bunu yapması ya bu dava ile ya da yeni bir yapı ihtarı ile engellenebilir.”

Bu irtifakın *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesi karşısındaki durumu hususunda Romalı hukukçular arasında bir fikir birliği bulunmamaktadır:

D. 8. 5. 6. 2.: “*Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et gallus putat non posse ita servitutum imponi, ut quis facere aliquid cogentur, sed ne me facere prohiberet: Nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit, sed evaluit servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.*”

D. 8. 5. 6. 2.: “Ayrıca, bir inşaata yaslama hakkı veren, yükümlü taşınmaz malikini desteğin bakımını yapmaya ve binasını irtifak hakkının tanındığı haline onarmaya zorlayan bir irtifak hakkına dayanan bir dava daha açmaya hakkımız var. *Gallus*, bir kişiyi bir şey yapmaya zorlayan, bir irtifakın tesis edilemeyeceğini, ancak onu benim bir şey yapmamı engellemekten alıkoyan bir irtifak tesis edilebileceğini düşünmektedir; gerçekten de, her irtifakta, tadilat yapma yükümlülüğü hak sahibi tarafın görevidir, taşınmazı irtifaka konu olan kişinin değil. Ancak, *Servius*’un belirtilen durumda herhangi bir kimsenin, karşı tarafı, dayanan duvarı desteklemek için, duvarını tamir etmeye zorlayabileceğini iddia edebileceği

görüşü üstün gelmiştir. Öte yandan, *Labeo*, irtifak hakkı ile bağlı olanın bir kişi değil eşya olduğunu, dolayısıyla da malikin eşyayı terk etme öz-gürlüğünün olduğunu ifade etmektedir.”

Buna göre, *Gallus* bu yapma yükümlülüğünün getirilemeyeceğini ifade ederken, *Ulpianus*'un, kabul edildiğini ifade ettiği görüşün sahibi *Servius*'a göre bu yükümlülüğü getirmek mümkündür. *Labeo* ise konuyu bir başka açıdan ele alarak, malikin, mülkiyetin kendisine tanıdığı yetki olan *abususu* kullanabileceğini, bir başka ifade ile, mülkiyet hakkına sahip olması dolayısı ile, binayı terk etme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Özellikle, tadilatı yapılan duvarın, malik açısından anlamlı ve ekonomik değer taşımayan bir duvar olması ihtimali gözetildiğinde, bu düşünceyi anlamak kolaylaşacaktır.

Bir başka hukukçu, *Paulus* da, *servitus oneris ferendi* dolayısı ile, irtifak hakkı sahibinin değil, yükümlü taşınmaz malikin, duvarı, hakkın tesis edildiği andaki haliyle tutmak yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmektedir:<sup>19</sup>

D. 8. 2. 33.: “*Eum debere columnnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet, nam cum in lege aedium ita scriptum esset: “paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit”, satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.*”

D. 8. 2. 33.: “Kolonu yenilemekle mükellef olan kişi, bunun yapılmasını isteyen kişi değil, irtifak hakkı ile yükümlü olan taşınmanın malikidir. Zira irtifakın kurulması sırasında şu şekilde anlaşılmıştır “inşaatın yaslandığı duvar şu an nasılsa o şekilde olmalıdır”, bu sözler duvarın sürekli duvarın varlığının sürekli olması gerekliliği anlamına gelmektedir. Bu sözlerle, muhakkak, sürekli şekilde aynı duvarın var olacağı kastedilmemektedir, ki bu gerçekten mümkün değildir, ancak her zaman ağırlığı desteklemek için bu nitelikte bir duvarın olması gerektiği kastedilmiştir.

<sup>19</sup> ÖCAL APAYDIN, İrtifak, s. 98; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 640.



Benzer şekilde, bir kişi *stipulatio* ile inşaatı yaslamak üzere bir irtifak hakkı kurduğunu varsayalım. Eğer inşaatın yaslandığı, destek sağlayan şey yıkılmışsa, yerine aynı türde bir başkasını zorunludur.”

Tıpkı Romalı Hukukçular gibi, çağdaş hukukçular açısından da bu konuda bir fikir birliğine ulaşamamıştır. Doktrinde bir görüş, bu yükümlülüğün aslında irtifakın özünü teşkil etmediğini, irtifak hakkına bağlı bir yan borç ilişkisi doğurduğunu savunmaktadır.<sup>20</sup> Bu görüşün kabul edilmesi halinde, *servitus oneris ferendinin* içeriği itibariyle *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesine aykırılık teşkil etmediğini söylemek mümkün olacaktır.

Ne var ki, yükümlü gayrimenkul maliki değiştiğinde, bu yükümlülüğün yeni malike karşı da ileri sürülebilmesi için, bunun bir borç ilişkisinden değil aynı haktan kaynaklanıyor olması gerekmektedir. Ancak bunun bir borç ilişkisi doğurduğunu savunan yazarlar, yükümlü gayrimenkul maliki ile irtifak hakkı sahibi arasındaki anlaşmanın, yeni malikle kendidliğinden ve zımni bir şekilde kurulmuş sayılacağı kanaatindedir.<sup>21</sup>

Roma hukukunda hak ve dava ilişkisi çok sıkıdır. Romalı hukukçular, hak kavramını, bu hakları koruyan davalar ile ele almışlardır.<sup>22</sup> Dolayısıyla, Roma hukuku açısından bir kişinin bir hakka sahip olduğunu söyleyebilmemiz için, bir davaya sahip olduğunu söyleyebilmemiz gerekmektedir, zira Roma Hukukunda genel bir dava tanınmamış, her bir hak tek tek bir davaya bağlanarak hukuki koruma sağlanmıştır.<sup>23</sup> Aynı doğrultuda, Romalı hukukçular, davaları, ayni davalar ve şahsi davalar olarak ayırarak değerlendirmişlerdir. Bu doğrultuda, borç ilişkisinden doğan haklarla eşya üzerindeki haklar birbirinden ayrılmıştır.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 16; SCHULZ, s. 384-385; DI MARZO, Salvatore, Çeviren: UMUR, Ziya, Roma Hukuku, İstanbul, 1954, s. 294-295; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 642-643.

<sup>21</sup> BUCKLAND, Private Law, s. 155; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 16.

<sup>22</sup> SCHWARZ, Andreas B., Çeviren: RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, Yedinci Bası, İstanbul, 1965, s. 193.

<sup>23</sup> UMUR, Umumi Mefhumlar, s. 27-28; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Hukuku, Tarihi Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması, Ankara, 2014, s. 118-119, (Roma Hukuku).

<sup>24</sup> UMUR, Umumi Mefhumlar, s. 273.

*Digesta* 8.5.6.3'te, *servitus oneris ferendiden* kaynaklanan yapma yükümlülüğünü yerine getirilmesinin aynı bir dava ile talep edilebileceği ifade edilmektedir.

*D. 8. 5. 6. 3.: "Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio"*

*D. 8. 5. 6. 3.:* "Gerçekten de, bu dava, şahsi bir davadan ziyade aynı bir davadır ve yalnızca yükümlü taşınmaz malikine karşı yararlanan taşınmaz maliki tarafından talep edilebilir, diğer irtifak haklarına ilişkin davaların iddia bölümlerinde olduğu gibi."

Metnin lafzını değerlendirdiğimizde, *servitus oneris ferendi* ile doğan bu yükümlülüğün, diğer irtifaklardan ayrılmadan, aynı bir dava ile talep edilebileceği görülmektedir. Bu durum da, *D. 8. 5. 6. 2.* İle birlikte değerlendirildiğinde, *servitus oneris ferendiye* dayanarak açılacak duvarın tadilatının yapılması, duvarın sağlam ve kararlaştırılmış şekilde tutulması talepli davanın bir aynı dava olması dolayısı ile, bu yükümlülüğün irtifakın özünden kaynaklanan bir yükümlülük olduğunu gösterir niteliktedir.

Ancak doktrindeki bir görüş, burada bir aynı dava tanınmasının dayanağının irtifak hakkını kuran işlem olduğunu, bu metnin *D. 8. 5. 6. 5.* İle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır:<sup>25</sup>

*D. 8. 5. 6. 5.: "Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est."*

*D. 8. 5. 6. 5.:* "Bu davaya konu edilebilecek tadilatların niteliği irtifakın kurulduğu zamanda belirtilen duruma bağlıdır; tarafın yontulmuş taşla, ya da normal inşaat taşıyla ya da irtifak kurulurken bahsedilen başka herhangi bir materyalle tadilat yapacağı hususunda anlaşılmış olabilir."

Buna göre, bu irtifakın kurulurken ayrıca bir anlaşma yapılarak bu yükümlülüğün, yükümlü taşınmaz malikine yüklenmesi, bunun bir yan borç olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, eşyaya bağlı borç

<sup>25</sup> ÖCAL APAYDIN, İrtifak, s. 100; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 642.

kavramının ilk örneklerinden birinin ortaya çıkmaktadır, dolayısıyla *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin bir istisnasını teşkil etmemektedir.<sup>26</sup>

*Servitus oneris ferendinin formulasını* incelediği makalesinde, Segré, öncelikle, metinlerde tadilat yükümlülüğünün kime yüklendiğinin belli olmadığı ya da belki de farklı kişilere yüklendiği kanaatinde olan Beseler'in<sup>27</sup>, duvara ilişkin tadilat yükümlülüğünün, yükümlü taşınmaz malikine ait olmadığı yönündeki görüşünü ele almış<sup>28</sup>, Beseler'in, duvarın tadil edilmesi yükümlülüğünün, yükümlü taşınmaz malikinde olmadığını göstermede başarılı olamadığı kanaatinde olduğunu ifade etmiştir.<sup>29</sup> Özellikle hukukçular arasında bir görüş birliği bulunmamasının doğal olduğu kanaatinde olan Segré<sup>30</sup>, bu metnin *Digesta'nın* derlenmesi sırasında değiştirildiğini<sup>31</sup>, ancak bu derleme yapılırken "*ferre*" mi yoksa "*sustinere*" mi yoksa sadece "*perietem reficere*"ye mi bağlayacakları konusunda bir kafa karışıklığı yaşadıklarını, bunun sonucu olarak da, duvarın isteyerek ya da yaptırım ile eski hale getirilmesinin bir yükümlülük olarak irtifaka bağlandığını ifade etmektedir.<sup>32</sup>

Doktrinde kabul gören diğer bir görüş ise, bu irtifakın *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin istisnasını teşkil ettiği yönündedir.<sup>33</sup> Voci, başka bir açıdan yaklaşarak, yükümlü taşınmaz malikinin ortadan kalmasına müsaade etmesi ihtimalinin gözetilmesi halinde, irtifak hakkını sona erdirmek yetkisinin de yükümlü malikte olacağını belirterek, *servitus oneris ferendinin* ilkenin bir istisnasını teşkil ettiğini ifade etmektedir.<sup>34</sup> Guarino ise, *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin açık bir

<sup>26</sup> ÖCAL APAYDIN, İrtifak, s. 100; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 642.

<sup>27</sup> SEGRÉ, Gino, "La clausola restitutoria nelle azioni 'de vervitutibus' e le formule delle azioni relative alla 'servitus oneris ferendi'", *Bullettino Dell'Istituto di Diritto Romano*, C. 41, Y. 1933, ss. 17-79, s. 54-55.

<sup>28</sup> SEGRÉ, s. 54-61.

<sup>29</sup> SEGRÉ, s. 61.

<sup>30</sup> SEGRÉ, s. 76.

<sup>31</sup> SEGRÉ, s. 76-77; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 641-642.

<sup>32</sup> SEGRÉ, s. 76-77.

<sup>33</sup> ARANGIO - RUIZ, s. 236; MANFREDINI, s. 176; ERDOĞMUŞ, s. 110; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 715.

<sup>34</sup> VOICI, s. 305, dn. 20.

istisnasının *servitus oneris ferendide* görüldüğünü söyledikten sonra, bununla birlikte bu duruma ilişkin doktrinde kabul gören görüşün, bir yan yükümlülük doğurduğu yönünde olduğunu ifade etmektedir.<sup>35</sup>

## SONUÇ

Roma Hukukunda, başkasına ait eşya üzerinde kurulan haklar olarak kavramlaştırılan sınırlı ayni haklara ilişkin olarak, *nemini res sua servit, servitus servitutis esse non potest, servitus civiliter exercenda est, servitus civiliter utendum est ve servitus in faciendo consistere nequit* ilkelerinin uygulama alanı bulduğu görülmektedir.

*Servitus in faciendo consistere nequit*, bir irtifak hakkı dolayısı ile, yükümlü taşınmaz malikinın yalnızca kaçınma ya da yapmama yükümlülüğü altında bulunabileceğini ifade eden bir ilkedir. Buna göre, irtifak hakları dolayısıyla, yükümlü taşınmaz maliki bir yapma yükümlülüğü altına sokulamaz.

*Servitus oneris ferendi*, bir kimsenin inşaatını bir başka inşaata dayama hakkı anlamına gelen bir sınırlı ayni haktır. Bu irtifakın ele alındığı metinler kapsamında, yararlanan taşınmaz malikinın, yükümlü taşınmaz malikinden, inşaatın dayandığı duvarın bakımını yapmasını, duvarın irtifakın kurulduğu andaki ya da anlaşılan şekilde tutmasını bir ayni dava ile talep etmek hakkı bulunmaktadır. Bu irtifakın, *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin bir istisnasını teşkil edip etmediği, Romalı hukukçuların döneminden beri tartışmalıdır. Günümüz hukukçuları da bu konuda bir görüş birliğine varamamıştır. Doktrinde bunun bir yan yükümlülük olduğu, eşyaya bağlı bir borç doğurduğu, bu durumun aslında yükümlü taşınmaz malikinın mülkiyet hakkından kaynaklandığı ve *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin bir istisnasını teşkil ettiği şeklinde farklı görüşler mevcuttur.

<sup>35</sup> GUARINO, s. 711.

## KAYNAKÇA

- AKSARAY**, Buse, "Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları", Süleyman Demirel Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S. 1, Y: 2019, ss. 61 – 110.
- ARANGIO-RUIZ**, Vincenzo, Istituzioni di Diritti Romano, 14. Baskı, Napoli, 1991.
- BERGER**, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1991.
- BUCKLAND**, William Warwick, A Manual of Roman Private Law, Cambridge, 1953.
- BUCKLAND**, William Warwick, The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge, 1931.
- DALLA**, Danilo/**LAMBERTINI**, Renzo, Istituzioni di Diritto Romano, 3. Baskı, Torino, 2006.
- ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Eşya Hukuku, İstanbul, 1989.
- GUARINO**, Antonino, Diritto Privato Romano, 12. Baskı, Napoli, 2001.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Özcan, Roma Eşya Hukuku, 5. Basım, Ankara, 2015, (Eşya).
- KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Özcan, Roma Hukuku, Tarihi Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması, 17. Basım, Ankara, 2014 (Roma Hukuku).
- KOSCHAKER**, Paul/**AYİTER**, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977.
- KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan, Roma Hukukunda İntifa Hakkı, Ankara, 1998.
- MANFREDINI**, Arrigo D., Istituzioni di Diritto Romano, 3. Basım, Torino, 2007.
- ÖCAL APAYDIN**, Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara, 2014.
- ÖCAL APAYDIN**, Bahar, "Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifakların Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 69, S: 2, Y: 2020, ss. 617-663.

**SCHULZ**, F., Principles of Roman Law, Oxford, 1956.

**SCHWARZ**, Andreas B., Çeviren: **RADO**, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, Yedinci Basi, İstanbul, 1965

**SEGRÉ**, Gino, "La clausola restitutoria nelle azzioni 'de vervitutibus' e le formule delle azioni relative alla 'servitus oneris ferendi'", *Bullettino Dell'Istitutio di Diritto Romano*, C. 41, Y. 1933, ss. 17-79.

**SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, Özlem, Roma Özel Hukuku, Ankara 2020.

**UMUR**, Ziya, Iustinianus, Institutiones, İstanbul, 1955.

**UMUR**, Ziya, Roma Hukuku, Tarihi Giriş - Kaynaklar - Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi, İstanbul, 1984, (Tarihi Giriş).

**Umur**, Ziya, Roma Hukuku, Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi, İstanbul, 1970, (Umumi Mefhumlar).

**VOCI**, Pasquale, Istituzioni di Diritto Romano, 6. Basım, Milano 2004.

**WATSON**, Alan, The Digest of Iustinian, Cilt 1 ve Cilt 3, Philadelphia, 1998.

## SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA GÜMÜŞ ÇALIŞANLAR VE ESNEK EMEKLİLİK : FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ ÖRNEĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME VE TÜRKİYE İÇİN GÖZLEMLER

Arş. Gör. Dr. Nazlı SAĞLAM\*

### Öz

Dünya genelinde yaşanan nüfus yaşlanmasının yol açtığı demografik dönüşüm emeklilik sistemlerinin sürdürülebilirliği için sosyal güvenlik hukukunda reform çalışmalarını zorunlu kılmaktadır. Nüfus yaşlanmasının emeklilik sistemi üzerindeki etkisi gümüş çalışan ve esnek emeklilik kavramlarını ön plana çıkarmaktadır. Sürdürülebilir emeklilik sisteminde, kişilerin yaşamını uzatmayı teşvik ederek "esnek emeklilik" reformları ile "kısmi emeklilik", "yarı zamanlı çalışma ve emekli aylığı alma" imkânı getirilmektedir. Gümüş çalışanlar ve esnek emekliliği sosyal güvenlik hukuku sistemlerine entegre etmek için uzun yıllardır önemli adımlar atan ülkelerin başında Federal Almanya Cumhuriyeti gelmektedir. Almanya, ileri yaş grubundaki kişilerin çalışma hayatına katılımı konusunda

\* Arş. Gör. Dr. Yozgat Bozok Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Yozgat, Türkiye | Res. Asst. Dr. Yozgat Bozok University, Faculty of Law, Department of Private Law, Labour and Social Security Law Department, Yozgat, Türkiye.

✉ nazli.saglam@bozok.edu.tr • ORCID 0000-0002-0943-6332.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: SAĞLAM, Nazlı: "Sosyal Güvenlik Hukukunda Gümüş Çalışanlar Ve Esnek Emeklilik : Federal Almanya Cumhuriyeti Örneği Üzerine Bir İnceleme ve Türkiye İçin Gözlemler", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2381-2430.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ciddi ilerleme kaydeden ülkelerden biri olarak gösterilmektedir. Ne var ki sürdürülebilir emeklilik sistemi çalışmalarında yük sigortalı üzerinde bırakılmakta, nadiren de olsa işveren buna ortak edilmektedir. Üçüncü bir aktör olarak devlet de birtakım önlemler alarak sürdürülebilir emeklilik sistemi çalışmalarında rol almalıdır. Ülkemizde de ciddi sorunlar barındıran emeklilik sistemi için konu, karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak güncel tartışmalar ışığında irdelenmelidir.

### **Anahtar Kelimeler**

• Sürdürülebilir Emeklilik Sistemi • Yaşlı Çalışan • Gümüş Çalışan • Esnek Emeklilik • Emeklilik Aylığı

## **SILVER WORKERS AND FLEXIBLE RETIREMENT IN SOCIAL SECURITY LAW: AN EVALUATION ON THE EXAMPLE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY AND OBSERVATIONS FOR TURKEY**

### **Abstract**

The demographic transformation caused by population aging worldwide requires reforms in social security law for the sustainability of pension systems. The impact of population aging on the pension system brings the concepts of silver workers and flexible retirement to the forefront. In the sustainable pension system, 'flexible retirement' reforms are being introduced with the possibility of 'partial retirement', 'part-time work and pensions', encouraging people to extend their working life. The Federal Republic of Germany is one of the countries that have taken important steps for many years to integrate silver workers and flexible retirement into their social security law systems. Germany is considered one of the countries that have made significant progress in the participation of old age groups in working life. However, in sustainable pension system studies, the burden is left on the insured and the employer is rarely made a partner. As a third actor, the state should also play a role in sustainable pension system studies by taking some measures. For the pension system, which has serious problems in our country, the issue should be analysed in the light of current debates by making use of comparative law.

### **Keywords**

• Sustainable Pension System • Older Worker • Silver Worker • Flexible Retirement • Pension Wage



## GİRİŞ

Yaşlılıkta sosyal koruma evrensel bir insan hakkıdır. Devletler bu hakkı yerine getirmekle yükümlüdür. Ne var ki 19. yüzyılın ortalarından bu yana insan ömrünün yaklaşık iki katına ulaşması nüfus yapısında ciddi değişimler meydana getirmiştir. Yaşanan değişimlerin başında yaşlı bireylerin oranının artması gelmektedir. Doğum oranındaki azalma nedeniyle genç bireylerin oranının gerilemesi de demografik değişimin en çarpıcı noktalarından biridir<sup>1</sup>. Dünya genelinde ilk kez 2018 yılında, 65 yaş ve üzeri kişilerin sayısı beş yaşın altındaki çocukların sayısını geçmiştir. 2022 yılı verilerindeyse, 65 yaş ve üzeri nüfusun 1980 yılına göre üç kat arttığı görülmektedir. 2050 yılına gelindiğinde 65 yaş ve üzeri nüfusun beş yaşın altındaki nüfusun iki katına ulaşacağı, 12 yaş altındaki nüfus ile ise neredeyse eşitleneceği öngörülmektedir<sup>2</sup>.

Yaşlanan nüfusa sahip ülkelerin başta emeklilik olmak üzere sosyal güvenlik sistemlerini iyileştirebilmek, kamu programlarını nüfusun değişen yapısına uyarlamak için adım atması gerekmektedir<sup>3</sup>. Zira emeklilik sistemleri 20. yüzyılın başlarında emeklilik döneminde belirli bir süre (ortalama 5 yıl) ikame gelir sağlama amacı ile getirilmiş, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise uzun yıllar boyunca daha cömert faydalar sağlayacak şekilde geliştirilmiştir. Bu gelişim bugünkü demografik dönüşümün hayal bile edilemeyeceği bir dönemde gerçekleştirilmiştir<sup>4</sup>. Dolayısıyla temelde emeklilik<sup>5</sup> ile bağdaştırılan yaşlılıkta sosyal koruma devletlerin “kemer

<sup>1</sup> **KIRKWOOD**,T. B. L., “The Origins of Human Ageing”, *Philosophical Transactions: Biological Sciences C.* 352, S. 1363, 1997, s. 1765.

<sup>2</sup> **UNITED NATIONS**, *World Population Prospects 2022 Summary of Results*, 2022, [https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/wpp2022\\_summary\\_of\\_results.pdf](https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/wpp2022_summary_of_results.pdf) (Erişim Tarihi: 06.06.2024), s. 7.

<sup>3</sup> **UNITED NATIONS**,*World Population Prospects 2022*, s. ii.

<sup>4</sup> **REDAY-MULVEY**, Geneviève,*Working Beyond 60 Key Policies and Practices in Europe*, New York 2005, s. 1.

<sup>5</sup> Öğretide Türk hukukunda, yaşlılığın sigortalanması gereken riski, emekliliğin ise söz konusu riskin gerçekleşmesi durumunu ifade ettiği belirtilmektedir. Bu görüşün sonucunda yaşlılık riskine karşı korunmanın yaşlılık sigortası adı ile bu durum neticesinde bağlanacak aylığın ise emeklilik aylığı olarak ifade edilmesi isabetli bulunmaktadır. Bkz. **BAŞTERZİ**, Fatma,*Yaşlılık Sigortası (Normların Uyumlaştırılması ve Yeniden Yapılandırılması Açısından)*, Ankara2006, s. 35. Ancak uluslararası literatürde İngilizcede “pension system” olarak geçen kavramın Türkçe karşılığı emeklilik olduğu için biz de çalışmamızda emeklilik kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

sıkma” politikalarıyla karşı karşıyadır. Demografik dönüşüm ve mali zorluklarla mücadele edebilmek için; emeklilik yaşının yükseltilmesi, yardım seviyelerinin düşürülmesi, çalışanların ödedikleri primlerin artırılması ve primler ile yardımlar arasındaki bağlantının güçlendirilmesine yönelik reformlar yapmaktadır<sup>6</sup>. İlgili tedbirler emeklilik sistemlerinin sürdürülebilirliğine katkıda bulursa da etkinlikleri sınırlı olup kabul edilebilirlikleri tartışmalıdır. Zira söz konusu tedbirlerin yetersiz emekli aylıkları ve yaşam kalitesinin düşmesi ile sonuçlanma ihtimalleri bulunmaktadır<sup>7</sup>. Bunun yerine sürdürülebilir emeklilik sistemine katkıda bulunabilecek, temelde kişilerin çalışma yaşamını uzatmayı teşvik etmeyi amaçlayan “esnek emeklilik” reformları ile “kısmi emeklilik”, “yarı zamanlı çalışma ve emekli aylığı alma” imkânı getirerek belirli bir yaşın üzerindeki çalışanların işgücü arzını artırabilmek için esnek bir şekilde emekli olabilmelerinin önünün açılması benimsenmektedir<sup>8</sup>.

Söz konusu çalışmalar ışığında sosyal güvenlik hukukunda gümüş çalışanlar ve esnek emeklilik kavramları ön plana çıkmaktadır. Gümüş çalışanlar ve esnek emekliliği sosyal güvenlik hukuku sistemlerine entegre etmek için uzun yıllardır önemli adımlar atan ülkelerin başında Federal Almanya Cumhuriyeti gelmektedir. Almanya, ileri yaş grubundaki kişilerin çalışma hayatına katılımı konusunda ciddi ilerleme kaydeden ülkelerden biri olarak gösterilmektedir<sup>9</sup>. Bu nedenle çalışmamızda sosyal güvenlik hukukunda sürdürülebilir emeklilik sisteminin önde gelen örneği olan Federal Almanya Cumhuriyetinde konu ile ilgili yapılan sosyal

<sup>6</sup> INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION, Adequacy and sustainability of pension systems in the context of demographic ageing, 2019, [https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/adequacy\\_and\\_sustainability\\_of\\_pension\\_systems\\_in\\_the\\_context\\_of\\_demographic\\_ageing\\_en.pdf](https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/adequacy_and_sustainability_of_pension_systems_in_the_context_of_demographic_ageing_en.pdf) (Erişim Tarihi: 06.06.2024), s. 2; EUROFOUND: Extending working lives through flexible retirement schemes: Partial retirement Member, Luxembourg, 2016, s. 3; UGAN ÇATALKAYA, Deniz, “Nüfusun Yaşlanması Yönündeki Demografik Değişimin Sosyal Güvenlik Sistemlerine Etkisi: Endişeler ve Önlemler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024, C. 19, S. 221, s. 775.

<sup>7</sup> EUROFOUND, s. 3.

<sup>8</sup> BÖRSCH-SUPAN, Axel/BUCHER-KOENEN, Tabea/KUTLU-KOÇ, Vesile/GOLL, Nicolas, “Dangerous Flexibility- Retirement Reforms Reconsidered”, Mea Discussion Papers, 2017, s. 2; EUROFOUND, s. 3.

<sup>9</sup> LEIBETSEDER, Bettina, “Country profile – Germany Policies for longer working lives and two good practices”, CBSS Publications, 2022, [https://cbss.org/wp-content/uploads/2022/08/sustainable-working-life\\_country-report\\_germany.pdf](https://cbss.org/wp-content/uploads/2022/08/sustainable-working-life_country-report_germany.pdf) (Erişim Tarihi: 04.10.2024), s. 2.

güvenlik hukuku çalışmalarını inceleyerek konu ülkemiz açısından değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

## I. EMEKLİLİK SİSTEMİNİN SÜRDÜRÜLEBİLİRLİĞİNE YÖNELİK TARTIŞMALAR

Emeklilik sistemlerinin sürdürülebilirliği tartışmaları<sup>10</sup> yaşlanan nüfusun sistem üzerindeki etkisi perspektifinden ele alınmaktadır. Demografik dönüşüm yaşlı bağımlılık oranının (çalışma çağındaki aktif nüfusun yaşlılara oranı) artmasına neden olmuştur. Dünya genelinde, yaşlı bağımlılık oranı Birleşmiş Milletlerin raporuna göre, tüm Dünya’da yaşlı bağımlılık oranı 1990’lı yıllardan beri sürekli artmaktadır. 2021 yılında Dünya’da %17 olan yaşlı bağımlılık oranının 2050 yılında %29’a yükselmesi beklenmektedir<sup>11</sup>. Bu oranın 2075 yılında gelindiğinde ise %58’e ulaşması beklenmektedir<sup>12</sup>. Yaşlı bağımlılık oranındaki yükselme eğiliminin emeklilik sistemleri üzerinde ciddi etkileri bulunmaktadır. Öncelikle çalışma hayatından daha fazla insanın ayrılmakta dolayısı ile sisteme ödenen primler azalmaktadır. Böylece daha az sayıda çalışan daha uzun

<sup>10</sup> Emeklilik sistemi üzerindeki tartışmalar yaşlanma perspektifinden incelendiğinde hem sistemin sürdürülebilirliği hem de yeterliliği dikkate alınarak yapılmalıdır. Zira düşük emekli maaşları ve yetersizliği birçok ülkede halihazırda sorun teşkil etmektedir. Emeklilik sisteminin sürdürülebilirliği çalışmalarında devletler son zamanlarda emeklilik yaşının yükseltilmesi ve erken emekliliğin aşamalı olarak kaldırılması, yardım seviyelerinin düşürülmesi, ödenen primler ile sağlanan yardımlar arasındaki bağın sıkılaştırılması, mesleki ve özel emekliliğe geçiş ve sosyal güvenlik primlerinin artırılması gibi reform adımları atmaktadır. Atılan bu adımlar her ne kadar emeklilik sisteminin sürdürülebilirliğine yönelik olsa da sistemin yeterliliğini tehlikeye atarak yaşlılar için güvenli bir emeklilik sağlamadaki etkinliği azaltmaktadır, bkz. **INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION**, s. 4. Bu nedenle emeklilik sistemlerinin sürdürülebilirliği için reform çalışmaları yapılırken emeklilik aylıklarının yeterliliği noktasında bir denge kurulması gerektiği ifade edilmektedir, bkz. **GORDANA**, Đukić P./**BİLJANA**, Ilić S./**LEPOSAVA**, Jovanović M., “Sustainable and silver economy - focus on pension system”, 10th International Symposium On Natural Resources Management,2020,s. 106. Ancak biz çalışmamızda sadece sürdürülebilirlik tartışmalarını ele alacağız, zira aksi bir durum çalışmanın öngörülemez bir biçimde genişlemesine neden olacaktır.

<sup>11</sup> **UNITED NATIONS**, Leaving No One Behind In An Ageing World, World Social Report 2023, <https://desapublications.un.org/publications/world-social-report-2023-leaving-no-one-behind-ageing-world> (Erişim Tarihi: 27.11.2024), s. 26.

<sup>12</sup> **INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION**, s. 3.

sürelerle, artan sayıdaki emeklilerin aylıklarını finanse etmek zorunda kalmaktadır<sup>13</sup>.

Emeklilik sisteminin finansmanında meydana getirdiği sorunların yanı sıra yaşlı bağımlılık oranı daha fazla yaşlı nüfus anlamına geldiğinden yaşlıların “nasıl yaşlandığı” da sistemin finansmanını dolaylı olarak etkilemektedir. Uzayan yaşam ömrü her zaman sağlıklı yaşlanıldığı anlamına gelmemektedir. OECD ülkelerinde yapılan bir araştırmaya göre, 65 yaşındaki kişilerin ortalama 19,5 yıl daha yaşaması öngörülürken bu yılların sadece 9,4’ünün “sağlıklı” yaşam yılları olarak geçirilmesi beklenmektedir. Dolayısı ile artan yaşlanma emeklilik sistemi üzerinde mali baskı yaratmanın yanı sıra sağlık ve bakım sistemlerine yönelik talepleri de artırmaktadır<sup>14</sup>. Bu durum emeklilik sistemlerinde reform yapılmasını gündeme getirmiştir.

Emeklilik sistemlerinin sürdürülebilirliği yönelik reform çalışmalarının temelini teşkil eden ve “gümüş çalışan” olarak adlandırılan yaşlı nüfusun emeklilik yaşından sonra, bir süre daha çalışma yaşamında kalarak iş gücü piyasasına katılımını artırmayı içermektedir<sup>15</sup>. Aşağıda sürdürülebilir emeklilik sistemi için getirilen önerilerden öncelikle önemli gördüğümüz; yaşlı çalışan, gümüş çalışan ve esnek emeklilik kavramlarını incelemekteyiz.

## II. DÜNYADAKİ DEMOGRAFİK DÖNÜŞÜMÜN ÇALIŞMA HAYATINA YANSIMASI: YAŞLI ÇALIŞAN, GÜMÜŞ ÇALIŞAN VE ESNEK EMEKLİLİK KAVRAMLARI

Yukarıda yer vermeye çalıştığımız demografik dönüşümün sosyal güvenlik hukukunda emeklilik sistemleri üzerindeki etkisini açıklamaya çalıştık. Yaşlanan nüfusun emeklilik sistemleri üzerindeki etkisi, emeklilik sistemlerinin sürdürülebilirliği noktasında bir takım önlemler alıp, politika değişikliğine gidilmesine neden olmuştur. Bu önlemler ve politika değişikliğinin gündeme getirdiği “gümüş çalışan” kavramını aşağıda açıklamaya çalışmaktayız.

<sup>13</sup> INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION, s. 3. Benzer yönde bkz. GHOSHEH JR., N.S./LEE, Sangheon/MCCAN, Deidre, Conditions of work and employment for older workers in industrialized countries: Understanding the issues, International Labour Organization, Geneva 2006, s. 3-6.

<sup>14</sup> INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION, s. 3.

<sup>15</sup> GHOSHEH JR./LEE/MCCAN, s. 6.

## A. Yaşlı Çalışan Kavramı

### 1. Genel Olarak

İşgücünün yaşlanması 21. yüzyılın en önemli sosyal sorunlarından biridir<sup>16</sup>. Ancak kimin “yaşlı” çalışan olduğunu veya kimin olmadığını belirlemek çok zordur<sup>17</sup>. Yaşlı çalışanlar tanımlanırken nedeni bilinmemekle beraber belirli bir yaş aralığı esas alınmasına karşın üzerinde tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir çalışanın “yaşlı”<sup>18</sup> olarak tanımlanması olumsuz sonuçlara yol açabileceğinden<sup>19</sup> kronolojik olarak belirli bir yaşın belirlenmesinden daha iyi bir tanımlamaya ihtiyaç duyulmaktadır<sup>20</sup>.

“Yaşlı çalışan” kavramı üzerinde mevcut fikir birliği eksikliği, yalnızca araştırmacılar için değil, aynı zamanda politika yapıcılar ve karar

<sup>16</sup> MCCARTHY, Jean/HERATY, Noreen/CHRISTINE, Cross/CLEVELAND, Jeanette, “Who is considered an ‘older worker’? Extending our conceptualisation of ‘older’ from an organisational decision maker perspective”, *Human Resource Management Journal*, C. 24, S. 4, 2014, s. 374.

<sup>17</sup> PITT-CATSOPHES, Marcie/SMYER, Michael A., “How old are today’s older workers?”, *The Center on Aging and Work/Workplace Flexibility*, Issue Brief 04, 2006, s. 2.

<sup>18</sup> Yaşlılık ve yaşlanma kavramları ile yaşlılığın başlangıcı üzerinde uzlaşmış bir tanım bulunmamaktadır. Yaşlılık bir dönemi işaret ederken yaşlanma kişinin hayatındaki bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaşlılığın tanımlanmasında yaşanan zorluğun nedeni yaşın, kişiye, kültüre, cinsiyete ve yaşanan ülkeye özgü bir kavram olmasıdır. Yaşlılığın başlangıcı da aynı nedenlerle yeknesak bir kronolojik yaşın belirlenmesini mümkün kılmamaktadır. Emeklilik ile ilişkilendirilerek yaşlılığın başlangıcı 65 yaş olarak gösterilse de Dünya Sağlık Örgütü gelişmemiş ülkelerde 65 yaş sınırının daha düşük olabileceğini ifade ederek kimi zaman elli ve üzerindeki yaşlılığın başlangıcı olarak kabul etmektedir, **WORLD HEALTH ORGANIZATION**, *Men, ageing and health : achieving health across the life span*, Geneva 2001, [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/66941/WHO\\_NMH\\_NPH\\_01.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/66941/WHO_NMH_NPH_01.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y), (Erişim Tarihi: 26.06.2024), s. 10.

<sup>19</sup> Yaşlı çalışanlara yönelik önyargılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GOVERNMENT OF ALBERTA: HUMAN RESOURCES AND EMPLOYMENT SAFE AND HEALTHY**, *A Guide to Managing an Aging Workforce*, Alberta 2006, <https://open.alberta.ca/dataset/08869008-73bf-47ac-8021-923d98f5953f/resource/1d3936f5-49b8-49c4-aeff-6ab757319fe5/download/3531406-2006-safe-and-healthy-guide-to-managing-aging-workforce.pdf> (Erişim Tarihi: 26.06.2024), s. 5-7.

<sup>20</sup> SCHALK, René/VAN VELDHoven, Marc/DE LANGE, Annet/DE WITTE, Hans, “Moving European research on work and ageing forward: overview and agenda”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, C. 19, S. 1, 2010, s. 88.

vericiler için de bir sorun teşkil etmektedir. Zira mevcut ve gelecekteki yaşlı çalışanların sayısını belirlemeye yönelik herhangi bir girişim için öncelikle “yaşlı çalışanların” kim olduğu tespit edilmelidir<sup>21</sup>. Yaşlılık ve yaşlılığın başlangıcı noktasında süregelen tartışmalar yaşlı çalışanları tanım-larken de yaşanmaktadır. Genel olarak 55 yaş ve üzerindeki işgücü yaşlı olarak kabul edilse de<sup>22</sup> bu yaş aralığı hakkında net bir fikir birliği yok-tur<sup>23</sup>. Görüldüğü üzere aslında yaşlı çalışan kavramının tanımı yapılmamakta sadece kronolojik yaştan hareket edilmektedir. Bunun nedenleri arasında kronolojik yaşın kolayca ölçülebilmesi, zaman içindeki değişimle (yani aylar veya yıllar) aynı temel metriğe dayanması, kurumsal uygulayıcılar ve politika yapıcılar tarafından yaygın olarak kullanılması gösterilmektedir<sup>24</sup>. Ne var ki “yaşlı çalışanı” tanımlayacak yerleşik bir kronolojik yaşın olduğundan söz edilemez<sup>25</sup>. Bunun yerine konunun “değişken bir süreç” olarak ele alınması gerekmektedir<sup>26</sup>. Biz de aşağıda öğ-retidedeki görüşlere yer vererek yaşlı çalışan kavramını incelemekteyiz.

<sup>21</sup> MCCARTHY/HERATY/CHRISTINE/CLEVELAND, s. 376.

<sup>22</sup> SAMORODOV, Alexander, Ageing and labour markets for older workers, Geneva 1999, [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed\\_emp/documents/publication/wcms\\_120333.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/documents/publication/wcms_120333.pdf). (Erişim Tarihi: 27.06.2024), s. 11; HARASTY, Claire/OSTERMEIER, Martin, Population Ageing: Alternative measures of dependency and implications for the future of work, ILO Working Paper 5, Geneva 2020, [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed\\_emp/documents/publication/wcms\\_747257.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/documents/publication/wcms_747257.pdf) (Erişim Tarihi: 27.06.2024), s. 8.

<sup>23</sup> İşgücü piyasasına katılımdaki düşüşlerin birçok ülkede özellikle 55 yaş üstü çalışanlar arasında belirgin olması nedeniyle bu yaş kriteri esas alınmaktadır. Öte yandan, emeklilik reformları ve emeklilik hakkındaki tartışmalara bakıldığında, 65 yaş ve üzerinelere vurgu yapma eğiliminde olduğu görülmektedir. Bu da birçok ülkede ilgili yaşta yürürlüğe giren yasal emeklilik hükümleriyle büyük ölçüde örtüşmektedir. Bunun yanı sıra kimi zaman 45 yaş da yaşlı çalışanı tanımlarken dikkate alınmaktadır, bkz. MCCARTHY/HERATY/CHRISTINE/CLEVELAND, s.376.

<sup>24</sup> HERTEL, Guido/ZACHER, Hannes, Managing The Aging Workforce, Anderson, Neil/ Ones, Deniz S./Viswesvaran, Chockalingam/Kepir Sinangil, Handan (Editörler), Handbook of Industrial, Work, & Organizational Psychology, 2nd Ed., Volume 3, London 2018, s. 23.

<sup>25</sup> HEDGE, Jerry W./BORMAN, Walter C., Employee Age and Performance in Organizations, Shultz, Kenneth S./Adams, Gary A. (Editörler), Aging and Work in the 21st Century, 2nd Ed., Routledge, New York 2019, s. 124; MCCARTHY/HERATY/CHRISTINE/CLEVELAND, s. 376.

<sup>26</sup> HERTEL/ZACHER, s. 24.

## 2. Tanım

Yaşlı çalışan kavramında öğretide üzerinde uzlaşmış bir tanım yoktur. Ancak genel olarak emeklilik planı yapmaya başlayanlar bu kapsamda algılanmakta, çalışma hayatının sonuna yaklaşılması yaşlılık işareti olarak görülmektedir. Ancak günümüzde kişiler 60'lı hatta 70'li yaşlarında, emekli olduktan sonra bile çalışmaya devam etmektedir. dolayısı ile kişinin ne zaman yaşlı çalışan statüsüne geçtiği artık net değildir<sup>27</sup>.

Öğretideki bir görüşe göre; yaşlı çalışanların tanımlanabilmesi için birden fazla noktaya değinilmesi gerekir. Bu bağlamda “korunması gereken bir grup”, “halkın yaşlanma algısı”, “kişinin olduğu değil hissettiği yaş”<sup>28</sup>, “emeklilikten faydalanabilme”<sup>29</sup> “hayat tecrübesi ve bağlam konusu”<sup>30</sup> ve son olarak “akademik ve profesyonel bakış açısının”<sup>31</sup> dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.

<sup>27</sup> PITT-CATSOPHES/SMYER, s. 1.

<sup>28</sup> Psikolojik yaş, kişinin olduğu değil hissettiği yaş olarak da tanımlanmaktadır. İnsanlar günümüzde hem daha uzun süre yaşamakta hem de sağlıklı yaşlanabilmektedir. Dolayısı ile ileri yaştaki kişilerin işgücüne katılımı artmaktadır. Fiziksel aktiviteyi gerektiren işlerin de azalması ile ileri yaştaki kişilerin çalışma hayatında daha uzun süre kalabilmesi mümkün hale gelmiştir. Yaşlı çalışanların sağlığı ve istihdamı konusunda aldıkları kararlarla ilgili olarak son 50 yılda bu iki önemli dönüşüm göze çarpmaktadır. Bu bağlamda günümüzde yaşlı çalışanların çalışma hayatında eskiye nazaran daha uzun süre kaldıkları ifade edilmektedir, bkz. SCHULTZ, Kenneth S./ADAMS, Gary A., Introduction and Overview, Schultz, Kenneth S./Adams, Gary A. (Editörler), Aging and Work in the 21st Century, 2nd Ed., New York 2019, s. 5-6; PITT-CATSOPHES/SMYER, s. 3.

<sup>29</sup> Bilindiği üzere pek çok ülkede emeklilik yaşı 65'tir. Emeklilikten faydalanabilme yaşı, yaşlı çalışanlar üzerindeki bakış açımızı etkilemektedir. Sonuç olarak emeklilik yaşının artırılmasının, yaşlı çalışanların işgücüne katılımının artmasına neden olduğu ifade edilmektedir, PITT-CATSOPHES/SMYER, s. 3.

<sup>30</sup> Çalışanların yaşları, bireysel yaşam öyküleri, aile “evresi” ile kariyer ve iş deneyimleri arasındaki ilişkilere ilişkin algıları, benlik algılarını etkileyebilir. Yaşlı çalışanlar tanımlamaya yönelik bir yaşam seyri perspektifi, bir kişinin yaşam olaylarının ve bağlamlarının hesaba katılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. MARSHALL, Victor W./MUELLER, Margaret M., Rethinking Social Policy for an Aging Workforce and Society: Insights from the Life Course Perspective, Canadian Policy Research Networks Inc., CPRN Discussion Paper Iss. W118, 2002, s. 1-57.

<sup>31</sup> Araştırmacıların, politika analistlerinin ve yaşlı çalışan hakları savunucularının, yaşlı çalışan kavramını açıklığa kavuşturmaya çalışırken farklı yaş kriterlerinden faydalandıkları görülmektedir. Zira “Kimin yaşlı olduğu” kültürler, tarihsel dönemler ve çalışma hayatındaki sektörler arasında büyük farklılıklar gösterir. Örneğin bilişim sektöründe çalışanların çocuğu varsa yaşlı olarak algılandıkları tespit edilmiştir. Yine

Yaşlı çalışan kavramında, yaşın, biyolojik yaşla ilgili değil, yaşam süresinin çeşitli noktalarında çalışanların karşılaştığı endişelerle ilgili olduğu ve yaşın tek başına ilgili terimi tanımlayıcı özelliği olmayabileceği isabetle belirtilmektedir<sup>32</sup>. Yine kavram ifade edilirken sıklıkla başvuru olan “emeklilik” kriteri modası geçmiş bir bakış açısı olarak görülmektedir<sup>33</sup>. Ne var ki öğretilerdeki bir görüşe göre yaşlı çalışan; yaş itibari ile çalışma çağının son evresindeki kişilerdir<sup>34</sup>. Söz konusu yaklaşıma benzer biçimde çalışma çağındaki nüfusu tanımlamada kullanılan 15-64 yaş aralığından yaşlı çalışanı tanımlamakta yararlanılmaktadır. Sosyal güvenlik yardımlarına hak kazanma ve emeklilik politikaları çerçevesinde benimsenen 65 yaştan hareketle yaşlı çalışanlar; 65 yaşında olup emekliliğe hak kazanmış ancak emekliliği reddetmiş ve emekli olup çalışmaya devam edenler şeklinde de tanımlanmaktadır<sup>35</sup>.

Aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere günümüzde, kişilerin emekli olduktan sonra çalışmaya devam etmesi yaygınlaşmıştır. Ülkeler sürdürülebilir emeklilik sistemi için kişilerin emekli olduktan sonra da çalışma hayatında yer almasını teşvik etmektedir. Bu teşvikin dışında halihazırda demografik dönüşüm nedeni ile “yaşlı çalışanlar”ın işgücünde daha uzun süre yer aldığı, mevcut emeklilik yaşlarının ise pek çok ülkede yükseltilmeye çalışıldığı göz önüne alındığında “çalışma çağının son ev-

---

bale dansçıları ve profesyonel sporcular 20’li veya 30’lu yaşlarında yaşlı kabul edilebilirken pilotlar 50’li yaşlarında yargıçlar ise 80’li yaşlarında “yaşlı” olarak algılanmaktadır. Bkz. **PITT-CATSOPHES/SMYER**, s. 4.

<sup>32</sup> **ROCCO**, Tonette S./**STEIN**, David/**LEE**, Chan., “An Exploratory Examination of the Literature on Age and HRD Policy Development”, *Human Resource Development Review*, C. 2, S. 2, 2003, s. 165.

<sup>33</sup> Günümüzde yaşlı çalışanların emeklilik planları ve emekli olduktan sonra boş zamanlarını nasıl geçireceğine ilişkin çözüm bulma çabasından ziyade istihdama yeniden kazandırılması üzerinde durulmaktadır. Konuya bireysel açıdan yaklaşıldığında, emeklilik yaşı gelmiş pek çok işçinin çeşitli sebeplerle emekliliğe hak kazanamayabileceği ya da kazansa bile yaşam standartlarını koruyamamasının olasıdır. Bu nedenle, sağlık, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara dayalı olarak yaşlı çalışanların emekli olmanın yanı sıra, işyerinde kalmaya devam etme, geri dönme gibi eğilimleri de vardır, Ayrıntılı bilgi için bkz. **ROCCO/STEIN/LEE**,s. 165-166; **SCHALK/VAN VELDHOVEN/DE LANGE/DE WITTE**, s. 86.

<sup>34</sup> **ARICI**, Kadir, “Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Yeni Bir Sorun: Yaşlı İşçiler”, Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 932.

<sup>35</sup> Söz konusu bilgiler için bkz. **ÖKTEM ÖZGÜR**, Ayşenur, Yaşlı İstihdamının Sosyo-Psikolojik Analizi, Ankara 2021, s. 52.



resindeki kişiler” yaklaşımının yaşlı-gümüş çalışan ayrımını belirsizleştireceği kanaatindeyiz. Bunun yanı sıra salt bir kronolojik yaşı esas alarak tanım yapmaktan da kaçınılmalıdır. Ancak yine de çalışma konumuz özelinde yaşlı çalışan-gümüş çalışan ayrımını ortaya koyarken “emeklilik” bizim için de kavramları ayıran bir sınır olacaktır.

Tüm bu açıklamalar ve tartışmalar çerçevesinde bir tanım yapmamız gerekirse, yaşlı çalışanları, kronolojik yaşının ilerlemesi sonucunda çalışma hayatlarındaki görevlerini yerine getirmesinin fiziksel ve zihinsel yönden etkilendiği, çalışma hayatında geçirdiği sürenin uzunluğuna yani görev süresine, bugünkü kariyer seviyesine bakıldığında kariyerinin zirvesine ulaştığı ve emekliliğe hak kazanmaya yaklaştığı kanaatine varılabilecek çalışanlar şeklinde ifade edebiliriz.

## B. Gümüş Çalışan Kavramı

Gümüş çalışan kavramı en yalın hali ile emeklilik olduktan sonra veya emekli olabilme şartlarını yerine getirmesine karşın emekliliğini erteleyip çalışmaya devam edenleri ifade etmektedir<sup>36</sup>. Ancak gümüş çalışan kavramının yaşlı çalışandan farkını ortaya koyabilmek ve kavramı daha iyi açıklayabilmek için emeklilerin, emekli olduktan sonra çalışması gerektiği yönünde yaygınlaşan kabulün nedenleri incelenmelidir. Aşağıda öncelikle emeklilik sonrası dönemde çalışılması yönündeki hâkim görüşün nedenlerine değinildikten sonra gümüş çalışan kavramı ve kapsamı detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılacaktır.

### 1. Çalışma Hayatının Uzaması: Emeklilik Sonrası Dönemde Çalışmak

Emeklilik sistemlerindeki reform çalışmalarına baktığımızda konunun ilk olarak 1990’lı yıllarda Avrupa Komisyonu tarafından, üye ülkelere “yaşlıların” işgücü piyasasına katılmalarını artırmayı ana hedef olarak

<sup>36</sup> Benzer yaklaşımlar için bkz. **DELLER**, Jürgen/**LIEDTKE**, Patrick M./**MAXIN**, Leena M., “Old-Age Security and Silver Workers: An Empirical Survey Identifies Challenges for Companies, Insurers and Society”, The Geneva Papers, S. 34, 2009, s. 138. Literatürde gümüş çalışan kavramı tanımlanırken “çalışma” terimi ile hem ücret karşılığı hem de ücret karşılığı olmaksızın gönüllü olarak yapılan çalışmaları kapsayacak şekilde geniş bir kullanım söz konusudur, bkz. **DELLER**/**LIEDTKE**/**MAXIN**, s. 138. Bunun yanı sıra çalışmamızda özellikle “gümüş çalışan” ifadesi tercih edilmiş, “gümüş işçi” kullanımından kaçınılmıştır. Zira gümüş çalışan kavramı ile hem bağımsız çalışanlar hem memurlar hem de işçiler kastedilmektedir. Emekli olanların emeklilik döneminden sonra çalışmaya devam etmesinin tartışıldığı çalışmamızda kavramın salt işçilerle sınırlı tutulmaması için böyle bir tercih yapmış bulunmaktayız.

belirlemesiyle gündeme gelmiştir. Yaşlıların işgücü piyasasına katılımının artırılması çabasının akabinde “aktif yaşlanma” kavramı yaygınlaşmıştır<sup>37</sup>.

Avrupa Komisyonunun emeklilik sistemlerindeki reform teşvikinden evvel 1980’li yılların sonlarına doğru Cenevre Derneği’nin Uluslararası Sigorta Ekonomisi Araştırmaları bölümü tarafından “Dört Sütun” isimli bir araştırma programı geliştirilmiştir. Program temelde; ilk olarak kademeli emeklilik sistemi konusunda farkındalık yaratmayı, ikinci olarak ise resmi emeklilik yaşından sonra (erken emeklilik söz konusu ise daha erken bir yaşta) çalışmaya devam etmenin teşvikini amaçlamaktaydı. Çalışma konumuzla ilgili olarak, derneğin emeklilik sonrası dönemde çalışma hayatına devam edilmesi yaklaşımı emeklilik sistemlerindeki emeklilik yardımları (1. sütun), mesleki emeklilik (2. sütun) ve şahsi varlıklara (3. sütun) ek 4. sütun olarak yer almasının öngörüldüğü bir fikir olarak önerilmiştir<sup>38</sup>. Yaşlıların daha doğru bir ifade ile emeklilerin emekli olduktan sonra çalışmaya devam etmesi fikri söz konusu araştırma programı çerçevesinde gündeme gelmiştir.

Emeklilikten sonra çalışmanın gerekliliği öncelikle tüm Dünyanın içerisinde bulunduğu demografik dönüşüm ile ilişkilendirilmektedir. Demografik dönüşümde ilk olarak artan yaşam beklentisi vurgulanmaktadır. Bunun yanı sıra hastalıkların etkisinin azalmasıyla kişilerin yaşamlarındaki “iş göremez” yıllarının azalması ancak emeklilikte geçirilen sürenin eskisine göre neredeyse iki katına çıkması uzun süreli emeklilik dönemlerinin nasıl finanse edileceği tartışmalarını doğurmuştur. Demografik dönüşümde en çok vurgulanan bir diğer husus “baby boomer” olarak adlandırılan, İkinci Dünya Savaşı’nın sonunda, 1950’li yıllarda doğan ve günümüzde emekli olan kuşağın emeklilik sistemi üzerindeki etkilerinin 2005-2030 yılları arasında pek çok ülkede görülmeye başlamasıdır. Zira bu kuşağın emekli olması, artan yaşam beklentisi ve azalan genç nüfus birleştiğinde emekli sayısının işgücüne katılanlarının sayısını aşmasıyla sonuçlanacağı endişesini doğurmuştur<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> REDAY-MULVEY, s. 4.

<sup>38</sup> REDAY-MULVEY, s. 4. Benzer bir görüş için bkz. DELLER/LIEDTKE/MAXIN, s. 137-138.

<sup>39</sup> REDAY-MULVEY, s. 11-17. Benzer yöndeki endişeler için bkz. PIMPERTZ, Jochen/STETTES, Oliver, “Silver Worker: Beschäftigung jenseits der Regelaltersgrenze aus Arbeitnehmer und Arbeitgeberperspektive”, IW-Trends-Vierteljahresschrift zur empirischen Wirtschaftsforschung, C. 47, S. 2, 2020, s. 44.

Demografik dönüşümün ardından emeklilik sonrası dönemde çalışmanın gerekliliğinin nedenlerinden bir diğeri “toplumsal değişim ve yeni imkanlar” olarak gösterilmektedir. Toplumsal değişim ve yeni imkanlar; yeni yaşam döngüsü, yaşam boyu eğitim ve öğretim, yeni yaşlılık tanımı, aktif yaşlanma ve çalışma ile emeklilik arasında geçiş ihtiyacının olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>40</sup>. Emeklilikten sonra çalışmanın gerekliliğinde ekonomik kısıtlamalar ve refah reformları da ayrı bir neden olarak ele alınmaktadır. Yaşlanan nüfusun başlıca ekonomik etkileri; işgücünün daralması ve yaşlanması, üretimdeki olası değişiklikler, kamu emeklilik harcamalarındaki artış ve bireysel tasarruf davranışlarındaki olası değişiklikler olarak sıralanmaktadır<sup>41</sup>.

Emeklilik sonrasında çalışmanın gerekliliğinin üçüncü nedeni istihdam değişiklikleri ve imkânları üzerinden değerlendirilmektedir. İstihdamda yaşanan değişimlerin, esnek çalışma modellerinin önemi vurgulanarak 60 yaş ve üzerindeki kişilerin çalışabilmesi için çok elverişli olduğu ifade edilmektedir<sup>42</sup>.

Özetleyecek olursak 1980’li yıllardan itibaren yaşanan gelişmeler dikkate alındığında emeklilik sisteminin günümüzdeki yaşam süresi düşünülerek tasarlanmadığı ve bu nedenle ciddi bir reform çalışmasının gerekliliği tartışılmaktadır. Sürdürülebilir bir emeklilik sistemi için ise kişilerin yaşam süresi, insanların daha sağlıklı yaşlanması, emeklilik döneminin uzaması ve bunun doğurduğu finansal baskı, daha çok emekli ancak daha az çalışanın varlığı ve emekli olan kişilerin emeklilik sonrası dönemde çalışmaya devam edebilecekleri esnek çalışma modellerinin yaygınlaşması üzerine emeklilerin çalışmayı sürdürmesi önerilmektedir. Aşağıda bu önerinin günümüzdeki güncel yansımalarının meydana getirdiği “gümüş çalışan” kavramını açıklamaya ve kapsamını ortaya koymaya çalışacağız.

<sup>40</sup> REDAY-MULVEY, s. 21.

<sup>41</sup> REDAY-MULVEY, s. 41.

<sup>42</sup> REDAY-MULVEY, s. 57-58.

## 2. Gümüş Çalışanın Tanımı ve Kapsamı

Emeklilik sonrasında çalışmaya devam eden kişilere yönelik çalışmaların Almanya, İsveç, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde gerçekleştirildiği görülmektedir<sup>43</sup>. Literatürde emeklilik sonrası dönemde çalışanlar için Amerika’da “köprü istihdam (*bridge employment*)”<sup>44</sup> Almanya’da ise “gümüş çalışan” terimi kullanılmaktadır. Köprü istihdam ile emeklilik yaşından sonra çalışmanın geçişken ve tek yönlü bir süreç olması kastedilirken gümüş çalışan kavramının belirli bir yaşın üzerine atıf yaparak aslında üstü kapalı bir normatif değerlendirme içerdiği belirtilmektedir<sup>45</sup>.

Gümüş çalışan kavramı ilk olarak Almanya’da, aktif emeklileri başka bir deyişle emekli olduktan sonra ücretli veya gönüllü (ücret karşılığı olmaksızın) çalışmaya devam eden kişileri ifade etmek için kullanılmıştır<sup>46</sup>. Ne var ki Almanya’da, emekli olduktan sonra çalışma olumlu bir durumdan ziyade “*emeklilik dünde kaldı, artık düşene kadar çalışmak emeklilerin modern kaderi*” olarak nitelendirilerek olumsuz yönüne vurgu yapılmakta ve emeklilerin düşük emekli aylıkları nedeni ile çalışmak zorunda kaldıkları ifade edilerek konu tartışılmaktadır<sup>47</sup>. Bunun yanı sıra çalışma çağındaki nüfusun azalması nedeni ile emeklilik sonrası dönemde kişilerin çalışmaya devam etmesinin önemi üzerinde durulmaktadır<sup>48</sup>. Literatürde ise emeklilik sonrası dönemde çalışmaya devam etmenin nedenleri; kişisel, sosyal, finansal veya üretken olmak üzere dört başlık altında açıklanmaktadır. Kişisel nedenler, refahın ve öz saygının art-

<sup>43</sup> PLATTS, Loretta G./IGNATOWICZ, Agnieszka/WESTERLUND, Hugo/RASOAL, Dara, “The nature of paid work in the retirement years”, *Ageing & Society*, S. 43, 2023, s. 1311.

<sup>44</sup> MAXIN, Leena/DELLER, Jürgen, “Activities in retirement: Individual experience of Silver Work”, *Comparative Population Studies*, C. 35, S. 4, 2011, s. 805.

<sup>45</sup> SCHERGER, Simone/HAGEMANN, Steffen/HOKEMA, Anna/LUX, Thomas, *Between privilege and burden: Work past retirement age in Germany and the UK*, ZeS-Arbeitspapier, S. 04/2012, Universität Bremen, Zentrum für Sozialpolitik (ZeS), Bremen 2012, s. 17.

<sup>46</sup> DELLER/LIEDTKE/MAXIN, s. 137.

<sup>47</sup> SCHERGER/HAGEMANN/HOKEMA/LUX, s. 8. Benzer yönde bkz. HESS, Moritz, “Retirement Expectations in Germany – Towards Rising Social Inequality?”, *Societies*, C. 8, S. 50, 2018, s. 4.

<sup>48</sup> MAXIN/DELLER, s. 807.

ması ve bunun yanı sıra yaşlılar için zihinsel ve fiziksel olarak aktif kalmanın önemi olarak belirtilmektedir. Sosyal nedenler, emeklilik sonrası dönemde sosyal hayattan uzaklaşmamak için yaşlıların başkaları ile olan etkileşimlerinin devamlılığının sağlanması, emekliliğe geçişteki yaşam koşullarının dramatik olarak değişmesi gibi zorlukların önlenmesi şeklinde açıklanmaktadır<sup>49</sup>. Finansal nedenler ise emeklilik döneminde edinilen sabit bir gelir ve daha düşük yaşam standardı ile ilişkilendirilmektedir<sup>50</sup>. Üretken nedenler, deneyim ve bilgi birikiminin genç meslektaşlarla paylaşılması, bilgi birikiminin bir sonraki nesle aktarılma isteği şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>51</sup>.

Almanya’da gümüş çalışanlar tanımlanır ve kapsamı belirlenirken kronolojik olarak belirli bir yaş esas alınmamaktadır. Zira gümüş çalışan tanımında önemli olan nokta emekli olduktan sonra çalışma hayatında kalmaya devam etmenin sürdürülebilir emeklilik sistemi içerisindeki yerini tartışmaktır. Şayet bir yaş sınırı getirilerek 65 yaş ve üzerinde olup çalışmaya devam edenler gümüş çalışandır şeklinde bir tanımlamaya gidilirse gümüş çalışan kavramının kapsamı sınırlandırılmış olur. Bunun ilk nedeni, kişilerin yasal emeklilik yaşına ulaşmasıyla emekli oldukları varsayımının bizi yanılgıya düşürecek olmasıdır. Çünkü emekli olmak sadece belirlenen yaş sınırına ulaşmakla kazanılacak bir hak değildir, ülkeden ülkeye değişmekle beraber belirli bir sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının tamamlanması da emeklilikte aranan şartlardandır. Bunun yanı sıra ikinci olarak bazı hallerde yasal emeklilik yaşından evvel kişiler emekliliğe hak kazanabilmektedir. Zira “erken emeklilik” veya “kolaylaştırılmış istisnai hallerde” kişiler emekliliğe hak kazanmak için kural olarak belirlenen şartlardan farklı birtakım koşulları yerine getirerek emekli olabilmektedir. Hal böyle iken 65 yaşından daha erken bir yaşta emekliliğe hak kazanmış kişileri gümüş çalışan kapsamının dışında bırakmak kavramın kapsamını sınırlandıracaktır. Bu nedenle belirli bir kronolojik yaşın üzerinde olup çalışmaya devam edenlerin gümüş çalışan olarak tanımlanması kanaatimizce isabetsizdir. Nitekim Almanya’da da

<sup>49</sup> DELLER/LIEDTKE/MAXIN, s. 142.

<sup>50</sup> PLATTS/IGNATOWICZ/WESTERLUND/RASOALS. 1311. Benzer yönde bkz. SCHERGER/HAGEMANN/HOKEMA/LUX, s.8; PIPERTZ/STETTES, s. 46.

<sup>51</sup> SCHERGER/HAGEMANN/HOKEMA/LUX, s. 12.

gümüş çalışan kavramı “emekli olduktan sonra çalışmaya devam eden (ücretli veya ücretsiz olarak) kimseleri” kapsamaktadır<sup>52</sup>.

Burada önemle vurgulamak gerekir ki sadece emekli olduktan sonra çalışmaya devam edenler değil, emekli olabilmek için aranan şartları yerine getirmesine karşın emekliliklerini erteleyip çalışmaya devam edenlerin de gümüş çalışan olarak adlandırılması isabetli olacaktır. Zira aşağıda Alman sosyal hukukundaki esnek emeklilik sistemini incelerken değineceğimiz üzere, Almanya’da sigortalılar emeklilik başlangıçlarını erteleyerek emekli olmayıp çalışmaya devam edebilmektedir. Dolayısı ile gümüş çalışan; en yalın hali ile emekli olduktan sonra veya emekli olabilmek şartlarını yerine getirmesine karşın emekliliğini erteleyip çalışmaya devam edenleri ifade etmektedir.

Bu noktada gümüş çalışan ile yaşlı çalışan arasındaki fark netleşmektedir. Yaşlı çalışan belirli bir kronolojik yaşın üzerindeki ancak henüz emekli olabilmek şartlarını yerine getiremeyip, emekliliğe yaklaşmış istihdamdaki kişileri ifade etmek için kullanılmaktadır. Emekliliğin yanı sıra yaşlı çalışan kavramını incelerken değindiğimiz üzere yaşlı çalışanlar ücret karşılığı bir işte çalışma esas alınarak tanımlanmaya çalışılmaktadır. Ancak gümüş çalışanlar tanımlanırken özellikle ücretli veya ücret karşılığı olmaksızın gönüllü işlerde çalışmak da kişileri gümüş çalışan olarak tanımlarken yeterli görülmektedir. Birbirinden bu noktalarda farklılaşan iki kavramı açıkladıktan sonra aşağıda sosyal güvenlik hukukunda sürdürülebilir emeklilik sistemi için başat diğer bir kavram olan esnek emeklilik incelenecektir.

### C. Esnek Emeklilik Kavramı

Geleneksel emeklilik senaryosunda kişiler belirli bir yaşa dek tam zamanlı ya da kısmi zamanlı çalışmakta ardından bir gecede çalışmayı bırakmaktadır<sup>53</sup>. Esnek emeklilik ise geleneksel emeklilikten farklı olarak emeklilik ve çalışmayı sürdürme, emekliliğe esnek bir geçişi sağlama ile karakterize edilmektedir.

Esnek emeklilik (*flexible retirement*) teriminin anlamı ve kapsamı noktasında görüş birliği olmayıp kavram karmaşası yaşanmaktadır. Terim, şemsiye kavram olarak kullanıldığında iki farklı boyutu ile ele alınmaktadır. Birinci boyutu, en genel anlamı ile çalışma saatleri azaltılarak

<sup>52</sup> PIMPERTZ/STETTES, s. 44; DELLER/LIEDTKE/MAXIN, s. 137.

<sup>53</sup> KANTARCI, Tunga, Essays on partial retirement, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Tilburg Üniversitesi, Ekonomi Araştırmaları Merkezi, Tilburg 2012, s. 5.

ücret karşılığı çalışmaya devam edilirken tam veya kısmi emeklilik maaşı almayı ifade etmektedir<sup>54</sup>. Esnekliğin bu boyutu aynı zamanda “kademeli (*gradual*)”, “aşamalı (*phased*)” veya “kısmi (*partial*)” emeklilik olarak da adlandırılmaktadır<sup>55</sup>. Esnekliğin ikinci boyutu ise emeklilik anı ile ilgili olup kişilerin yasal emeklilik yaşından evvel veya sonra emekli maaşı alabilmesini ifade etmektedir<sup>56</sup>. Burada yine emekliliğe geçiş anidir. Bu nedenle kısmi emeklilikten farklı olduğu şeklinde yorumlanmaktadır<sup>57</sup>.

Konuyu kademeli, aşamalı, kısmi emeklilik ve bunlara ek olarak yarı zamanlı emeklilik (*part-time retirement*) bağlamında ayrı ayrı tanımlayan yaklaşıma göre; kademeli emeklilik çalışma gücünü daha az kullanmaya başlayarak işgücü piyasasından kademeli olarak çekilmektir. Aşamalı emekliliğin aynı sistem ve aynı işveren bünyesinde çalışmaya devam ederek aşamalı bir şekilde emekliliğe geçişi ifade ettiği belirtilirken; kısmi emeklilik aşamalı emeklilikten farklı olarak işveren değişikliğini içeren bir emeklilik olmasıyla öne çıkmaktadır. Aynı yaklaşım kısmi emekliliğin, işveren değişikliği veya bağımsız çalışmaya geçişle beraber çalışma saatleri ya da ücret miktarının (yahut her ikisi) azaltılmasını içerdiğini belirtmektedir. Yarı zamanlı emeklilik, haftada en fazla 34 çalışma saati ya da yılda 1600 saatten az çalışmayı ve daha düşük bir ücreti içeren yarı zamanlı emeklilik olarak tanımlanmaktadır. Esnek emeklilik terimi ise salt emeklilik yaşının seçimi ile ilişkilendirilmektedir<sup>58</sup>.

Biz çalışmamızda esnek emeklilik kavramını kullanarak emeklilik ve çalışmaya devam etme, emekliliğe geçişi erteleme ve bunu ani bir olgudan ziyade sürece dönüştürme yönüyle ele almayı tercih etmekteyiz. Dolayısıyla esnek emeklilik terimi ile sadece emeklilik yaşının seçimi kastedilmemekte, bir bütün olarak ele alınmaktadır.

<sup>54</sup> OECD, “Flexible retirement in OECD countries”, Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators, Paris2017, s. 42; LATULIPPE, Denis/TURNER, John, “Partial retirement and pension policy in industrialized countries”, International Labour Review, C. 139, S. 2, 2000, s. 179.

<sup>55</sup> MULEY, Reday/DELSEN, Lei, “Gradual Retirement in the OECD Countries, a Summary of the Main Results”, The Geneva Papers on Risk and Insurance, C. 21, S. 81, 1996, s.507; OECD, Flexible Retirement, s. 42.

<sup>56</sup> OECD, Flexible retirement, s. 42.

<sup>57</sup> LATULIPPE/TURNER, s. 179.

<sup>58</sup> KANTARCI, s. 7.

### III. ALMANYA'DA ESNEK EMEKLİLİĞE YÖNELİK DÜZENLEMELER VE GÜMÜŞ ÇALIŞANLAR

Almanya'da emeklilik sigortası 140 yıllık bir sosyal tarihe sahip olup özellikle demografik değişimler, yeni çalışma kültürü ve korona pandemisinin emeklilik sigortası üzerindeki etkileri sosyo-politik tartışmaları şekillendirmekte ve bugüne dek pek çok reform çalışmasını içermektedir<sup>59</sup>. Biz çalışma konumuz özelinde sadece esnek emekliliğe yönelik olan hukuki düzenlemelere değineceğiz.

Almanya'da emeklilik sigortasında esnekleşme hareketlerini anlayabilmek için öncelikle sistemin genel özelliklerine, hangi koşullar altında emeklilik sigortası yardımlarına hak kazanılabileceğine değinilecek arından esnek emekliliğe yönelik düzenlemeler ele alınacaktır.

#### A. Alman Sosyal Hukukunda Esnek Emeklilik

##### 1. Alman Emeklilik Sigortasının Genel Özellikleri ve Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları

###### a. Genel Olarak

Almanya'da Sosyal Kanununun 6. kitabında yer bulan emeklilik sigortası (*Sozial Gesetzbuch VI-Rentenversicherung*) başlığıyla malullük, ölüm ve yaşlılık aylığı düzenlenmektedir. Bunlar emeklilik türleri olarak SGB VI çatısı altında yer almaktadır<sup>60</sup>. Çalışmamızda emeklilik aylığı ifadesini kullanırken sadece yaşlılık nedeni ile emeklilik sigortasından aylık alma yani yaşlılık aylığını kastetmekteyiz.

Bismarck sosyal sigorta prototipinin uygulandığı emeklilik sisteminin finansmanı, kullandıkça öde (*pay-as-you-go (PAYG-Umlageverfahren)*) ve kuşaklar arası sözleşme (*Generationenvertrag*) yani nesiller arası dayanışma ile karakterize edilmektedir<sup>61</sup>. "Herkes için sigorta" niteliğini taşıyan emeklilik sigortasından zorunlu veya isteğe bağlı sigorta aracılığı ile

<sup>59</sup> **KREIKEBOHM**, Ralf, Einleitung, Kreikebohm, Ralf/Roßbach, Gundula (Hrsg.), Sozialgesetzbuch Gesetzliche Rentenversicherung –SGB VI–, 6. Auflage, München 2021, Rn. 1.

<sup>60</sup> **BÖRSCH-SUPAN**, Axel/**SCHNABEL**, Reinhold, "Social Security and Retirement in Germany" NBER Working Paper No. 6153, 1997, s. 7-8; **DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG**, Unsere Sozialversicherung, 50. Auflage, Berlin 2022, s. 64.

<sup>61</sup> Sosyal sigortaların finansman türleri genel olarak "dağıtım yöntemi (yılı yılına finansman)" ve "kapitalizasyon (biriktirme) yöntemi" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Türk sosyal güvenlik hukukunda kullandıkça öde kavramı "Dağıtım Yöntemi" ne karşılık gelmektedir. Kavram öğretide kimi zaman "nesiller arası dayanışma" ile



yararlanılabilmektedir. Ücret karşılığı ve mesleki eğitim amacıyla istihdam edilenler zorunlu sigorta kapsamındadır. Bağımsız çalışanların ise sadece belirli bir kısmı zorunlu sigorta kapsamındadır. Zorunlu emeklilik sigortasından muafiyetin kapsamı geniş olup genel olarak başka bir program bünyesinde korunan kişiler kapsam dışı bırakılmaktadır. Zorunlu sigorta kapsamında olmayan herkesin 16 yaşından itibaren isteğe bağlı sigortaya tabi olma hakkı vardır<sup>62</sup>.

Emeklilik sigortasında ücret karşılığı çalışanların primleri sigortalı ve işveren tarafından eşit olarak ödenirken, bağımsız çalışanlar ve isteğe bağlı sigortalılar primlerinin tamamını kendileri ödemekle yükümlüdür. Emeklilik sigortası primi %18,6 olup bu oranın 2027 yılına kadar değiştirilmemesi öngörülse de demografik eğilimler göz önüne alınarak emeklilik sigortası primlerinin 2028'den 2035 yılına dek %22,3'e yükseltilmesi ve 2045 yılına kadar bu oranda sabit kalması planlanmaktadır<sup>63</sup>.

---

aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır, bkz. **SEYYAR**, Ali, Sosyal Güvenlik Terimleri, İstanbul 2005, s. 67. Bu yaklaşım isabetli olmayıp nesiller arası dayanışma dağıtım yönteminin bir ilkesidir, bkz. **BAŞTERZİ**, s. 315. Kullandıkça öde kavramı; sigorta sisteminde toplanılan primlerin rezerv olarak biriktirilmemesi derhal cari harcamalar için kullanılmasını ifade etmektedir. Kuşaklar arası sözleşme (nesiller arası dayanışma) prim ödeyen kuşak ile yaşlılık aylığı alan kuşak arasında yazılı ve sözlü olmayan bir sözleşme olarak adlandırılmaktadır. Bu sözleşme, mevcut neslin bir sonraki neslin de aynı yükümlülüğü yerine getireceği beklentisiyle, sisteme yaptıkları prim ödemeleriyle kendilerinden önceki neslin yaşlılık aylıklarını güvence altına alma yükümlülüğü anlamına gelmektedir, bkz. **DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG**, Sozialversicherung, s.48. Türk sosyal sigortalar hukukunda uzun vadeli sigorta kollarının finansmanında kapitalizasyon yöntemi benimsenmişken kısa vadeli sigorta kolları için dağıtım yöntemi kullanılmaktadır, bkz. **CENEL**, Tankut, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2021, s. 68. Dağıtım ve kapitalizasyon yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için ise bkz. **TALAS**, Cahit, Sosyal Ekonomi, Ankara 1979, s. 361-369; **DİLİK**, Sait, Türkiye'de Sosyal Sigortalar, Ankara 1972, s. 327-332; **YAZGAN**, Turan, Sosyal Sigorta, İstanbul 1977, s. 110-115; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 4. Bası, İstanbul 1988, s.106-108; **ARICI**, Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 30-31; **GÜZEL**, Ali/**OKUR**, Ali Rıza/**CANİKLİOĞLU**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2021, s. 64-65; **KORKUSUZ**, Refik/**UĞUR**, Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. Baskı, Bursa 2020, s. 85-87.

<sup>62</sup> Alman emeklilik sigortası sisteminin kişiler bakımından kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG**, Sozialversicherung, s. 42-47.

<sup>63</sup> Prim oranlarındaki planlanan bu artış Emeklilik Paketi II (Rentenpaket II) ile alınan bu önlemlerden ileri gelmektedir. Bkz. <https://www.bmas.de/DE/Soziales/Rente-und-Altersvorsorge/Rentenpaket-II/rentenpaket-ii.html> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

## b. Alman Emeklilik Sigortası Sisteminde Emeklilik Aylığına Hak Kazanma Koşulları

Almanya’da emeklilik sigortasından yaşlılık nedeniyle aylık alabilmek için öncelikle SGB VI §35’te öngörülen koşulları yerine getirmek aranmaktadır. Anılan hükümde öngörülen şartlar; yasal yaş sınırına ulaşmak (*die Regelaltersgrenze*) ve 5 yıllık genel bekleme süresinin (*die allgemeine Wartezeit*) doldurulması şeklindedir<sup>64</sup>. Güncel durumda Almanya’da emeklilik aylığına hak kazanabilmek için aranan yasal yaş sınırı; 1964 ve sonrasında doğanlar için 67 iken 1946 yılından evvel doğanlar için 65 ve 1947-1963 yılları arasında doğanlar içinse 65 olan yaş sınırının kademeli olarak 67 yaşına yükseltilmesi şeklinde düzenlenmiştir (SGB VI §235 (2)). Yaş sınırına ek olarak, emeklilik aylığından yararlanabilmek için getirilen diğer bir şart 5 yıllık sigortalılık süresinin doldurulmasıdır. Söz konusu bekleme süresi SGB VI §50’de kural olarak yaşlılık nedeniyle emeklilik aylığına hak kazanmanın ön şartı şeklindeki düzenlemeden ileri gelmektedir<sup>65</sup>. Yasal yaş sınırına ulaşıldığında emekli olma zorunluluğu olmadığından, sigortalılar dilerlerse emeklilik başlangıcını erteleyebilir, aylık almadan çalışmaya devam edebilirler. Aylık almadan çalışmaya devam edilen her ay ileride alınacak yaşlılık aylığının %0,5 oranında artmasını sağlamaktadır. Böylece örneğin 1 yıl boyunca aylık alma ertelendiğinde emekli aylığında toplamda %6’lık bir artış meydana gelmektedir. Aylık almaya hak kazanıp çalışmaya devam etmek isteyen sigortalıların emeklilik sigortası primi ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Şayet sigortadan muaf olmaktan feragat ederek primler ödenmeye devam edilirse bu da emeklilik haklarını artırıcı bir olanak sağlamaktadır<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> SGB VI §35’deki şartlar 31 Aralık 1963 tarihinden sonra doğan sigortalılar için geçerlidir. 1 Ocak 1964 tarihinden evvel doğan sigortalılar kazanılmış haklarının korunması çerçevesinde öngörülen bir geçiş hükmü olan §235’e tabidir, bkz. **ROßBACH**, Gundula, SGB VI, Knickrehm, Sabine/Roßbach, Gundula/Waltermann, Raimund (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 8. Auflage, München2023, §35, Rn.1-2; **JASSAT**, Raimund, SGB VI, Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, 73. Auflage, München2024, S§35, Rn.7.

<sup>65</sup> **ROßBACH**, §35, Rn.6; **JASSAT**, §35, Rn.4.

<sup>66</sup> **DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG**, Altersrente: Unbegrenzt hinzuverdienend, 36. Auflage, S. 7, 2024, [https://www.deutsche-rentenversicherung.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Broschueren/national/altersrentner\\_hinzuverdienst.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=14#:~:text=Seit%20dem%201.,vorgezogenen%20Altersrenten%20vollst%C3%A4ndig%20weg%20gefallen](https://www.deutsche-rentenversicherung.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Broschueren/national/altersrentner_hinzuverdienst.pdf?__blob=publicationFile&v=14#:~:text=Seit%20dem%201.,vorgezogenen%20Altersrenten%20vollst%C3%A4ndig%20weg%20gefallen.). (Erişim Tarihi: 28.09.2024), s. 14.

Alman emeklilik sigortası sisteminde birtakım özel hallerde yukarıdaki şartlar yerine getirilmeden erken emekli olunarak emeklilik aylığı talep edebilmek kimi özel hallerde mümkün kılınmıştır. Bunlardan ilki SGB VI §36'da düzenlenen "uzun süreli sigortalılık aracılığıyla yaşlılık aylığı"na hak kazanmadır. Hüküm belirli koşullar altında 67 yaşından evvel aylık alabilmeyi düzenlemektedir<sup>67</sup>. Uzun süreli sigortalılık nedeniyle emeklilik aylığına hak kazanabilecek ilk grup 67 yaşını dolduran ve 35 yıllık sigortalılık süresini tamamlayan sigortalılardır (SGB VI §36 Nr.1)<sup>68</sup>. Erken emekliliğin mümkün olduğu uzun süreli sigortalılık nedeniyle yaşlılık aylığı, en erken 63 yaşında talep edilebilmektedir. Ancak erken emeklilik halinde yaşlılık aylığı erken emekli olunan 67 yaşından önceki her ay için %0,3 oranında kesinti yapılarak ödenir. Bu kesintinin, sigortalının yasal emeklilik yaşı sınırına ulaşana dek ayrı bir prim ödemesi ile telafi edilmesi mümkündür (SGB VI §187a)<sup>69</sup>.

Emeklilik sigortasından yaşlılık nedeniyle emeklilik aylığı talep edebilmede düzenlenen bir diğer özel hal SGB VI §37'de yer verilen "ağır engelli sigortalıların yaşlılık aylığı"na hak kazanmasıdır. SGB VI §37 gereğince; 65 yaşını tamamlamış, 35 yıllık sigortalılık süresini dolduran ve SGB IX §2'de yer alan tanıma göre ağır engelli olarak kabul edilen<sup>70</sup> 67 yaşından evvel aylıklarında herhangi bir kesinti yapılmaksızın aylığa hak kazanabilmektedir<sup>71</sup>. Ağır engelli sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmasında da erken emeklilik mümkündür. 62 yaşını dolduran ağır engelli olarak kabul edilen sigortalılar söz konusu hükümden yararlanarak 65 yaşından evvel emekli olabilmektedir. Erken emeklilik durumunda 65 yaşına ulaşmadan evvelki her ay için yaşlılık aylığından %0,3 oranında

<sup>67</sup> JASSAT, §37, Rn.1

<sup>68</sup> ROßBACH, §36, Rn.2.

<sup>69</sup> ROßBACH, §36, Rn.10. Benzer bilgiler için bkz. DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Sozialversicherung, s. 68-69.

<sup>70</sup> SGB IX §2 (1)'e göre; fiziksel fonksiyon, zihinsel yetenek veya ruhsal sağlıklarında 6 aydan uzun bir süre boyunca yaşlarına göre kıyaslandığında olması gerekenden sapma söz konusuysa ve bu nedenle yaşama ve topluma katılımı bozulmuşsa ağır engelli kişidir. Hükmün devamında ayrıntılı bir düzenleme getirilerek; engellilik derecesi %50 olup Almanya'da ikamet eden ve SGB IX §156 anlamındaki bir işyerinde istihdam edilenlerin ağır engelli olarak kabul edilecek kişiler olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ROßBACH, §37, Rn.6; JASSAT, §37, Rn.4.

<sup>71</sup> ROßBACH, §37, Rn.2.

kesinti yapılmaktadır. Uzun süreli sigortalılık nedeniyle emeklilik aylığına hak kazanmada olduğu gibi bu kesintinin, sigortalının yasal emeklilik yaşı sınırına ulaşana dek ayrı bir prim ödemesi ile telafi edilmesi mümkündür (SGB VI §187a)<sup>72</sup>.

Emeklilik aylığına hak kazanmada özel olarak düzenlenen bir diğer hal yine uzun süreli sigortalılıkla ilgilidir. SGB VI §38'de "uzun süreli sigortalılara özel yaşlılık aylığı" hükmüne göre, 65 yaşını dolduran sigortalılar şayet 45 yıllık sigortalılık süresine sahipse emeklilik aylığına hak kazanabilmektedir. Söz konusu sigortalıların uzun sigortalılığı gözetilerek aylıklarından kesinti yapılmaması esası benimsenmiştir. Böylece uzun süre çalışmış ve dolayısı ile buna uygun olarak uzun süre emeklilik sigortası primi ödemiş sigortalılara ayrıcalık tanınarak 65 yaşına ulaştıklarında kesinti yapılmaksızın emeklilik aylığı alabilmeleri amaçlanmıştır<sup>73</sup>.

Alman emeklilik sigortası sisteminde yaşlılık nedeniyle emeklilik aylığına hak kazanmanın özel hallerinde son olarak karşımıza yer altı maden işlerinde çalışan sigortalılara yönelik getirilen SGB VI §40 çıkmaktadır. Anılan hüküm ile uzun yıllar yer altında çalışan madencilere kolaylaştırılmış bir şekilde emeklilik aylığına hak kazanma imkânı sağlanmaktadır. Düzenleme uyarınca, yer altı maden işlerinde çalışan sigortalılar, 62 yaşını ve 25 yıllık sigortalılık süresini doldurmaları halinde emeklilik aylığına hak kazanabilecektir. Bu aylık erken emeklilik aylığı olarak nitelendirilmediği için, ilgili şartları sağlayan sigortalıların aylıklarından kesinti yapılmamaktadır<sup>74</sup>.

Genel özellikleri bu şekilde olan Alman emeklilik sigortasını esnekleştirmeye yönelik getirilen hukuki düzenlemeleri aşağıda tarihsel gelişim sırasına göre inceleyeceğiz.

## 2. 1992 Yılı Emeklilik Reformu

Alman emeklilik sigortası sisteminde 1972 yılında yapılan bir değişiklikle emekli olabilmek için aranan sabit yaş sınırının yerine esnek yaş sınırı getirilmiştir<sup>75</sup>. Bu dönemde emeklilik yaşının esnekleştirilmesinin ve erken emekliliğin önünün açılmasının nedeni ekonomiktir. Zira II.

<sup>72</sup> ROßBACH, §37, Rn.18.

<sup>73</sup> ROßBACH, §38, Rn.1.

<sup>74</sup> JASSAT, §40, Rn.2-6.

<sup>75</sup> BÖRSCH-SUPAN/SCHNABEL, s. 8; KREIKEBOHM, Einleitung, Rn. 8.

Dünya Savaşından sonra büyüyen Alman ekonomisinin 1970'li yıllardaki petrol krizi ve uluslararası rekabet nedeniyle ekonomik açıdan zorlanmasıyla, maliyetleri düşürebilmek için işçi çıkarılmaya başlanmıştır. Bundan kaynaklanan işsizliği azaltmak amacıyla erken emekliliğe yönelik adımlar atılmıştır. Yaşlı çalışanlar kendileri için mali açıdan cazip erken emeklilikten yararlandığında genç çalışanların emekli olanlardan doğan boşluğu kapatması ve böylece işsizlik oranlarının düşmesi hedeflenmiştir<sup>76</sup>. Bu reform döneminde 35 yıl boyunca emeklilik sigortası primi ödeyen erkeklerin 63, kadınların ise 60 yaşında emekli olabilmesi mümkün kılınmıştır<sup>77</sup>. Başarılı olan erken emeklilik adımı 1990'lı yılların başında emeklilik sigortasındaki aktif/pasif dengesinin bozulması ile sonuçlanmıştır<sup>78</sup>. 1972 reformunun yanı sıra işsizlik nedeniyle emeklilik de (*Rente wegen Arbeitslosigkeit*) 1990'lı yıllarda çok yaygın olup, pek çok sigortalı 58.5 yaşını doldurduktan sonra emekli olmuştur<sup>79</sup>.

Yaşanan gelişmelerin ardından Almanya, sigortalıların çalışma hayatında daha uzun kalmasını teşvik etmek ve emeklilik yaşını yükseltmek için önlemler almaya başlamış ve 1992 yılında ilk emeklilik reformunu<sup>80</sup> yürürlüğe koymuştur<sup>81</sup>. 1992 Emeklilik Reformu ile Almanya'da ilk kez

<sup>76</sup> MORITZ, s. 2; NAEGELE, Gerhard, "Gradual Retirement in Germany", Journal of Aging & Social Policy, C. 10, S. 3, 1999, s. 84.

<sup>77</sup> BÖRSCH-SUPAN/SCHNABEL, s. 8; KREIKEBOHM, Einleitung, Rn. 8; MORITZ, s. 2.

<sup>78</sup> MORITZ, s. 3.

<sup>79</sup> TRAMPUSCH, Christine/EICHENBERGER, Pierre/de ROO, Micha/BARTLETT RISSI, Robin/BIERI, Isabelle/SCHMID, Laura/STEINLEIN, Simon (eds.) Early Retirement in Germany, REBECA (Research on Social Benefits in Collective Agreements). Database, Part 2 'Social Benefits in Collective Agreements'. SNFProject No. 100012-119898. Institute of Political Science, University of Berne, 2010, s. 1; TOLAN, Songül, Partial Retirement, Financial Student Aid and Labor Market Responses, Empirical Evidence From Germany, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Freie Universität, Fachbereich Wirtschaftswissenschaft, Berlin 2017, s. 128-129. İşsizlik nedeniyle emekli olmak SGB VI §237'de düzenlenmektedir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BUNDESAGENTUR FÜR ARBEIT, Vorruhestand und Altersrente, 2009, [https://www.arbeitsagentur.de/vor-ort/datei/vorruhestand\\_und\\_altersrente\\_ba134292.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/vor-ort/datei/vorruhestand_und_altersrente_ba134292.pdf) (Erişim Tarihi: 08.09.2024), s. 3-4.

<sup>80</sup> Bkz. Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentenreformgesetz 1992- RRG 1992), <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-reform-der-gesetzlichen-rentenversicherung-rentenreformgesetz-1992-rrg/177242> (Erişim Tarihi: 05.09.2024).

<sup>81</sup> MORITZ, s. 3.

kısmi emeklilik (*Die Teilrente*) modeli uygulanmaya başlanmıştır<sup>82</sup>. 1992 reformunda erken emekliliğin önüne geçme<sup>83</sup> ve emekli olma yaşını 65'e yükselten<sup>84</sup> Almanya, reformla beraber sigortalıların emekli maaşlarının belirli bir kısmını alırken aynı zamanda çalışmaya devam edebilmesi böylece çalışma hayatının uzamasını teşvik etmeyi amaçlamıştır.

Reform, temelde emekli olma koşullarını taşıyanların emekli olup aynı zamanda çalışmaya devam etmeleri halinde, çalışarak kazandıkları gelirin aylık 450 €'u aşmaması kaydıyla (bağımsız çalışanlar hariç) emeklilik aylıklarını alma hakkı tanımıştır. Bu sınır yılda iki kez, iki katına kadar yani 900 €'a kadar aşılabiliyordu. Bu sınırdan daha fazla ek gelir elde edilmesi halinde ek gelir miktarına bağlı olarak emekli maaşları 2/3, 1/2, 1/3 oranına indirilebilmekte, hatta tamamen kesilmesi söz konusu olabilmekteydi. Ek gelir sınırının 1 sent aşılması halinde dahi emekli aylığı bir alt seviyeye indirilmekteydi<sup>85</sup>. Kısmi emekli aylıklarının oranları için geçerli olacak ek gelir sınırları, sigortalının emekli aylıklarının başlangıcın-

<sup>82</sup> FÖRSTER, Wolfgang/JURKAT, Detlef, "Einführung der Teilrente in der gesetzlichen Rentenversicherung und ihre Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung", NZS, Neue Zeitschrift für Sozialrecht, S. 3, 1992, s. 87; STATISTISCHES BUNDESAMT (DESTATIS), Blick auf die Flexirente, Berlin 2021, s. 11; BÖRSCH-SUPAN/BUCHER-KOENEN/KUTLU-KOÇ/GOLL, s. 9.

<sup>83</sup> MORITZ, s. 3; NAEGELE, s. 85. Bu dönemde erken emeklilik hâlâ mümkün olsa da erken emekli olunan her ay için yaşlılık aylığından %0,3 oranında kesinti yapılması öngörülmüştür. Böylece erken emeklilik mali açıdan daha az cazip kılınmıştır. Örneğin 60 yaşında emekli olan bir sigortalının aylığını %18'lik bir kayıpla elde etmesi söz konusu idi, bkz. NAEGELE, s. 85.

<sup>84</sup> Almanya'da bu reformla emeklilik yaşını kademeli olarak 2000 yılına kadar 65'e yükseltilmesi öngörülmüştür, bkz. FÖRSTER/JURKAT, s. 88; BÖRSCH-SUPAN/SCHNABEL, s. 12; NAEGELE, s. 86-87; DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Die Geschichte der Deutschen Rentenversicherung, [https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Historie/historie\\_detailseite.html](https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Historie/historie_detailseite.html) (Erişim Tarihi: 06.09.2024).

<sup>85</sup> ROLFS, Christian, "Die neue Flexirente", NZS, Neue Zeitschrift für Sozialrecht, S. 5, 2017, s. 165; DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Flexirente: Das ist neu für Sie, 3. Auflage, 2017, ([https://www.uni-regensburg.de/assets/uni-versitaet/schwerbehindertentvertretung/flexirente\\_das\\_ist\\_neu\\_fuer\\_sie.pdf](https://www.uni-regensburg.de/assets/uni-versitaet/schwerbehindertentvertretung/flexirente_das_ist_neu_fuer_sie.pdf)) (Erişim Tarihi: 05.09.2024), s. 5. Benzer bilgiler için bkz. DOMNAUER, Ariane/STOSBERG, Rainer, "Das Flexirentengesetz", RV aktuell, S. 1, 2017, s. 8.

dan önceki son üç yıl içerisindeki kazançları dikkate alınarak belirlenmekteydi<sup>86</sup>. Bu dönemde reformdan evvel emekli olanların da kısmi yaşlılık aylığı alma ve çalışmaya devam etme hakkından yararlanması mümkün kılınmıştır<sup>87</sup>.

65 yaşına ulaşıldıktan sonra kısmi emeklilik ve çalışmaya devam etme talep edildi ise artık sigortalının gelirinin belirlenen sınırı aşmaması şartı aranmamaktaydı<sup>88</sup>. Dolayısı ile ek gelir sınırı erken emekli olan sigortalılar için öngörülmüştür. Emekliliğin ertelenmesi ve çalışmaya devam etmenin tercih edilmesi halinde ise sigortalıların emekli aylıklarının yılda %6 oranında artması söz konusuydu. Daha açık bir ifadeyle sigortalılar emekli olabilmek şartlarını sağlamasına rağmen aylıklarını hiç almayıp çalışmaya devam ederlerse ileride alacakları aylık çalışmaya devam ettikleri her ay %0,5 yani yılda %6 oranında artmaktaydı<sup>89</sup>.

1992 emeklilik reformuyla Almanya emeklilere ek gelir sağlama, yani hem emeklilik aylığı alma hem de çalışmaya devam ederek elde edebildikleri kadar gelir elde etme, emekliliği ek gelir olarak sunma amacı taşımamıştır. Bu nedenle sigortalıların aylıklarının bir kısmını almaya devam ederken çalışarak gelir elde etmelerine izin verilmiş ancak elde ettikleri gelire üst sınır getirilmiştir. Alman hukuk öğretisinde belirtildiği üzere, reformla amaçlanan sigortalıların kısmi yaşlılık aylığı alarak emekliliğe doğru geçiş yapabilmesi ve çalışma saatlerini azaltabilmesidir. Böylece sistem, çalışma saatlerini azaltan sigortalıların gelirlerindeki azalmanın kısmen telafi edilmesi üzerine kurulmuştur<sup>90</sup>.

1992 reformu ile emeklilik sigortasında esnekleşme adımları atılsa da bunun hayata geçirilebilmesi amacı ile 1996 yılında *Altersteilzeit* yani yaşlılıkta kısmi zamanlı çalışma politikasını uygulamaya koymuştur. Aşağıda Almanya'nın çalışanların emekliliğe esnek geçişini gerçekleştirmek üzere getirdiği *Altersteilzeit* (kısaca ATZ) yasasını inceleyeceğiz.

### 3. Almanya'da Yaşlılıkta Kısmi Zamanlı Çalışma (*Altersteilzeit*)

1992 reformunun ardından Almanya emekliliğe esnek geçişi sağlayabilmek için çalışma hayatında birtakım değişiklikler yapma ihtiyacı

<sup>86</sup> DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Flexirente, s. 5.

<sup>87</sup> FÖRSTER/JURKAT, s. 87.

<sup>88</sup> BÖRSCH-SUPAN/SCHNABEL, s. 18; FÖRSTER/JURKAT, s. 87.

<sup>89</sup> FÖRSTER/JURKAT, s. 87-88; BÖRSCH-SUPAN/SCHNABEL, s. 14.

<sup>90</sup> FÖRSTER/JURKAT, s. 88.

hissetmiştir. Nitekim 1996 yılında *Altersteilzeit* adı verilen ve yaşlılıkta kısmi zamanlı çalışmayı öngören *Altersteilzeitgesetz*<sup>91</sup> (kısaca AltTZG) yürürlüğe girmiştir<sup>92</sup>. ATZ uygulamasının temelde üç amacı bulunmaktaydı. İlk olarak, iş ve emeklilik arasındaki kademeli geçişi teşvik etmek, ikincisi ani emekliliğe alternatif bir yol sunarak çalışma hayatını uzatmak iken üçüncü amacı yaşlılar emekli olurken işsizler ve gençlerin istihdamını arttırmak olarak belirlenmişti<sup>93</sup>.

Alman hukukunda kısmi zamanlı çalışmanın özel bir hali olarak nitelendirilen<sup>94</sup> ATZ ile son beş yıl içerisinde en az 1080 gün sosyal güvenlik primlerine tabi olarak çalışmış, 55 ve üzeri yaştaki her işçiye çalışma saatlerini %50 oranında azaltma imkânı getirilmiştir (AltTZG §2 (1))<sup>95</sup>. İşverenlerin ATZ'den yararlanmak isteyen işçinin talebini kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. ATZ süresi boyunca yarı zamanlı çalışma (*Teilzeitmodell*) veya ATZ süresinin ilk yarısında tam zamanlı çalışma, ikinci yarısında bir izin içeren blok model (*Blockmodell*) şeklindeki iki seçenektен birini tercih ederek çalışma süresini yarı yarıya azaltılabilmektedir<sup>96</sup>. ATZ anlaşmasının süresinin en azından işçinin emeklilik aylığı almaya hak kazanabileceği süreyi kapsamaması gerektiği düzenlenmiştir (AltTZG §2). Daha açık bir ifadeyle emekli olmaya yakın işçilerin ATZ içerisinde yer alması öngörülmüştür.

<sup>91</sup> Bkz. *Altersteilzeitgesetz*, [https://www.gesetze-im-internet.de/alttztg\\_1996/](https://www.gesetze-im-internet.de/alttztg_1996/) (Erişim Tarihi: 07.09.2024).

<sup>92</sup> **TOLAN**, s. 125.

<sup>93</sup> **BERG**, Peter B./**HAMMAN**, Mary K./**PISZCZEK**, Matthew/**RUHM**, Christopher J., "Can Policy Facilitate Partial Retirement? Evidence from Germany", IZA Discussion Papers, No. 9266, 2015, s. 5.

<sup>94</sup> **WALTERMANN**, Raimund, *Arbeitsrecht*, 19. Auflage, München 2018, Rn. 429, s. 192.

<sup>95</sup> **RITTWEGGER**, Stephan, *ATG*, Rolfs, Christian/Giesen, Richard/ Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), *BeckOK Arbeitsrecht*, 72. Edition, München 2024, §2, Rn.1; **WALTERMANN**, Rn. 429, s. 192.

<sup>96</sup> **BRUSSIG**, Martin/**KNUTH**, Matthias/**WOJTKOWSKI**, Sascha, *Altersteilzeit Zunehmend Beschäftigungsbrücke zum späteren Renteneintritt: Wegfall der Förderung verengt auch den Zugang in nichtgeförderte Altersteilzeit- Nachfolgetarifverträge fehlen, Altersübergangs- Report*, No.2009-02, Universität Duisburg-Essen, Institut Arbeit und Qualifikation (IAQ), Duisburg 2009, s. 3-4; **BERG/HAMMAN/PISZCZEK/RUHM**, s. 6.



ATZ'den yararlanabilmek için aranan bir diğer temel şart ATZ'den yararlanmak isteyip çalışma saatlerini yarıya indiren işçiye ödenecek ücretin işverence %20 oranında artırılmasıdır (AltTZG §3)<sup>97</sup>. Bunun yanı sıra işveren, kısmi çalışmaya geçen sigortalılar için halihazırda ödenen emeklilik sigortası primlerine ek bir prim daha ödemekle yükümlü kılınmıştır ((AltTZG §3 (1), Nr.1 (b)). Böylece ATZ'den yararlanan sigortalıların çalışmalarını yarıya indirmeleri nedeniyle ücretlerinde oluşan düşüşün ileride yaşlılık aylığına yansımalarının önüne geçmek amaçlanmıştır.

2009 yılının sonuna kadar artırılmış bu ücret için işverenlere teşvik sağlanmaktaydı. ATZ uygulamasının teşviki için Federal İş Bulma Ajansı, ATZ yolu ile işyerinden ayrılan işçilerin yerine işsizlerin veya iş arayan gençlerin istihdamı halinde ek bir ödeme verilmekteydi. ATZ süresi işçi ve işveren arasında yapılan bir anlaşma ile belirlenmekteydi. Bu süre ne kadar uzun olursa olsun Federal İş Ajansı teşviki 6 yıl ile sınırlı olarak ödemekteydi. Söz konusu ödeme, işçinin son brüt ücretinin %20'si oranında yapılmaktaydı. Ek ödemenin yanı sıra Federal İş Ajansı ATZ işçisinin emeklilik sigortası primlerinin %90'ını da karşılamaktaydı. İlgili sübvansiyonlar 2009 yılının sonunda kaldırılmıştır<sup>98</sup>. Böylece ATZ kapsamında çalışan işçiler normalde kısmi zamanlı çalışmaya geçilseydi alabilecekleri ücretin %20 fazlasını elde etmekte ve sigorta primlerinin büyük çoğunluğu karşılandığı için çalışma saatlerinin yarıya indirilmesinden doğabilecek gelir kayıpları en aza indirilmekteydi<sup>99</sup>. Söz konusu teşvik kaldırılmış olsa da teşvikin yürürlükte olduğu zamanda Almanya'da işverenlerin çok az bir kısmının ATZ teşviklerini almak için başvuruda bulunmuş, pek çok işveren teşvik almadan ATZ'den yararlanmıştır. Bunun nedeni işverenlerin ATZ politikasını işgücünü azaltma ve demografik geçişi yönetmenin yasal bir yolu olarak kullanmasıdır<sup>100</sup>.

ATZ kapsamında çalışmasını sürdürdükten sonra sigortalılar diğer şartları taşımaları halinde 60 yaşını doldurduklarında emekli olabilmekteydi. Çalışma hayatının uzatılmasının teşvik edilmesine yönelik atılan

<sup>97</sup> SAKOWSKI, Klaus, Arbeitsrecht, 3. Auflage, Berlin 2022, s. 118; RITTWEGER, §3, Rn.2.

<sup>98</sup> HUBER, Martin/LECHNER, Michael/WUNSCH, Conny, "The Effect Of Firm's Phased Retirement Policies On The Labor Market Outcomes Of Their Employees", ILR Review, C. 69, S. 5, 2016, s. 1219. Benzer bilgiler için bkz. BERG/HAMMAN/PISZCZEK/RUHM, s. 6.

<sup>99</sup> BRUSSIG/KNUTH/WOJTKOWSKI, s. 4.

<sup>100</sup> BERG/HAMMAN/PISZCZEK/RUHM, s. 6.

bir adımda 60 yaş sınırı düşük gibi görünse de Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde sigortalıların ortalama 58 yaşında emekli olduğu göz önüne alındığında amaca yönelik bir adım atıldığı belirtilmektedir<sup>101</sup>. 2004 yılında emeklilik yaşının 65'e eşitlenmesiyle 2004 yılından önce ATZ kapsamında çalışmaya başlayanlar için 60 yaş sınırının geçerli olacağı, 2004 yılından sonra ATZ uygulamasından yararlanan işçiler içinse 65 yaş sınırının kademeli olarak yükseltilerek uygulanacağı öngörülmüştür<sup>102</sup>.

ATZ uygulaması ile ilgili değinilmesi gerektiğini düşündüğümüz son nokta uygulamanın çalışma hayatından ani çıkışları engellemek, emekliliğe esnek geçişi sağlamak şeklinde belirlenen amacını yerine getirip getirmediği tartışmasıdır. Alman hukuk öğretisinde, ATZ'deki çalışma saatlerinin azaltılması yöntemindeki blok modelin emekliliğe esnek geçişi sağlamak yerine erken ve ani geçişleri sübvansede ettiği ileri sürülmektedir<sup>103</sup>. Zira blok modelde, örneğin 3 yıllık bir ATZ süresi belirlenmişse 1,5 yıl tam zamanlı çalışmaya devam eden işçi geri kalan 1,5 yıl hiç çalışmamaktadır. Hâl böyle iken emekliliğe esnek geçiş bir yana erken ve ani bir geçiş söz konusu olmaktadır<sup>104</sup>.

ATZ politikasını genel hatlarıyla inceledikten ve temel tartışmalara yer verdikten sonra aşağıda Almanya'da esnek emekliliğe ilişkin reformlardan en kapsamlı değişikliklerden birini yapan 2017 yılı tarihli *Flexirentengesetz* incelenecektir.

#### 4. 2017 Yılı Flexirentengesetz Reformu

Almanya'da yasal emeklilik yaşına dek çalışmayı kolaylaştırma ve teşvik etme, yasal emeklilik yaşından sonraki dönemde ise çalışmayı daha cazip hale getirme amacı ile<sup>105</sup> Esnek Emeklilik Yasası (*Flexirentengesetz*)<sup>106</sup> 1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yasa, emeklilik aylığına

<sup>101</sup> BERG/HAMMAN/PISZCZEK/RUHM, s. 6.

<sup>102</sup> Bkz. SGB VI §237 (5).

<sup>103</sup> Blok modele yönelik eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BRUS-SIG/KNUTH/WOJTKOWSKI, s. 2 vd.

<sup>104</sup> BERG/HAMMAN/PISZCZEK/RUHM, s. 7.

<sup>105</sup> STATISTISCHES BUNDESAMT (DESTATIS), s. 8.

<sup>106</sup> Yasanın orijinal adı "Das Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben" olup kısaca *Flexirentengesetz* olarak adlandırılmaktadır. Yasa için bkz. [https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgb116s2838.pdf%27%5D#\\_bgb1\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgb116s2838.pdf%27%5D\\_\\_1724070980308](https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgb116s2838.pdf%27%5D#_bgb1_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgb116s2838.pdf%27%5D__1724070980308) (Erişim Tarihi: 19.08.2024).

geçişini kolaylaştırmayı amaçlamasının yanı sıra emekli olunduktan sonra çalışmayı da teşvik etmektedir<sup>107</sup>.

Emeklilik ve çalışarak ek gelir elde etme, 1972 yılı reformunda erken emeklilik imkânının getirilmesinden itibaren ek gelirin sınırlı olması şartı ile mümkün olmuştur. Zira sigortalıların çalışarak elde ettikleri gelire ek bir gelir olarak emeklilik aylığının sunulması değil, eski çalışma gücünde olmayıp artık çalışmasını sınırlamak zorunda kalan sigortalılara fayda sağlama amacı güdülmekteydi<sup>108</sup>. 1992 emeklilik reformu ile tanınan kısmi emeklilik hakkı emeklilik döneminde esnek çalışma amacını tam olarak yerine getirememekteydi. Bilhassa ek gelir sınırının çok az miktarda aşılması halinde aylıkların gerçek ek kazancın ötesinde orantısız bir şekilde azaltılması sistem içerisinde ciddi bir sorun teşkil etmekteydi<sup>109</sup>. Bu nedenle esnek emeklilikte yeni bir reform çalışmasına ihtiyaç duyulmuştur.

2017 yılında yürürlüğe giren Flexirentengesetz ile esnek emeklilikte yaşanan sorunlar çözülmeye çalışılmış, bu bağlamda temelde kademesiz kısmi emeklilik, ek gelir sınırının yeniden düzenlenmesi ve kesintileri telafi edebilmek için katkı payı ödenmesinin önü açılarak 3 noktada yenilik getirilmiştir<sup>110</sup>. Öncelikle ek gelir sınırı esnekleştirilmesine baktığımızda, aylık 450 € olan ek gelir sınırı, yılda iki kere bu sınırın aşılabilmesi göz önüne alınarak bir takvim yılı için 6.300 € (14 x 450=6.300) olarak belirlenmiştir<sup>111</sup>. Görüldüğü üzere ek gelir sınırı eskiden olduğu gibi aylık olarak değil yıllık olarak düzenlenmiştir<sup>112</sup>. Ardından, önceki üç dereceli kısmi emekli aylığı alma (emekli aylığının 2/3, 1/2 veya 1/3 oranında verilmesi) esnekleştirilerek sigortalılara seçim hakkı tanınmıştır. 2017 yılı değişikliği ile sigortalılar emekli aylıklarının en az %10'u (%10-%99 arasında) olmak

<sup>107</sup> MEYER, Iris/WALPRECHT, Sylvana/PETERSEN, Malte/KÜHNHENREICH, Daniel, "Wie Wirksam Ist Das Flexirentengesetz Bisher? Ein Kooperationsprojekt Zur Gesetzevaluierung", Statistisches Bundesamt (Destatis), WISTA, S. 5, 2022, s. 89.

<sup>108</sup> ROLFS, s. 164.

<sup>109</sup> ROLFS, s. 165.

<sup>110</sup> KREIKEBOHM, Einleitung, Rn. 88.

<sup>111</sup> ROLFS, s. 165; DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Flexirente, s. 5.

<sup>112</sup> KREIKEBOHM, Einleitung, Rn. 90.

üzere bireysel olarak emekli aylıklarının miktarını belirleme veya ek kazanç sınırını aşması halinde ek kazancın %40'ının yaşlılık aylığından düşülmesi şeklinde bir seçenek getirilmiştir<sup>113</sup>.

Ek kazanç sınırının belirlenmesinde de sigortalıların lehine bir düzenleme getirilmiştir. Eskiden yaşlılık aylığının başlangıcından önceki son üç takvim yılındaki kazançlara göre hesaplanırken 2017 değişikliğiyle ilk aylığın başlangıcından önceki son 15 takvim yılındaki en yüksek kazanç elde edilen yıl dikkate alınmaya başlanmıştır. Böylece özellikle emeklilik aylığının başlangıcından önceki son birkaç yıl içerisinde işsiz kalan ya da işlerini azaltan dolayısıyla daha önceki dönemlere göre daha düşük bir gelire sahip sigortalıların istihdam geçmişi bir bütün olarak dikkate alınmıştır<sup>114</sup>.

Yukarıda yer verdiğimiz ek gelir sınırı yasal emeklilik yaşına ulaşıldıktan sonra uygulanmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle sigortalı yasada öngörülen emeklilik yaşına ulaştıktan sonra çalışmaya devam etmesi halinde ek kazanç sınırına tabi olmayacaktır ancak dilerse tam emeklilik aylığı almak yerine kısmi aylık almaya devam etme imkânı bulunmaktadır<sup>115</sup>. Elde edilen ek gelir sigortalının tam aylığı kadar veya onu aşan miktarda ise bu durumda sigortalının aylığı kesilmektedir. Böylece sistem, emeklilik aylığı alıp çalışmaya devam edilmesi halinde elde edilen toplam gelirin aylık almadan evvelki gelirden daha yüksek bir kazanç getirmesinin önüne geçmiştir<sup>116</sup>.

Son olarak yasal emekli yaşından evvel emekli olunmasında aylıklardan yapılan kesintinin ek prim ödeyerek telafi edilmesi kısmi emekliliğe de yansıtılmıştır. Böylece yaşanabilecek mali kayıpların en aza indirilmesi hedeflenmiştir<sup>117</sup>.

Flexirentengesetz ile emekliliğin esnekleştirilmesinin yanı sıra emeklilik sigortasına katkıda bulunanların sayısının artırılması da amaçlanmıştır. Nitekim Yasa yürürlüğe girmeden evvel tam emeklilik aylığı

<sup>113</sup> ROLFS, s. 165; KREIKEBOHM, Einleitung, Rn. 89; STATISTISCHES BUNDESAMT (DESTATIS), s. 12.

<sup>114</sup> ROLFS, s. 166. Benzer bilgiler için bkz. DOMNAUER/STOSBERG, s. 8.

<sup>115</sup> DOMNAUER/STOSBERG, s. 8; STATISTISCHES BUNDESAMT (DESTATIS), s. 12.

<sup>116</sup> DOMNAUER/STOSBERG, s. 8-9; DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Flexirente, s. 6.

<sup>117</sup> KREIKEBOHM, Einleitung, Rn. 91.

alanlar kısmi zamanlı çalıştıkları takdirde yasal emeklilik yaşına ulaşmış olmalarına bakılmaksızın emeklilik sigortası primi ödemekten muaf tutulmaktaydı. Yasanın yürürlüğe girmesiyle beraber tam emeklilik aylığı alanların çalışmaya devam etmeleri halinde yasal emeklilik yaşına ulaşana kadar emeklilik sigortası primlerini ödemeye devam etmeleri öngörülmüştür. Primlerin ödenmeye devam edilmesi emeklilik haklarını artırmaktadır. Yasal emeklilik yaşına ulaştıktan sonra çalışmaya devam edenler ise sigorta primlerini ödemekten muaf tutulmuşlardır. Ancak bu sigortalılar işverenlerine beyanda bulunarak iş ilişkisi süresince prim muafiyetinden feragat ederek zorunlu emeklilik sigortasına tabi olmaya devam etmeyi seçebilmektedir. Böylece söz konusu sigortalıların da emeklilik haklarının artması mümkün kılınmıştır<sup>118</sup>.

İşverenler ise emeklilik aylığı alıp çalışmaya devam eden işçisi emeklilik sigortasına tabi olsaydı ödemesi gereken primin kendisine düşen kısmını ödemekle yükümlüydü. Başka bir ifadeyle, emekli olup çalışmaya devam edenler prim ödemezken işveren bu işçiler için prim ödemeye devam etmekteydi. Bunun nedeni işgücü piyasasındaki rekabeti bozmaktan kaçınmak olarak açıklanmaktadır. Hem yasal emeklilik yaşına ulaşan hem de henüz bu sınıra ulaşmamış işçilerin primlerini ödemeye devam eden işverenlerin katkılarının da sigortalıların emeklilik haklarını artırıcı etkisinin önü açılmıştır. Sigortalı yasal emeklilik yaşına ulaştıktan sonra prim muafiyetinden yararlanmak istediği takdirde, işveren yine bu sigortalının primlerini ödemek zorunda kalmasına rağmen ödenilen primler sigortalının emeklilik haklarını artırmamaktadır. Emeklilik haklarının artması için hem sigortalı hem de işverenin primlerini ödemeye devam etmesi gerekmektedir<sup>119</sup>.

## 5. Sınırsız Ek Gelir Dönemi

Flexirentengesetz ile belirlenen ek gelir sınırı 1 Ocak 2023'ten itibaren kaldırılmıştır<sup>120</sup>. Dolayısıyla mevcut durumda Almanya'da kısmi

<sup>118</sup> ROLFS, s. 168; STATISTISCHES BUNDESAMT (DESTATIS), s. 12.

<sup>119</sup> STATISTISCHES BUNDESAMT (DESTATIS), s. 12-13; DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Flexirente, s.14; DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Altersrente, s. 12.

<sup>120</sup> Söz konusu değişiklik "Achtens Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze" ile yapılmıştır, Yasanın orijinal metni için bkz. <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/8-sgb-iv-aenderungsgesetz.html#:~:text=Achtes%20Gesetz%20zur%20%C3%84nde->

emeklilik aylığı almak için şartları yerine getiren sigortalıların, ek kazançlarından bağımsız olarak aylıklarının en az %10'u kısmi yaşlılık aylığı olarak talep etmesi yeterlidir<sup>121</sup>. Yapılan değişiklikle beraber öğretilen, kısmi emekliliğin pratikte bir öneminin kalmadığı artık sadece teorik bir yapı olduğu ifade edilmektedir<sup>122</sup>.

Yasal yaş sınırından evvel erken emeklilik aylığı almaya hak kazanıp aynı zamanda çalışmaya devam edenlere yönelik getirilen ek gelir sınırı tamamen kaldırıldığından artık çalışma hayatından emekliliğe geçişin tam bir esneklikle düzenlenebileceği belirtilmektedir<sup>123</sup>. Bu noktada yasal emeklilik yaşına ulaşmadan önceki dönem için emeklilik sigortası primi ödeme yükümlülüğü ve bunun emeklilik haklarına etkisi ile yasal emeklilik yaşına ulaştıktan sonraki yükümlülük farklılaşmaktadır. Yukarıda, Flexirentengesetz reformunu anlatırken bu konuda bilgi verdiğimiz için tekrara düşmemek adına değinmemekteyiz.

Almanya'da esnek emeklilik uygulaması genel hatlarıyla bu şekilde herhangi bir ek gelir sınırına tabi olmaksızın, tam esneklik anlayışının benimsenmesi ile güncel halini almıştır. Aşağıda esnek emeklilik çalışmalarının ardından gümüş çalışanların sistem içerisindeki yerini inceleyecek ardından sonuç kısmında değerlendirmemize yer vereceğiz.

## B. Almanya'da Gümüş Çalışanlar

Almanya'da esnek emekliliğe yönelik yapılan reformların gümüş çalışanlar üzerindeki etkisine değinilmesi çalışmaların etkinliğinin anlaşılabilmesi için elzemdir. Yapılan bir araştırmaya göre, 2000-2019 yılları arasındaki yaşlı istihdamı incelendiğinde 60 yaş ve üzerindeki çalışanların oranının sürekli arttığı görülmüştür<sup>124</sup>. Gerçekten de Alman Federal İstatistik Kurumunun verilerine göre; 60-64 yaş grubunun işgücü piyasasına katılımı diğer yaş gruplarına kıyasla daha fazla artarak son on yılda %47'den (2012) %63'e (2022) yükselmiştir. Bununla birlikte, emeklilik yaşının ötesinde istihdamda olan kişilerin yani gümüş çalışanların oranı da

---

rung%20des%20Vierten%20Buches%20Sozialgesetzbuch%20und%20anderer%20Gesetze,-8.&text=Das%20Vierte%20Buch%20Sozialgesetzbuch%20(SGB,die%20regelm%C3%A4%C3%9Fig%20der%20Anpassung%20bed%C3%BCrfen. (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

121 JASSAT, §42, Rn. 7-8.

122 ROßBACH, §35, Rn. 12.

123 DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Altersrente, s. 4.

124 MEYER/WALPRECHT/PETERSEN/KÜHNHENREICH, s. 91-92.

kısa bir süre içinde keskin bir şekilde artmıştır. 2012 yılında 65-69 yaş arasındaki kişilerin %11'i emekli olmasına rağmen çalışmaya devam etmekten 2022 yılında bu oran %19'a yükselmiştir<sup>125</sup>.

Ne var ki söz konusu artışın esnek emeklilik hükümlerinden ziyade emeklilik yaşının kademeli olarak yükseltilmesi ve ortalama yaşam süresinin artmasından ileri geldiği düşünülmektedir<sup>126</sup>. Bunun yanı sıra gümüş çalışanların istihdam oranının artmasının bir diğer nedeni olarak eğitim seviyesinin yükselmesi ve eğitim seviyesi ile işgücüne daha uzun süreyle katılımın doğru orantılı olması gösterilmektedir<sup>127</sup>.

Alman emeklilik sigortası sisteminin genel özelliklerine değinirken, yasal emeklilik yaşı sınırına ulaşıldığında emekli olma zorunluluğu olmadığını, sigortalıların emekliliklerini erteleyip prim ödemeye devam ederek ileride alacakları aylıklarının miktarını artırabileceklerine değinmiştik<sup>128</sup>. Söz konusu yaklaşım gümüş çalışanların istihdamda yer almasını desteklemeye yöneliktir. Buna rağmen 2021 yılı verilerine göre emeklilik yaşından sonra çalışmak istemeyenlerin oranı %44 iken emekliliğin yanı sıra çalışmak isteyen veya halihazırda çalışanların oranı %43 olup birbirine çok yakındır<sup>129</sup>. Alman Federal İş Kurumu verilerine göre yaklaşık 317 bin kişi, sosyal güvenlik primlerine bağlı olarak çalışmaya devam etmek için 30 Haziran 2022'de emekliliğin başlangıcını ertelemiştir. Yaklaşık 990 bin emekli ise halihazırda çalışmaya devam etmektedir<sup>130</sup>. Gümüş çalışanların önemli bir kısmının kısmi zamanlı çalıştığı belirtilerek bunun Almanya'ya özgü bir durum olduğu vurgulanmaktadır<sup>131</sup>.

Almanya'da sürdürülebilir emeklilik sisteminin gümüş çalışanların istihdamdaki oranını artırmakta bulduğu çözüm insanları "ölene kadar

<sup>125</sup> Söz konusu istatistikler için bkz. <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/Aeltere-Menschen/erwerbstaetigkeit.html> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

<sup>126</sup> MEYER/WALPRECHT/PETERSEN/KÜHNHENREICH, s. 91-92.

<sup>127</sup> <https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/Aeltere-Menschen/erwerbstaetigkeit.html> (Erişim Tarihi: 28.09.2024).

<sup>128</sup> DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG, Altersrente, s. 14.

<sup>129</sup> MEYER/WALPRECHT/PETERSEN/KÜHNHENREICH, s. 98.

<sup>130</sup> <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/arbeit-und-soziales/rund-um-die-rente/flexirente-2195570#:~:text=hatten%20einen%20Minijob-,Die%20Flexirente,den%20Ruhestand%20individueller%20gestalten%20k%C3%B6nnen.> (Erişim Tarihi: 17.09.2024).

<sup>131</sup> LEIBTSEDER, s. 12.

çalışma" ya da "çalışamayacak duruma gelene kadar çalışma" ya zorlanmaktadır kanaatindeyiz. OECD ülkelerinde 65 yaşındaki bir kimsenin ortalama 19,5 yıl daha yaşam beklentisi olduğu ifade edilmektedir. Geriye kalan 19'5 yıllık ömürlerinin ise sadece 9,4 yılının sağlıklı olarak geçirileceği tahmin edilmektedir<sup>132</sup>. Kişileri bir bütün olarak ele alıp herkesin aynı yaşta aynı çalışma gücünde olacağını varsayarak nasıl yaşlandıklarını, sağlıklı yaşlanabilmek için gerekli koşulları kendilerine sağlayıp sağlayamadıklarını önemsemeksizin yıllarca sisteme katkı yapmış sigortalıları çıkmaza sürüklemenin ötesinde adımların atılması gerekmektedir. Örneğin eğitim seviyesi yüksek bir Alman ile Almanya'ya sonradan gelmiş asgari ücretle çalışan bir göçmenin aynı koşullar altında çalışmadığı, yaşamadığı ve yaşlanamadığı düşünülmeden ağırlaştırılan emeklilik şartlarına maruz bırakılması, emekli olduktan sonra da prim ödemeye devam etmesi halinde yaşlılık aylığını artırabilme imkânı getirmek sürdürülebilir emeklilik politikasının herkes için değil, toplumun bir kesimine yönelik olduğu izlenimi yaratmaktadır. Nitekim yaşlılıkta devlet desteğine bağımlı olanların oranı, Almanlar için %2,6 iken yabancılar için %17,5'tir<sup>133</sup>.

Tüm bu nedenlerle Almanya'da, emekli olduktan sonra çalışma olumlu bir durumdan ziyade "*emeklilik düinde kaldı, artık düşene kadar çalışmak emeklilerin modern kaderi*" olarak nitelendirilerek olumsuz yönüne vurgu yapılan, emeklilerin düşük emekli aylıkları nedeni ile çalışmak zorunda kaldıkları yorumlarıyla da gündeme gelmektedir<sup>134</sup>. Nitekim 2021 yılı itibariyle 4,9 milyon emeklinin (emeklilerin %27,8'ine karşılık gelmektedir) aylık net gelirin 1000 Euro'nun altında olduğu tespit edilmiştir. Bunun gibi gümüş çalışanların %40,8'inin ana gelir kaynağı çalıştıkları işten elde ettikleri kazanç olup yaşlılıkta yoksulluğa karşı mücadele içerisindedirler<sup>135</sup>.

#### IV. KONUNUN TÜRKİYE AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

<sup>132</sup> INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION, s. 3.

<sup>133</sup> Bkz. [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/09/PD22\\_N061\\_12\\_13.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/09/PD22_N061_12_13.html) (Erişim Tarihi: 14.10.2024).

<sup>134</sup> SCHERGER/HAGEMANN/HOKEMA/LUX, s. 8. Benzer yönde bkz. HESS, s. 4.

<sup>135</sup> Veriler için bkz. [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/09/PD22\\_N061\\_12\\_13.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/09/PD22_N061_12_13.html) (Erişim Tarihi: 14.10.2024).



Türkiye İstatistik Kurumu'nun verilerine göre ülkemizin yaşlı<sup>136</sup> nüfusu diğer yaş gruplarının nüfusuna göre daha yüksek bir hızda artış göstermektedir. Her ne kadar ülkemiz oransal olarak yaşlı nüfus yapısına sahip ülkelere nazaran genç bir nüfusa sahip gibi gözükse de mutlak yaşlı sayısının oldukça fazla olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle demografik dönüşüm ülkemiz için de söz konusudur<sup>137</sup>.

Yaşlanan nüfusun yaşlılık sigortasının finansmanı üzerindeki etkisinin tartışılabilmesi için öncelikle aktif/pasif dengesinin incelenmesi gerekmektedir. Bir emeklilik sisteminde aktüeryal dengenin sağlanabilmesi için aktif/pasif oranının 4 olması gerektiği belirtilmektedir. Başka bir ifade ile 4 çalışanın bir emekliye karşılık gelmesi beklenmektedir. Yapılan bir araştırmaya göre ülkemizdeki aktif/pasif oranı 1,9'dur. Avrupa'da ise bu oran ortalama 1,6'dır. Ne var ki ülkemizde 2023 Mart ayında kamuoyunda Emeklilikte Yaşa Takılanlar (EYT) olarak bilinen kesim için çıkarılan yasa ile emekli sayısında yaşanan artışla birlikte aktif/pasif oranının 1,67'e gerilediği tespit edilmiştir<sup>138</sup>.

Aktif/pasif dengesindeki sorunlar ülkemiz için yeni değildir. Henüz demografik dönüşümün bu denli hissedilmediği, genç nüfusa sahip olduğumuz dönemlerde dahi yaşlanan nüfusa sahip ülkelerin karşılaştıkları sorunları yaşamaktaydık. Bunun nedeninin yaşlılık sigortasının amaç dışı kullanımının doğurduğu erken emeklilik ve genç yaşta emeklilik olduğu belirtilmektedir<sup>139</sup>. Erken emeklilik Almanya'da olduğu gibi yasal emeklilik yaşının 3 veya 5 yaş altındaki sigortalılara emekli olma imkânı getirmek iken genç yaşta emeklilik yaşa bağlı olmadan emekli olunması

<sup>136</sup> Türkiye İstatistik Kurumu "yaşlı" kavramını, 65 yaş ve daha üzerindeki kişiler olarak tanımlamaktadır. Bkz. **TÜRKİYE İSTATİSTİK KURUMU**, İstatistiklerle Yaşlılar (Elderly Statistic) 2021, Ankara2022, [https://www.tuik.gov.tr/media/announcements/istatistiklerle\\_yaslilar\\_2021.pdf](https://www.tuik.gov.tr/media/announcements/istatistiklerle_yaslilar_2021.pdf) s. XIII (Erişim Tarihi: 14.10.2024).

<sup>137</sup> **TÜRKİYE İSTATİSTİK KURUMU**, s. 1. Demografik dönüşüm; nüfustaki ölüm ve doğum oranları azalırken beklenen yaşam süresinin artması, çocuk ve gençlerin nüfus içerisindeki oranı azalırken yaşlıların toplam nüfus içindeki oranının artmasıdır, bkz. **TÜRKİYE İSTATİSTİK KURUMU**, s. 1.

<sup>138</sup> Söz konusu veriler; Avrupa İstatistik Ofisi (Eurostat), TÜİK ve SGK verilerine dayalı olarak gerçekleştirilen bir araştırmaya dayanmaktadır. Bkz. **DİSKAR**, Avrupa'da ve Türkiye'de Emeklilerin Durumu, İstanbul2024, <https://arastirma.disk.org.tr/wp-content/uploads/2024/03/Avrupada-ve-Turkiyede-Emekliler-Rapor-Mart-2024-Son-Rev.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2024), s. 12, s. 16-17.

<sup>139</sup> **ALPER**, Yusuf, "Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti", Çimento İşverenleri Dergisi, C. 11, S. 1, 1997, s. 3-15, s. 6.

ya da emekli olabilme yaşının çok düşük tespit edilmesidir. Ülkemizde erken emeklilik değil genç yaşta emeklilik söz konusu olmuş<sup>140</sup>, bunun getirdiği sorunlar hala çözülememiştir. Nitekim 2016 yılı itibariyle emeklilik aylığı alanların yaş ortalaması 52,7'dir<sup>141</sup>. Genç yaşta emekliliğin doğurduğu sorunlar göz ardı edilerek 2023 yılında EYT kapsamındaki sigortalılara, emeklilik başvurusunda bulunacak kişilere, yaş dışındaki diğer şartları taşımaları halinde aylık bağlanacağı düzenlenmiştir<sup>142</sup>. EYT, aktif/pasif dengesinin bozulmasının yanı sıra anayasaya aykırılığı noktasında da tartışmalara neden olmuştur.<sup>143</sup>

Erken emeklilik bir yana genç emeklilik yönünde adımlar atan ülkemizde söz konusu çalışmalar istihdam politikası çerçevesinde alınmış kararlar doğrultusunda gerçekleştirilmemiş, politik emeklilik yaşı olarak adlandırılan, baskı gruplarının etkisi ile emeklilik yaşının belirlenmesi<sup>144</sup> şeklinde ortaya çıkmıştır. Genç yaşta emeklilik uygulamasının sonucu olarak ise sosyal güvenlik destek primi ile çalışma ortaya çıkmıştır. Genç yaşta emekli olan sigortalılar yeniden çalışma hayatına dönerek kayıt dışı çalışmaya başlamıştır. Kayıt dışı çalışmanın önüne geçebilmek için genç emeklilere sosyal güvenlik destek primi ile çalışma imkânı getirilmiştir. Türk sosyal güvenlik hukukuna özgü bu uygulamanın sigortalılık haklarına bir katkısı bulunmamaktadır. SGDP ile çalışmak 5510 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılarak bu Yasa yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilk defa sigortalı olanların emekli aylığı alıp aynı zamanda SGDP ödeyerek

<sup>140</sup> ALPER, s. 6; ARICI, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 405. 1969 yılında yaşlılık sigortasından emeklilik aylığı alabilmek için gerekli yaş koşulu kaldırılmış, kadınlar 38, erkekler ise 43 yaşında emeklilik aylığına hak kazanabilmiştir, ARICI, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 405. 1999 yılında yapılan değişiklik ile emeklilik yaşı kadınlar için 58 erkekler için 60'a yükseltilmiştir. 2008 yılında yapılan yeni bir düzenleme ile erkeklerde 2036-2044 döneminde, kadınlarda 2036-2048 döneminde kademeli olarak 65 yaşına yükseltilmiştir. Söz konusu bilgiler için bkz. T.C. KALKINMA BAKANLIĞI, On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), Sosyal Güvenlik Sisteminin Sürdürülebilirliği, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2018, s. 16-17.

<sup>141</sup> T.C. KALKINMA BAKANLIĞI, s. 15.

<sup>142</sup> Bkz. 7348 Sayılı Kanun, 03.03.2023 T. 32121 S. RG.

<sup>143</sup> Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇOPUROĞLU, Çağlar, 7438 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 50, 2023/II, s. 116-126.

<sup>144</sup> ALPER, s. 10.

çalışmaya devam etmesi mümkün değildir<sup>145</sup>. 5510 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden evvel sigortalı olup şu an emekli aylığı almaya hak kazananların SGDP ödeyerek çalışmaya devam etmesi ise mümkündür. Bu bağlamda EYT kapsamında çıkarılan 7348 sayılı Yasadan yararlanarak emekli olanların da SGDP ödeyerek çalışmaya devam etme hakkı bulunmaktadır, zira anılan Yasadan yararlanabilmenin şartı 08.09.1999 yılından evvel sigortalı olmaktır. Anılan sigortalıların emekli olduktan sonra aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde SGDP primlerinin işveren payına düşen kısmının 5 puanlık karşılığının Hazinece ödeneceği düzenlenerek<sup>146</sup> işverenlerin EYT'li emeklileri çalıştırması teşvik edilmiştir. Ne var ki bu teşvik 7254 sayılı Yasa m.30 ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>147</sup>.

Esnek emeklilik ve gümüş çalışanlar ile ilgili olabilecek düzenlemelere yukarıda genel hatları ile değinmeye çalıştık. Anılan uygulamalar göstermektedir ki ülkemizin sürdürülebilir emeklilik tartışmalarına ihtiyaç duymadığı yıllarda erken emeklilikten ziyade genç yaşta emekliliğin tercih edilmesi sistemi içinden çıkılmaz bir noktaya sürüklemiştir. Genç yaşta emekliliğin kayıt dışı istihdam olarak geri dönmesinin SGDP primi ödenerek çözülmeye çalışılması sorunu çözmek bir yana daha da derinleştirmiştir. Dolayısı ile ülkemizde gümüş çalışanların istihdamda kalmasını teşvik edici herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını ifade edebiliriz. Zira sigortalıların emekli aylıkları kesilmeksizin çalışması, esnek emeklilik çerçevesinde emekli aylığı alırken çalışmaya devam etmesi artık söz konusu olamayacaktır. Sadece belirli bir kesime uygulanmaya devam edilen SGDP ödeyerek çalışmaya devam edebilme sigortalıların emeklilik haklarını artırıcı bir etki yapmadığından bunu da esnek emeklilik kapsamında isabetli bir yaklaşım olarak görememekteyiz.

Gümüş çalışanların istihdamda kalması mevcut Yasa hükümleri çerçevesinde desteklenmese de SGDP ödeyerek aylıkları kesilmeksizin

<sup>145</sup> SGDP ödeyerek aylıkları kesilmeksizin çalışmaya devam etmek sosyal güvenlik sistemimiz için yanlış bir uygulama olarak görülmekle beraber 5510 sayılı Yasa ile bu uygulamaya ileriye dönük olarak son verilmesi eleştirilmektedir. Zira genç yaşta emekliliğin genç işsizliğe çözüm üretmek amacıyla getirildiği ancak SGDP ödeyerek çalışmanın bu amacın gerçekleştirilmesini engellediği ifade edilmektedir. Söz konusu eleştiriler ve SGDP ile çalışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ARICI**, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 405-409; **GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU**, s. 630-635.

<sup>146</sup> Bkz. 7348 Sayılı Yasa, m.1/2 ile 5510 Sayılı Yasa Geçici m.95'de değişiklik yapılmıştır.

<sup>147</sup> Bkz. 02.08.2024 T. ve 32620 S. RG.

çalışmaya devam edebilecek emeklilerin çalışma hayatındaki yeri ülkemiz için de önemlidir. Sosyal Güvenlik Kurumunun aylık sigortalı istatistikleri incelendiğinde görüleceği üzere 2023 Temmuz ayında 1.864.988 milyon olan SGDP'e tabi olarak çalışanlar 2024 Temmuz ayı itibarıyla 2.032.094 milyona ulaşmıştır<sup>148</sup>. Özellikle emeklilik yaşının 65'e yükseltilmesinin ardından 55-64 yaş grubunun işgücüne katılım oranı artmıştır<sup>149</sup>. Resmi verilerin yanı sıra, emeklilerin sosyal güvenlik haklarına hali hazırda sahip olması, çalışmak isteyen gümüş çalışanları kayıt dışı istihdamda çalışmaya itmektedir<sup>150</sup>. 2017 yılında kayıt dışı istihdamda %83,4'lük oranla 65 yaş ve üstü yaş grubu birinci sırada yer almaktayken, 60-64 yaş grubu ikinci sırada, 55-59 yaş grubu üçüncü sırada yer almıştır. Emeklilik yaşının yükseltilmesi ile prim süresini tamamlayan sigortalıların yaş haddine ulaşıncaya dek kayıt dışı çalışmayı tercih ettikleri tahmin edilmektedir<sup>151</sup>. Nitekim yaklaşık 2 milyon gümüş çalışanın kayıt dışı istihdamda çalıştığı düşünülmektedir. Dolayısı ile resmi veriler ve kayıt dışı istihdam düşünüldüğünde toplamda yaklaşık 4 milyona yakın gümüş çalışanın varlığından söz edebiliriz<sup>152</sup>. Söz konusu veriler ışığında ülkemizde önemli oranda gümüş çalışanın istihdamda kalmaya devam etmek istediği gözlemlenmesine karşın buna yönelik esnek emeklilik düzenlemeleri henüz söz konusu değildir. Hukuki bir düzenleme olmadığı için de kayıt dışı istihdamda yönelim artmaktadır. Ülkemizde gümüş çalışanların sayısının yüksek olmasının nedeninin düşük emeklilik aylıkları olduğu ifade edilmektedir<sup>153</sup>.

Ülkemizde şu an emeklilerin 1999 yılından evvel sigortalı olup 50'li yaşlarında oldukları göz önüne alındığında gümüş çalışanların istihdamda uzun yıllar kalması söz konusudur. Dolayısı ile esnek emeklilik düzenlemeleri getirilerek gümüş çalışanların kayıt dışı istihdamının

<sup>148</sup> İstatistikler için bkz. <https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Aylik/42919466-593f-4600-937d-1f95c9e252e6/> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

<sup>149</sup> SARICA, Sevilay, "Türkiye'de Emeklilik Yaşının Artırılması Sonrası Yaşlı İşgücünün İşsizliğe Etkisi: Ekonometrik Bir Analiz", *Fiscoeconomia*, C. 7, S. 3, 2023, s. 2443.

<sup>150</sup> Öğretide, emeklilik yaşı henüz gelmediği için çalışmak zorunda kalan kişilerin genellikle kayıt dışı veya atipik ve güvencesiz çalışma biçimlerine yöneldiği belirtilmektedir. Bkz. UGAN ÇATALKAYA, s. 782.

<sup>151</sup> T.C. KALKINMA BAKANLIĞI, s. 57-58; SARICA, s. 2444.

<sup>152</sup> Bkz. TÜRKİYE EMEKLİLER DERNEĞİ, TÜED Aylık Bülten, S. 259, Haziran 2024, <https://tued.com.tr/tued-bulten/sayi259.pdf> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

<sup>153</sup> SARICA, s. 2444-2445.

önüne geçilmesi elzemdir. Esnek emeklilik düzenlemelerinde kişilerin emeklilik aylıklarını kısmi aylık olarak alma zorunluluğu, ek gelir sınırı ve prim ödemeye devam ederek emeklilik haklarını artırabilmesi dikkate alınması gereken noktalardandır. Zira Almanya'nın güncel esnek emeklilikteki sınırsız ek gelir uygulaması esnek emekliliği ancak teoride bırakan bir yaklaşım olup kanaatimizce hem emeklilik aylığı alma hem de sınırsız ek gelir elde etme, emekliliği ek gelir olarak sunma sonucunu doğurur. Bu noktada yapılması gereken güncel yasal emeklilik yaşından çok daha önce emekli olmuş bireylerin sistem üzerindeki yükünü azaltmak olmalıdır. Emeklilik aylıklarının düşük olması ayrı bir tartışma konusu olup salt düşük emeklilik aylıkları nedeni ile ek gelir sınırı olmaması veya SGDP ödeyerek emeklilik aylıklarının tamamını almaya sistemin izin vermesi ne emeklilerin ne de yaşlılık sigortasının sorunlarını çözmeyecektir.

Kayıt dışı istihdamın önlenmesi için gümüş çalışanları sisteme dahil olmaya teşvik edici adımların atılması gerekmektedir. Bunun için her şeyden evvel yaş ayrımcılığının önlenmesine yönelik hukuki düzenlemeler ile hem yaşlı hem de gümüş çalışanların işverenler tarafından çalıştırılmasına yönelik teşviklerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Aslında ülkemiz için yaşlılık sigortasının sürdürülebilirliğinde gümüş çalışanlara ne denli ihtiyaç duyulduğunun tartışılması gerekmektedir. Çünkü esnek emeklilik ve gümüş çalışanlar kavramları çalışma çağındaki genç nüfusun ciddi biçimde düştüğü ülkelerin, sigortanın finansmanını sağlayabilmek için aktif iş gücü bulamaması sonucunda emeklileri sisteme dahil etmeye çalışması olarak karşımıza çıkmaktadır. Konu ülkemiz açısından değerlendirildiğinde işsizlik oranlarının yüksek olması yaşlılık sigortasının finansmanının aslında gümüş çalışanlar aracılığı ile değil çalışma hayatına katılabilecek aktif işgücünün değerlendirilmesi ve işsizlik sorununun incelenmesini gerektirdiği düşüncesini doğrulamaktadır. Nitekim TÜİK verilerine göre, Ağustos 2024 verilerine göre ülkemizde atıl işgücü oranı %27,2'dir<sup>154</sup>. Bunun gibi kadınların işgücüne katılım oranının erkeklerin yarısından az olduğu<sup>155</sup> göz önüne alındığında

<sup>154</sup> Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Isgucu-Istatistikleri-Agustos-2024-53514> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

<sup>155</sup>Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Kadin-2023-53675#:~:text=Hane-halk%C4%B1%20%C4%B0%C5%9Fg%C3%BCc%C3%BC%20Ara%C5%9Ft%C4%B1rmas%C4%B1%20sonu%C3%A7lar%C4%B1na%20g%C3%B6re,ise%20%71%2C4%20oldu> (Erişim Tarihi: 14.10.2024).

kadınların istihdamda yeterince yer bulamaması da değerlendirilmesi gereken bir başka husustur.

Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütünün yaptığı bir araştırmaya göre Dünya gayri safi yurt içi hasılasının %0.23'ünün küresel nüfusun sosyal korumasını sağlamak için yeterli olacağı tahmin edilmektedir. Bunun yanı sıra işgücüne katılımın önündeki engellerin kaldırılması başka bir ifadeyle kadınların ve göçmenlerin istihdam açıkları üzerinde çalışılması, kayıt dışı istihdamın olabildiğince azaltılarak sisteme kazandırılması emeklilik sistemlerinin sürdürülebilirliği noktasında devletlerin harekete geçebileceği noktalar olarak gösterilmektedir. Vergi kaçakçılığı ile mücadele edilmesi, vergilendirmede adaletin sağlanması da elzemdir<sup>156</sup>.

## SONUÇ

Demografik yaşlanmanın emeklilik sistemleri üzerindeki etkisi ülkelerin sosyal güvenlik sistemlerini "iyileştirmek" üzere adımlar atmaya zorlamaktadır. İyileştirme başlığı altında yapılan çalışmalar emeklilik sistemlerinde yer alan aktörlerden temelde sigortalılar üzerinden gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Zira sürdürülebilir emekliliğin öne çıkardığı kavramlardan yaşlı çalışan, gümüş çalışan ve esnek emeklilik kavramlarına baktığımızda bunu açıkça görmekteyiz. Sürdürülebilir bir emeklilik sistemi için yapılması gereken sigortalıların daha uzun yıllar çalışması, emekli olduktan sonra da çalışmaya devam etmesi ve bunu gerçekleştirebilmesi için de esnek emeklilik imkanları getirilerek "emekliliğe esnek geçiş" noktasında sigortalılara destek verilmesi olarak görülmektedir.

Açıklamaya çalıştığımız bu bakış açısını en iyi yansıtan ülkelerden biri Federal Almanya Cumhuriyeti'dir. Ancak Almanya'nın sürdürülebilir emeklilik politikasını sigorta ilişkisinin tek aktörü üzerinden yürütmektedir. Bunun yanı sıra mevcut %18,6'lık prim oranını demografik eğilimler göz önüne alarak 2028'den 2035 yılına dek %22,3'e yükseltme planı hem sigortalı hem de işverenin sisteme katkısını artırma hedefinin yansımasıdır. Halihazırda yükselen yasal emeklilik yaşı ile karşı karşıya olan sigortalılar ilerleyen yıllarda yüksek prim oranları ile de baş başa kalacaktır.

Kanaatimizce sürdürülebilir emeklilik sistemi başlığı altında yapılan çalışmalarda yük sigortalı üzerinde bırakılmakta, kimi zaman Almanya'daki gibi çok yüksek prim oranları ile nadiren de olsa işveren buna

ortak edilmektedir. Özetle sürdürülebilir bir emeklilik sistemi için sigortalı ve işverenin sorumlulukları artırılmaktadır. Bunun en çarpıcı örneği Almanya'nın ATZ politikasındaki işvereni desteklemeye yönelik teşvikleri 2009 yılında kaldırılmış olmasıdır. Sigorta ilişkisinin üçüncü aktörü olarak devlet sürdürülebilir emeklilik çalışmalarında olabildiğince az katkı yapma çabası içerisindedir.

Devletin başat aktör olarak kendisine sorumluluk yükleyemediği, nüfusun yaşlanmasının bedelini yaşlılara ödettiği bir yaklaşımda sadece "sözde" sürdürülebilir emeklilik reformlarından bahsedilebilir. Zira sürdürülebilir bir emeklilik sistemi için, sigorta ilişkisinde yer alan tüm aktörlerin, başta devlet olmak üzere sorumluluk alması gerektiği kanaatindeyiz.

Ülkemizin yaşlılık sigortasının temel sorunu Almanya'dakinden farklıdır. Bizde geçmişte atılan yanlış uygulamalar sonucunda günümüzde emeklilik aylığı alanların ortalama yaşı 52,7 olup söz konusu bireylerin esnek emeklilik reformları ile kayıtlı istihdama katılmasını sağlamak sistemin sorunlarını tam anlamıyla çözemese de önemli bir adım olacaktır. Halihazırda gümüş çalışanların ve prim ödeme gün sayısını doldurmasına rağmen yaş şartını karşılayamadığı için kayıt dışı çalışmaya yönelen kişilerin sayısının yüksekliği, emeklilik aylıklarının düşüklüğü ve 5510 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra sigortalı olanların aylıkları kesilmeksizin çalışmaya devam edemeyecek olması ileride yaşlılık sigortasının sürdürülebilirliğinde ciddi sorunlar yaratabilecektir. Bu nedenlerle sadece sigortalıların değil, diğer aktörlerin de yaşlılık sigortasının sürdürülebilirliği için fedakârlık yapacağı reform çalışmalarının ülkemiz için de bir an evvel başlaması gerektiği kanaatindeyiz.

Ülkemizde sürdürülebilir bir emeklilik sistemi için atılabilecek adımların başında emekli olunduktan sonra emekli aylıklarından kesinti yapılmak şartı ile çalışmaya devam edilmesinin önünün açılması gelmektedir. Genç yaşta emekli olanların oranının yüksekliği göz önünde tutularak, çalışarak elde edilecek gelire üst sınır getirilmesi tartışılabilir. Bunun dışında devletin rolü etkinleştirilerek âtil işgücünün ve kadınların çalışma hayatına kazandırılması, kayıt dışı çalışmanın önüne geçilmesi ve vergi kaçakçılığı ile mücadele edilerek vergide adaletin sağlanması elzemdir. Bunların yanı sıra kayıt dışı istihdamın önlenmesi için gümüş çalışanları sisteme dahil olmaya teşvik edici adımların atılması için her

şeyden evvel yaş ayrımcılığının önlenmesine yönelik hukuki düzenlemeler ile hem yaşlı hem de gümüş çalışanların işverenler tarafından çalıştırılmasına yönelik teşviklerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.



## KAYNAKÇA

- ALPER**, Yusuf: "Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti", Çimento İşverenleri Dergisi, C. 11, S. 1, 1997, s. 3-15.
- ARICI**, Kadir: "Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Yeni Bir Sorun: Yaşlı İşçiler", Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 931-952.
- ARICI**, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022 (Sosyal Güvenlik Hukuku).
- BAŞTERZİ**, Fatma: Yaşlılık Sigortası (Normların Uyumlaştırılması ve Yeniden Yapılandırılması Açısından), Ankara 2006.
- BERG**, Peter B./**HAMMAN**, Mary K./**PISZCZEK**, Matthew/**RUHM**, Christopher J.: "Can Policy Facilitate Partial Retirement? Evidence from Germany", IZA Discussion Papers, No. 9266, 2015.
- BÖRSCH-SUPAN**, Axel/**BUCHER-KOENEN**, Tabea/**KUTLU-KOÇ**, Vesile/**GOLL**, Nicolas: "Dangerous Flexibility- Retirement Reforms Reconsidered", Mea Discussion Papers, 2017, s. 1-57.
- BÖRSCH-SUPAN**, Axel/**SCHNABEL**, Reinhold: "Social Security and Retirement in Germany" NBER Working Paper No. 6153, 1997.
- BRUSSIG**, Martin/**KNUTH**, Matthias/**WOJTKOWSKI**, Sascha: Altersteilzeit: Zunehmend Beschäftigungsbrücke zum späteren Renteneintritt: Wegfall der Förderung verengt auch den Zugang in nichtgeförderte Altersteilzeit- Nachfolgetarifverträge fehlen, Altersübergangs- Report, No.2009-02, Universität Duisburg-Essen, Institut Arbeit und Qualifikation (IAQ), Duisburg 2009.
- BUNDESAGENTUR FÜR ARBEIT**: Vorruhestand und Altersrente, 2009, [https://www.arbeitsagentur.de/vor-ort/datei/vorruhestand\\_und\\_altersrente\\_ba134292.pdf](https://www.arbeitsagentur.de/vor-ort/datei/vorruhestand_und_altersrente_ba134292.pdf) (Erişim Tarihi: 08.009.2024).
- CENTEL**, Tankut: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2021.
- ÇOPUROĞLU**, Çağlar: 7438 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 50, 2023/II, s. 116-126.
- DELLER**, Jürgen/**LIEDTKE**, Patrick M./**MAXIN**, Leena M.: "Old-Age Security and Silver Workers: An Empirical Survey Identifies Challenges for Companies, Insurers and Society", The Geneva Papers, S. 34, 2009, s. 137-157.

**DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG**, Flexirente: Das ist neu für Sie, 3. Auflage, 2017, [https://www.uni-regensburg.de/assets/universitaet/schwerbehindertenvertretung/flexirente\\_das\\_ist\\_neu\\_fuer\\_sie.pdf](https://www.uni-regensburg.de/assets/universitaet/schwerbehindertenvertretung/flexirente_das_ist_neu_fuer_sie.pdf), (Erişim Tarihi: 05.09.2024) (Flexirente).

**DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG**: Altersrente: Unbegrenzt hinzuverdienen, 36. Auflage, S. 7, 2024, [https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/national/altersrentner\\_hinzuverdienst.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=14#:~:text=Seit%20dem%201.,vorgezogenen%20Altersrenten%20vollst%C3%A4ndig%20weg%20gefallen.](https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/national/altersrentner_hinzuverdienst.pdf?__blob=publicationFile&v=14#:~:text=Seit%20dem%201.,vorgezogenen%20Altersrenten%20vollst%C3%A4ndig%20weg%20gefallen.) (Erişim Tarihi: 28.09.2024) (Altersrente).

**DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG**: Die Geschichte der Deutschen Rentenversicherung, [https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Historie/historie\\_detailseite.html](https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Ueber-uns-und-Presse/Historie/historie_detailseite.html) (Erişim Tarihi: 06.09.2024) (Geschichte).

**DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG**: Unsere Sozialversicherung, 50. Auflage, Berlin 2022 (Sozialversicherung).

**DİLİK**, Sait: Türkiye’de Sosyal Sigortalar, Ankara 1972.

**DİSKAR**: Avrupa’da ve Türkiye’de Emeklilerin Durumu, İstanbul 2024, <https://arastirma.disk.org.tr/wp-content/uploads/2024/03/Avrupada-ve-Turkiyede-Emekliler-Rapor-Mart-2024-Son-Rev.pdf> (Erişim Tarihi: 14.10.2024).

**DOMNAUER**, Ariane/**STOSBERG**, Rainer: “Das Flexirentengesetz”, RVaktuell, S. 1, 2017, s. 7-17.

**EUROFOUND**: Extending working lives through flexibleretirement schemes: Partial retirement Member, Luxembourg 2016.

**FÖRSTER**, Wolfgang/**JURKAT**, Detlef: “Einführung der Teilrente in der gesetzlichen Rentenversicherung und ihre Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung”, NZS, Neue Zeitschrift für Sozialrecht, S. 3, 1992, s. 87-91.

**GHOSHEH JR.**, N.S./**LEE**, Sangheon/**MCCAN**, Deidre: Conditions of work and employment for older workers in industrialized countries: Understanding the issues, International Labour Organization, Geneva 2006.

- GORDANA, Đukić P./BİLJANA, Ilić S./LEPOSAVA, Jovanović M.:** “Sustainable and silver economy- focus on pension system”, 10th International Symposium On Natural Resources Management, 2020, s. 105-112.
- GOVERNMENT OF ALBERTA: HUMAN RESOURCES AND EMPLOYMENT SAFE AND HEALTHY:** A Guide to Managing an Aging Workforce, Alberta 2006, <https://open.alberta.ca/dataset/08869008-73bf-47ac-8021-923d98f5953f/resource/1d3936f5-49b8-49c4-aeff-6ab757319fe5/download/3531406-2006-safe-and-healthy-guide-to-managing-aging-workforce.pdf> (Erişim Tarihi: 26.06.2024).
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen:** Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2021.
- HARASTY, Claire/OSTERMEIER, Martin:** Population Ageing: Alternative measures of dependency and implications for the future of work, ILO Working Paper 5, Geneva 2020, [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed\\_emp/documents/publication/wcms\\_747257.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/documents/publication/wcms_747257.pdf) (Erişim Tarihi: 27.06.2024).
- HEDGE, Jerry W./BORMAN, Walter C.:** Employee Age and Performance in Organizations, Shultz, Kenneth S./Adams, Gary A. (Editörler), Aging and Work in the 21st Century, 2nd Ed., Routledge, New York 2019.
- HERTEL, Guido/ZACHER, Hannes:** Managing The Aging Workforce, Anderson, Neil/ Ones, Deniz S./ Viswesvaran, Chockalingam/Kepir Sinangil, Handan (Editörler), Handbook of Industrial, Work, & Organizational Psychology, 2nd Ed., Volume 3, London 2018.
- HESS, Moritz:** “Retirement Expectations in Germany — Towards Rising Social Inequality?”, Societies, C. 8, S. 50, 2018, s. 1-11.
- HUBER, Martin/LECHNER, Michael/WUNSCH, Conny:** “The Effect Of Firm’s Phased Retirement Policies On The Labor Market Outcomes Of Their Employees”, ILR Review, C. 69, S. 5, 2016, s. 1216-1248.
- INTERNATIONAL TRADE UNION CONFEDERATION:** Adequacy and sustainability of pension systems in the context of demog-

- raphic ageing, 2019, [https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/adequacy\\_and\\_sustainability\\_of\\_pension\\_systems\\_in\\_the\\_context\\_of\\_demographic\\_ageing\\_en.pdf](https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/adequacy_and_sustainability_of_pension_systems_in_the_context_of_demographic_ageing_en.pdf) (Erişim Tarihi: 06.06.2024).
- JASSAT**, Raimund: SGB VI, Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, 73. Auflage, München 2024.
- KANTARCI**, Tunga: Essays on partial retirement, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tilburg Üniversitesi, Ekonomi Araştırmaları Merkezi, Tilburg 2012.
- KIRKWOOD**, T. B. L. "The Origins of Human Ageing", *Philosophical Transactions: Biological Sciences C.* 352, S. 1363, 1997, s. 1765-1772.
- KORKUSUZ**, Refik/UGUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. Baskı, Bursa 2020.
- KREIKEBOHM**, Ralf: Einleitung, Kreikebohm, Ralf/Roßbach, Gundula (Hrsg.), Sozialgesetzbuch Gesetzliche Rentenversicherung –SGB VI–,6. Auflage, München 2021.
- LATULIPPE**, Denis/TURNER, John: "Partial retirement and pension policy in industrialized countries", *International Labour Review*, C. 139, S. 2, 2000, s. 179-195.
- LEIBETSEDER**, Bettina: "Country profile – Germany Policies for longer working lives and two good practices", CBSS Publications, 2022, [https://cbss.org/wp-content/uploads/2022/08/sustainable-working-life\\_country-report\\_germany.pdf](https://cbss.org/wp-content/uploads/2022/08/sustainable-working-life_country-report_germany.pdf) (Erişim Tarihi: 04.10.2024).
- MANPOWERGROUP TALENT SOLUTIONS**: Silver Workforce Studie 2023, <https://campaign.talentsolutions.de/silver-workforce#form> (Erişim Tarihi: 16.07.2024).
- MARSHALL**, Victor W./ **MUELLER**, Margaret M.: Rethinking Social Policy for an Aging Workforce and Society: Insights from the Life Course Perspective, Canadian Policy Research Networks Inc., CPRN Discussion Paper Iss. W118, 2002, s. 1-57.
- MAXIN**, Leena/**DELLER**, Jürgen: "Activities in retirement: Individual experience of Silver Work", *Comparative Population Studies*, C. 35, S. 4, 2011, s. 801-832.

- MCCARTHY**, Jean/**HERATY**, Noreen/**CHRISTINE**, Cross/**CLEVELAND**, Jeanette: "Who is considered an 'older worker'? Extending our conceptualisation of 'older' from an organisational decision maker perspective", *Human Resource Management Journal*, C. 24, S. 4, 2014, s. 374-393.
- MEYER**, Iris/**WALPRECHT**, Sylvana/**PETERSEN**, Malte/**KÜHNHENREICH**, Daniel: "Wie Wirksam Ist Das Flexirentengesetz Bisher? Ein Kooperationsprojekt Zur Gesetzevaluierung", *Statistisches Bundesamt (Destatis), WISTA*, S. 5, 2022, s. 88-102.
- MULEY**, Reday/**DELSEN**, Lei: "Gradual Retirement in the OECD Countries, a Summary of the Main Results", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, C. 21, S. 81, 1996, s. 502-523.
- NAEGELE**, Gerhard: "Gradual Retirement in Germany", *Journal of Aging & Social Policy*, C. 10, S. 3, 1999, s. 83-102.
- OECD**: "Flexible retirement in OECD countries", *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*, Paris 2017 (Flexible Retirement).
- ÖKTEM ÖZGÜR**, Ayşenur: *Yaşlı İstihdamının Sosyo-Psikolojik Analizi*, Ankara 2021.
- PIMPERTZ**, Jochen/**STETTES**, Oliver: "Silver Worker: Beschäftigung jenseits der Regelaltersgrenze aus Arbeitnehmer und Arbeitgeberperspektive", *IW-Trends-Vierteljahresschrift zur empirischen Wirtschaftsforschung*, C. 47, S. 2, 2020, s. 43-63.
- PITT-CATSOUPHES**, Marcie/**SMYER**, Michael A.: "How old are today's older workers?", *The Center on Aging and Work/Workplace Flexibility*, Issue Brief 04, 2006, s. 1-6.
- PLATTS**, Loretta G./**IGNATOWICZ**, Agnieszka/**WESTERLUND**, Hugo/**RASOAL**, Dara: "The nature of paid work in the retirement years", *Ageing & Society*, S. 43, 2023, s. 1310-1332.
- REDAY-MULVEY**, Geneviève: *Working Beyond 60 Key Policies and Practices in Europe*, New York 2005.
- RITTWEGER**, Stephan: *ATG, Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Mießling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht*, 72. Edition, München 2024.
- ROCCO**, Tonette S./**STEIN**, David/**LEE**, Chan.: "An Exploratory Examination of the Literature on Age and HRD Policy Development",

- Human Resource Development Review, C. 2, S. 2, 2003, s. 155-180.
- ROLFS**, Christian: "Die neue Flexirente", NZS, Neue Zeitschrift für Sozialrecht, S. 5, 2017, s. 164-169.
- ROßBACH**, Gundula: SGB VI, Knickrehm, Sabine/Roßbach, Gundula/Waltermann, Raimund (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 8. Auflage, München 2023.
- SAKOWSKI**, Klaus: Arbeitsrecht, 3. Auflage, Berlin 2022.
- SAMORODOV**, Alexander: Ageing and labour markets for older workers, Geneva 1999, [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed\\_emp/documents/publication/wcms\\_120333.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/documents/publication/wcms_120333.pdf). (Erişim Tarihi: 27.06.2024).
- SARICA**, Sevilay: "Türkiye'de Emeklilik Yaşının Artırılması Sonrası Yaşlı İşgücünün İşsizliğe Etkisi: Ekonometrik Bir Analiz", Fiscoeconomia, C. 7, S. 3, 2023, s. 2437-2466.
- SCHALK**, René/**VAN VELDHoven**, Marc/**DE LANGE**, Annet/**DE WITTE**, Hans: "Moving European research on work and ageing forward: overview and agenda", European Journal of Work and Organizational Psychology, C. 19, S. 1, 2010, s. 76-101.
- SCHERGER**, Simone/**HAGEMANN**, Steffen/**HOKEMA**, Anna/**LUX**, Thomas: Between privilege and burden: Work past retirement age in Germany and the UK, ZeS-Arbeitspapier, S. 04/2012, Universität Bremen, Zentrum für Sozialpolitik (ZeS), Bremen 2012.
- SCHULTZ**, Kenneth S./**ADAMS**, Gary A.: Introduction and Overview, Schultz, Kenneth S./Adams, Gary A. (Editörler), Aging and Work in the 21st Century, 2nd Ed., New York 2019.
- SEYYAR**, Ali: Sosyal Güvenlik Terimleri, İstanbul 2005.
- STATISTISCHES BUNDESAMT (DESTATIS)**: Blick auf die Flexirente, Berlin 2021.
- T.C. KALKINMA BAKANLIĞI**: On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), Sosyal Güvenlik Sisteminin Sürdürülebilirliği, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2018.

- TOLAN**, Songül: Partial Retirement, Financial Student Aid and Labor Market Responses, Empirical Evidence From Germany, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Freie Universität, Fachbereich Wirtschaftswissenschaft, Berlin 2017.
- TRAMPUSCH**, Christine/**EICHENBERGER**, Pierre/**de ROO**, Micha/**BARTLETT RISSI**, Robin/**BIERI**, Isabelle/**SCHMID**, Laura/**STEINLEIN**, Simon (eds.) Early Retirement in Germany, REBECA (Research on Social Benefits in Collective Agreements). Database, Part 2 'Social Benefits in Collective Agreements'. SNFProject No. 100012-119898. Institute of Political Science, University of Berne, 2010.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 4. Bası, İstanbul 1988.
- TÜRKİYE EMEKLİLER DERNEĞİ**: TÜED Aylık Bülten, S. 259, Haziran 2024, <https://tued.com.tr/tued-bulten/sayi259.pdf> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).
- TÜRKİYE İSTATİSTİK KURUMU**: İstatistiklerle Yaşlılar (Elderly Statistic) 2021, Ankara 2022, [https://www.tuik.gov.tr/media/announcements/istatistiklerle\\_yaslilar\\_2021.pdf](https://www.tuik.gov.tr/media/announcements/istatistiklerle_yaslilar_2021.pdf) s. XIII (Erişim Tarihi: 14.10.2024).
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz**: "Nüfusun Yaşlanması Yönündeki Demografik Değişimin Sosyal Güvenlik Sistemlerine Etkisi: Endişeler ve Önlemler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024, C. 19, S. 221, s. 755-798.
- UNITED NATIONS**, World Population Prospects 2022 Summary of Results, 2022, [https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/wpp2022\\_summary\\_of\\_results.pdf](https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/wpp2022_summary_of_results.pdf) (Erişim Tarihi: 06.06.2024) (World Population Prospects 2022).
- UNITED NATIONS**, Leaving No One Behind In An Ageing World, World Social Report 2023, <https://desapublications.un.org/publications/world-social-report-2023-leaving-no-one-behind-ageing-world> (Erişim Tarihi: 27.11.2024) (World Social Report).
- WALTERMANN**, Raimund: Arbeitsrecht, 19. Auflage, München 2018.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION**: Men, ageing and health : achieving health across the life span, Geneva 2001,

[https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/66941/WHO\\_NM\\_H\\_NPH\\_01.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/66941/WHO_NM_H_NPH_01.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y), (Erişim Tarihi: 26.06.2024) (Men, ageing and health).

**YAZGAN**, Turan: Sosyal Sigorta, İstanbul 1977.



## ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN TANINMAYAN DEVLETLERİN DURUMUNA BAKIŞ: SOMALİLAND CUMHURİYETİ ÖRNEĞİ

Doç. Dr. Selcen ERDAL\*

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK\*\*

### Öz

Tanımaya işlemine konu oluşturan en önemli unsur “devlet”tir. Devletin tanınması işlemi, bir bakıma uluslararası toplumu şekillendirmekte ve oldukça önemli hukuki etkiler yaratmaktadır. Bunun yanında, tanınmanın devletin oluşumunu sağlayan unsurlar arasında yer almadığı da genel olarak kabul edilmektedir. Böylelikle, bir devletin tanınmamış olması, onun fiilen var olma gerçeğini değiştirmemekte ve hesaba katılma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.

\* Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi, Kamu Hukuk Bölümü, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Assoc. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, Konya, Turkey.

✉ selcenkocaman@hotmail.com •ORCID 0000-0002-1294-3247.

\*\* Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi, Kamu Hukuk Bölümü, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Res. Asst., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, Konya, Turkey.

✉ gfeyzakendir@gmail.com •ORCID 0000-0003-4739-4847.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ERDAL, Selcen/ BAYRAK, Gülizar Feyza: “Uluslararası Hukuk Perspektifinden Tanınmayan Devletlerin Durumuna Bakış: Somaliland Cumhuriyeti Örneği”, SÜHFD, C. 31, S. 1, 2024, s. 2431-2460.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Buna rağmen, fiilen var olan ve fakat tanınmayan devlet, uluslararası alanda önemli güçlüklerle karşılaşmakta; tanınmama, adeta uluslararası sistemin dışına itilmiş bu yeni devleti, yoksulluğa ve geri kalmışlığa mahkûm etmektedir. “*Somaliland Cumhuriyeti*”, mevcut hiçbir devlet tarafından tanınmamış olmasıyla, bu tespiti doğrulamaya hizmet eden oldukça özel ve önemli bir örnek olarak ortaya çıkmaktadır.

### **Anahtar Kelimeler**

Somaliland Cumhuriyeti, • Somali • Devlet Olma • Tanıma • Tanımama.

## **AN OVERVIEW AT THE SITUATION OF UNRECOGNISED STATES FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW: THE REPUBLIC OF SOMALILAND**

### **Abstract**

The most important element that constitutes the subject matter of the recognition is the “State”. The recognition of a State, in a sense, shapes the international community and has significant legal effects. It is also generally accepted that recognition is not among the elements that constitute the formation of a State. Thus, the fact that a State is not recognised does not change the fact of its de facto existence and brings with it the obligation to be taken into account. Nevertheless, the de facto but unrecognised state faces significant difficulties in the international arena; non-recognition condemns this new state, which has been virtually excluded from the international system, to poverty and backwardness. “The Republic of Somaliland” is a very specific and important example that serves to confirm this finding, as it is not recognised by any existing state.

### **Keywords**

The Republic of Somaliland • Somalia • Statehood • Recognition • Non-Recognition.

## **GİRİŞ**

Tanıma; bir uluslararası hukuk kişinin, uluslararası toplumda meydana gelen kimi değişiklikleri (olay, durum, belge, iddia vb.) kendi adına onayladığını beyan ettiği ve uluslararası ilişkilerini sözü edilen değişikliklere uygun olarak şekillendirme niyetini ortaya koyduğu bir tek taraflı hukuki işlemdir. Kapsamı oldukça geniş olan bu işlemin en önemli

etkileri ise yeni birimlerin oluşmasının, mevcut uluslararası hukuk kişileri tarafından kabul edilmesinde ortaya çıkmakta ve sözü edilen birimlerin başında “devlet” yer almaktadır.

Devletlerin tanınmasına ilişkin genel kabul gören normatif düzenlemelerin mevcut olmaması, çok yönlü görüş ayrılıklarının ve tutarlı olmayan uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmakta; bu durum, uluslararası toplumu çözülmesi oldukça güç bir problemle karşı karşıya bırakmaktadır. Sözü edilen görüş ayrılıklarının belki de en önemli konusu, tanımının hukuki niteliğine ilişkin olanıdır. Nitekim, bir tarafta tanımın açıklayıcı nitelikte bir işlem olduğu, yeni devletin varlığına ve uluslararası hukuk kişiliğine herhangi bir etkisinin bulunmadığı ve yalnızca resmi bir teyit veya kabullenmeden ibaret olduğu savunulurken; bir diğer tarafta devletin kurucu unsurlarından biri olduğunu ileri süren görüşler yer almaktadır. Tüm bunların yanında, konunun uluslararası hukukun kapsamında bulunmadığı ve tamamen siyasi bir mesele olduğu da iddia edilmektedir.

Anlaşılmaktadır ki; öncelikle belirlenmesi gereken, tanımın tanınan devletin hukuki varlığı üzerinde nasıl bir etkiye sahip olduğudur. Bu noktadan hareketle, çalışmada tanıma teorilerine genel hatlarıyla yer verilecek, bu teorilerden herhangi birinin kabulünün doğurduğu/doğuracağı sonuçlar analiz edilecek ve yeni devletin bir uluslararası hukuk kişisi olarak uluslararası topluma katılmasında, tanımın işlevi belirlenmeye çalışılacaktır.

Ardından konu; “Afrika Boynuzu’ndaki en demokratik devlet” olarak nitelendirilen, bağımsızlık ilanının üzerinden 33 yıl geçmiş olmasına ve devletin genel kabul gören kurucu unsurlarını taşımasına rağmen mevcut hiçbir devlet tarafından tanınmayan Somaliland Cumhuriyeti’nde somutlaştırılmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede, Somaliland Cumhuriyeti’nin kuruluş sürecine değinilecek, mevcut devletlerin tanımama gerekçeleri ve tanımamanın doğurduğu sonuçlar ortaya konulacaktır.

## I. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETLERİN TANINMASI

Uluslararası hukukta tanıma, genel bir ifadeyle, “bir uluslararası hukuk kişisinin kendi dışında oluşan bir olayı, durumu, belgeyi veya iddiayı kendi adına geçerli kabul ettiğini ve uluslararası ilişkilerini bu veriler üzerinde devam

*ettireceğini belirttiği bir tek taraflı hukuki işlemdir*<sup>1</sup>. Bu noktadan hareketle tanıma işlemini; uluslararası hukuk kişilerinin, uluslararası toplumda meydana gelen birtakım değişikliklere gösterdikleri olumlu tepki olarak nitelendirmek de mümkündür<sup>2</sup>. Böylelikle, işlemin kapsamının son derece geniş olduğu anlaşılmakta; en önemli etkilerinin ise yeni birimlerin oluşmasının/kurulmasının, mevcut uluslararası hukuk kişileri tarafından kabul edilmesinde ortaya çıktığı gözlenmektedir<sup>3</sup>. Sözü edilen birimlerin başında, şüphesiz “devlet” yer almaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, tanıma işleminin temel konusu “devlet”tir. Bununla birlikte hükümetler, uluslararası örgütler, muharipler, asiler, uluslar ve ulusal kurtuluş hareketleri de tanımaya konu olabilmektedir. Uluslararası hukuk doktrininde tartışmalı da olsa; uygulamada, sözü edilen birimlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan birtakım haklara ve yükümlülüklerle sahip olmalarının, tanınmaları ile mümkün hale geldiği bilinmektedir. Dolayısıyla, tanıma işlemi bir taraftan uluslararası toplumu şekillendirmekte, diğer taraftan hem tanıyan hem de tanınan birimler bakımından önemli hukuki etkiler yaratmaktadır<sup>4</sup>. Konuya ilişkin genel kabul gören normatif düzenlemelerin mevcut olmaması ise onu, “uluslararası hukukun en güç meselelerinden biri”<sup>5</sup> haline getirmektedir.

Sözü edilen güçlük, devletlerin tanınması konusunda daha da belirginleşmekte; işlemin açıklayıcı veya kurucu etkisi, geri alınıp alınmaması, mevcut devletler bakımından zorunlu olup olmaması vb. pek çok meselede ortaya çıkan görüş ayrılıkları, birbirinden oldukça farklı tespit ve uygulamaları da beraberinde getirmektedir. Bu durum; yeni devletin

---

<sup>1</sup> PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 2.

<sup>2</sup> AZARKAN, Ezeli: “Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi”, Gazi Antep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 15, S. 4, 2016, s. 1058.

<sup>3</sup> PAZARCI, s. 2.

<sup>4</sup> BRIGGS, Herbert W.: “Recognition of States: Some Reflections on Doctrine and Practice”, The American Journal of International Law, Vol. 43, No. 1, January 1949, s. 114.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans: “Recognition in International Law: Theoretical Observations”, American Journal of International Law, Vol. 35, No. 4, October 1941, s. 605; MALANCZUK, Peter: Akehurst’s Modern Introduction to International Law, 7th Revised Edition, New York 1997, s. 82.

bir uluslararası hukuk kişisi olarak uluslararası topluma katılmasında, tanıma işleminin rolünün belirlenmesinin gerekliliğini ve önemini ortaya koymaktadır.

### A. Anlamı ve Hukuki Niteliği

Tanıma, uluslararası hukuk doktrininde ve uygulamada pek çok yönüyle tartışılan bir işlemdir. Devam eden tartışmalar; işlemin niteliği ve hukuki etkileri konusunda, birbirine hayli uzak tespitler içeren görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Öyle ki; bir tarafta tanınmanın devletin kurucu unsurlarından biri olduğunu savunan görüşler yer alırken, bir diğer tarafta konunun uluslararası hukukun kapsamında bulunmadığı ve tamamen siyasi bir mesele olduğu dahi iddia edilmektedir<sup>6</sup>. Anlaşılmaktadır ki; öncelikle belirlenmesi gereken, tanınmanın tanınan devletin hukuki varlığı üzerinde nasıl bir etkiye sahip olduğudur. Zira bu belirlemeyle, işlemin tanımlanması ve niteliğinin tutarlı bir şekilde ortaya konulması yolunda adım atılabilecektir.

Konuya ilişkin en önemli görüşlerden ilki; tanınmanın devletin “kurucu” unsurlarından biri olduğunu ileri sürmektedir (kurucu teori). Bu görüş çerçevesinde tanıma; devletin oluşumu için gerekli olduğu kabul edilen “ülke”, “insan topluluğu” ve “egemen-üstün kamu otoritesi” unsurlarının yanında, dördüncü bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu görüşte, tanıma işleminin yeni devlete varlık kazandırdığı ve tam yetkili bir ulus-

<sup>6</sup> Belirtildiği gibi, tanınmanın esasen siyasi bir mesele olduğu da iddia edilmekte ve uluslararası toplumun teşkilatlanmasındaki eksiklikler, bu iddianın temelini oluşturmaktadır. Nitekim mevcut devletler, yeni birliğin “devlet” olarak nitelendirilebilmesi için gerekli unsurların var olup olmadığına bizzat karar vermekte; bu açıdan tanıma, sübjektif bir takdir niteliği kazanmaktadır. Uygulanan uluslararası hukukta, yeni kurulan bir devleti tanımanın, mevcut devletler bakımından zorunluluk arz etmesini sağlayacak bağlayıcı kuralların bulunmaması, konunun siyasi boyutunu güçlendirmektedir. Bu çerçevede, tanıma işlemine ilişkin olarak, siyasi bakış açısının hukuki bakış açısından daha etkili bir duruma geldiği vurgulanmaktadır. Bkz. **CROZAT**, Charles: Devletler Hukukunda Tanıma, (Çev.: Edip F. Çelik), İstanbul 1953, s. 12-13; **KELSEN**, s. 6; **KIRAN**, Abdullah: “Uluslararası Hukukta Devletleri Tanıma ve Tanıma Teorileri”, Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 3, Yıl 2017, s. 924; **SHAW**, Malcolm N.: Uluslararası Hukuk, (Çev.: Y. Acer / İ. Kaya / M. T. Demirtepe / G. E. Şimşek), 8. Baskı, Ankara 2018, s. 445.

lararası hukuk kişisinden söz edilmesini mümkün kıldığı savunulmaktadır<sup>7</sup>. Böylelikle, yeni devletin uluslararası toplumda bir uluslararası hukuk kişisi olarak yer alabilmesi, mevcut devletlerin onu tanımmasına bağlı kılınmış ve hakkın hâkim devletlerin iradesinden doğacağı kabul edilmiş olmaktadır<sup>8</sup>. Başlıca savunucuları Oppenheim<sup>9</sup>, Lauterpacht<sup>10</sup> ve Kelsen<sup>11</sup> olan bu görüşün; -tanınmanın ihtiyari bir işlem olduğu da göz önünde bulundurulduğunda- “*devletin hukuki varlığı sorununu*”, pragmatist bir boyuta taşıdığı görülmektedir<sup>12</sup>.

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen bir diğer görüş; tanımının “*açıklayıcı*” bir işlem olduğunu savunmaktadır (açıklayıcı teori). Buna göre, yeni devletin kuruluşu; diğer devletlerin ona bunu bahşetmeleri ile

7 ÇÖREK, Dolunay: “Devletlerarası Tanınmanın Kavramsal Analizi Politik, Hukuki ve Etik Boyut”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, Aralık 2021, s. 1699-1700.

8 ANZILOTTI, Dionisio: Devletler Hukuku, (Çev.: Sahir Erman), C. 1, İstanbul 1946, s. 122; CROZAT, s. 6; TOURME-JOUANNET, Emmanuelle: “The International Law of Recognition”, European Journal of International Law, Vol. 24, No. 2, 2013, s. 670.

9 Oppenheim, esas itibarıyla, “*devlet*” ile “*uluslararası hukuk kişiliği*”ni birbirinden ayrı görmekte; bir devletin uluslararası hukuk kişiliğini kazanmasının, tanınmasıyla mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. OPPENHEIM, Lassa: International Law, A Treatise, Vol. I (Peace), London-New York-Bombay 1905, s. 108-114.

10 Lauterpacht, günümüzde uluslararası hukuk kişiliğinin temel niteliklerini ve hangi birimlerin uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğunu belirleyen bir uluslararası kurumun bulunmadığını; bu nedenle, yeni devlete uluslararası hukuk kişiliği kazandırmanın, yalnızca “*mevcut devletler*” olduğunu savunmaktadır. Bunun yanında, tanımının koşullarını “*dış bağımsızlık*” ve “*sınırları tam olarak belirlenmiş bir toprak parçası üzerinde etkin bir hükümetin var olması*” olarak belirleyen Lauterpacht, bu koşulları yerine getiren yeni devletin diğer devletlerce tanınmasının bir zorunluluk olduğunu da ileri sürmektedir. Bkz. LAUTERPACHT, Hersch: “Recognition of States in International Law”, The Yale Law Journal, Vol. 53, No. 3, June 1944, s. 385, 428.

11 Kelsen’e göre, bir devlet tanınana kadar yok hükmündedir. Tanınan devlet, tanıma işlemi ile tanıyan devlet bakımından hukuki varlığa kavuşur ve böylelikle uluslararası hukuk bu devletler arasındaki ilişkilere uygulanabilir hale gelir. Bkz. KELSEN, s. 608-609.

12 RYNGAERT, Cedric / SOBRIE, Sven: “Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia and Abkhazia”, Leiden Journal of International Law, Vol. 24, 2011, s. 469.

değil, kendisinin fiilen elde etmesi ile gerçekleşmektedir<sup>13</sup>. Devletin tanınmasının, onun uluslararası hukuk kişiliğine herhangi bir etkisinin bulunmadığını ileri süren bu görüş çerçevesinde; fiilen mevcut olan bir devlet hukuken de mevcut olmakta ve tanıma, bu durumu tanıyan devlet açısından ortaya koyan resmi bir teyit veya kabullenme olarak değerlendirilmektedir<sup>14</sup>. Başka bir deyişle, gerekli objektif unsurları taşıyan birliğin, - tanıma işleminden bağımsız bir şekilde- devlet olarak muamele görme hakkını kazandığı vurgulanmakta ve uluslararası hukuk kişiliğinin varlığının, bir dış etkenin “*oluşturucu hamlesini*”<sup>15</sup> gerektirmediği ortaya konulmaktadır<sup>16</sup>. Böylelikle tanınma olgusuna, açıklayıcı teoride yalnızca “*kantsal bir değer atfedildiği*”<sup>17</sup> anlaşılmaktadır.

Açıklayıcı teorinin uluslararası içtihat tarafından da teyit edildiği görülmektedir. Örneğin, Karma Hakemlik Mahkemesi, 1 Ağustos 1929 tarihli “*Deutsche Kontinental Gas Gesellschaft Davası Kararı*”nda şu ifadelerle yer vermiştir: “*Uluslararası hukuk yazarlarının büyük çoğunluğu tarafından yerinde olarak kabul edilen görüşe göre, bir devletin tanınması kurucu değil, yalnızca açıklayıcıdır. Devlet kendiliğinden vardır ve tanıma bu işlemi yapan devletlerce, onun varlığının duyurulmasından başka bir şey değildir.*”<sup>18</sup>. Bunun yanında, Uluslararası Yugoslavya Konferansı tarafından kurulan Tahkim Komisyonu 1 numaralı mütalaasında, “*diğer devletler tarafından tanınmanın getirdiği sonuçların yalnızca beyan edici olduğunu*” ifade etmiş; 8 numaralı mütalaasında ise “*bir devletin diğer devletler tarafından tanınmasının yalnızca*

<sup>13</sup> CROZAT, s. 7; GALPIN, Brian: A Manual of International Law, London 1950, s. 10; HARRIS, D. J.: Cases and Materials on International Law, 4th edition, London 1991, s. 139.

<sup>14</sup> BRIGGS, s. 120; MALANCZUK, s. 83; RYNGAERT / SOBRIE, s. 470; SHAW, s. 316-317.

<sup>15</sup> ERTÜRK, Erdem: “Uluslararası Hukukta Tanıma Teorilerinin Eleştirel Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, C. 78, S. 1, Yıl 2020, s. 199.

<sup>16</sup> HALL, William Edward: A Treatise on International Law, 2nd edition, Oxford 1884, s. 82; WILLIAMS, John Fischer: “Recognition”, Transactions of the Grotius Society, Problems of Peace and War, Papers Read Before the Society in the Year 1929, Vol. 15, 1929, s. 55.

<sup>17</sup> ERTÜRK, s. 199.

<sup>18</sup> Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State, Germano-Polish Mixed Arbitral Tribunal, 5 ILR 11, 1 August 1929.

nızca beyan temelinde bir değere sahip olduğunu; böylesi bir tanımın, uluslararası örgütlere üyelikle birlikte, bu devletlerin tanınan siyasi entitenin gerçek olduğuna dair kanaatlerine tanıklık ettiğini ve söz konusu devlete uluslararası hukuk açısından belli hak ve yükümlülükler getirdiğini” belirtmiştir<sup>19</sup>.

Değinilmesi gereken bir diğer önemli veri, 26 Aralık 1933 tarihinde imzalanan Montevideo Sözleşmesi’dir<sup>20</sup>. Zira Sözleşme, devletin yaygın kabul gören unsurlarını ortaya koymasının yanında, tanımaya ilişkin oldukça önemli tespitler de içermektedir. Nitekim Sözleşmenin 3. maddesine göre, “Devletin siyasi varlığı, diğer devletlerin tanınmasına bağlı değildir. Devlet, tanıma gerçekleşmeden önce bütünlüğünü ve bağımsızlığını savunma, kendini koruma ve refahını sağlama ve bunun sonucu olarak, kendisini uygun gördüğü şekilde örgütlenme, menfaatleri doğrultusunda yasal düzenlemeler yapma, hizmetlerini icra etme ve mahkemelerinin yargı yetkilerini ve alanlarını belirleme hakkına sahiptir. Bu hakların uygulanması hususunda, diğer devletlerin uluslararası hukuka göre kendi haklarını uygulamaları haricinde, bir sınırlama yoktur.” Sözleşmenin 6. maddesinde ise “Bir devletin tanınması, yalnızca, tanıyan devletin tanınan devletin kişiliğini uluslararası hukuk tarafından belirlenen tüm haklar ve yükümlülükler ile birlikte kabul ettiğini ifade etmektedir. Tanıma, şarta bağlı değildir ve geri alınamaz” ifadelerine yer verilmektedir.

Bunun yanında, Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün 17-24 Nisan 1936 tarihleri arasında gerçekleşen Brüksel toplantısında yaptığı tanım da oldukça dikkat çekicidir. Buna göre, yeni bir devletin tanınması; “belirli bir ülke üzerinde, siyasi bakımdan teşkilatlanmış, var olan diğer herhangi bir devletten bağımsız ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri yerine getirmeye muktedir bir insan topluluğunun varlığının, bir veya birçok devlet tarafından kabul edildiği ve bu devletlerin yeni devleti uluslararası toplumun bir üyesi olarak sayma niyetlerini açıkladıkları serbest bir tasarruftur”<sup>21</sup>.

Görülmektedir ki; uluslararası yargı kararları yanında, Montevideo Sözleşmesi’nde yer alan düzenlemeler ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü

<sup>19</sup> Conference on Yugoslavia Arbitration Commission: Opinions on Questions Arising from the Dissolution of Yugoslavia (January 11 and July 4, 1992), [https://www.pf.uni-lj.si/media/skrk\\_mnenja.badinterjeve.arbitrazne.komisije.1\\_10.pdf](https://www.pf.uni-lj.si/media/skrk_mnenja.badinterjeve.arbitrazne.komisije.1_10.pdf), (14.09.2024); SHAW, s. 318.

<sup>20</sup> Sözleşme metni için bkz. <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-40.html>, (12.08.2024).

<sup>21</sup> Bkz. [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1936\\_bru\\_x\\_01\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1936_bru_x_01_fr.pdf), (10.07.2024).



tarafından yapılan tanım da açıklayıcı teoriyi doğrulamaktadır. Böylelikle tanıma; yeni devletin kuruluşunu ilan etmesinin ardından, mevcut devletlerin bu kuruluşu, üç kurucu unsur bakımından değerlendirip teyit etmelerinden ve onunla uluslararası hukuka uygun ilişkiler kurmak niyetinde olduklarını bildirmelerinden ibaret görülmektedir<sup>22</sup>.

Şunu da belirtmek gerekir ki; kurucu ve açıklayıcı teori arasındaki farklılıklar, işlemin geri alınıp alınamayacağı konusunda da farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak tanımanın açıklayıcı nitelikte bir işlem olduğunun kabulünden hareketle, geri alınmasının mümkün olmadığı da ileri sürülmektedir<sup>23</sup>. Zira bu görüşe göre, tanıma işlemini gerçekleştiren devlet, yeni devletin kuruluşunu onaylamakta ve bundan böyle varlığını reddetme hakkına sahip bulunmamaktadır. Tanımının kurucu nitelikte bir işlem olduğunu ileri süren görüş ise mevcut devletlerin serbest iradesini esas almakta ve sözü edilen iradenin, yaptığı bir şeyi aynı surette bozabileceğini, ortadan kaldıracıcağı veya geri alabileceğini kabul etmektedir<sup>24</sup>.

## B. Uluslararası Hukukun Getirdiği Sınırlamalar

Tanıma işleminin hukuki niteliğine ilişkin görüş ayrılıklarının bir sonucu olarak, uygulanan uluslararası hukukun tanımaya herhangi bir sınırlama getirip getirmediği de tartışılmaktadır. Bununla birlikte, mevcut devletlerin; devlet olma iddiasındaki birliğin gerekli objektif unsurları taşıyıp taşımadığını tespit etmek konusunda sınırlı bir takdir yetkisine sahip olduğu ve uluslararası hukukun belirlediği durumlarda tanımama yükümlülüğü altında bulunduğu, günümüzde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> MOORE, John Basset: A Digest of International Law, Vol. 1, Washington 1960, s. 74; SCHWARZENBERGER, Georg: A Manual of International Law, 2nd Edition, London 1950, s. 28; TAŞDEMİR, Fatma: "Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı", Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3, Yıl 2016, s. 652.

<sup>23</sup> PAZARCI, s. 6.

<sup>24</sup> CROZAT, s. 7.

<sup>25</sup> CROZAT, s. 4; FINCK, François: "The State Between Fact and Law: The Role of Recognition and the Conditions Under Which it is Granted in the Creation of New States", Polish Yearbook of International Law, Vol. 36, 2016, s. 57; PAZARCI, s. 6-7.

Nitekim, uygulanan uluslararası hukukun kimi kuralları, tanımayı birtakım koşullara bağlamakta ve bu işlemin belirli ilkelere aykırı şekilde yapılmasını yasaklamaktadır. Sözü edilen ilkelerden biri, “iç işlerine karışmama ilkesi” dir. İç işlerine karışma olarak nitelendirilebilecek durumların ise “ülkesel bütünlük ilkesine aykırı şekilde yürütülen ayrılıkçı hareketlerin devlet olarak tanınmasında” veya “güvenli ve sürekli bir şekilde sonuçlanmamış olan bir bağımsızlık hareketinin devlet olarak tanınmasında” ortaya çıkabileceği belirtilmektedir<sup>26</sup>.

Uygulanan uluslararası hukuk, devletlerin tanınmasında “kuvvet kullanmanın yasaklanması ilkesi” ni de göz önünde bulundurmakta; (uluslararası hukuka aykırı) kuvvet kullanma yoluyla kurulan devletlerin tanınmasını yasaklamaktadır<sup>27</sup>. Kuvvet kullanma yoluyla elde edilen durumların tanınmaması kuralı; ilk olarak Milletler Cemiyeti Genel Kurulu’nun 11 Mart 1932 tarihli kararında yer almış<sup>28</sup>, sonrasında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararları ile de teyit edilmiştir<sup>29</sup>.

Uygulanan uluslararası hukuk tanımaya sınırlama getirirken, “self-determinasyon ilkesi” ne de işaret etmekte; self-determinasyon hakkına sahip olmayan toplulukların devlet ilan etmesi durumunda tanınmaması gerektiğini, “devletin ülkesinin bütünlüğü ilkesi” temelinde belirlemektedir<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> PAZARCI, s. 7.

<sup>27</sup> BRIGGS, Herbert W. / PADEFORD, Norman J.: “Non-Recognition of Title by Conquest and Limitations on the Doctrine”, Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969), Vol. 34, May 13-15, 1940, s. 72-99; CROZAT, s. 4; DUGARD, John: Recognition and United Nations, Cambridge 1987, s. 25; FINCK, s. 59; GRANT, Thomas D.: The Recognition of States, Westport 1999, s. 130-131; McNAIR, Arnold D.: “Stimson Doctrine of Non-Recognition”, British Yearbook of International Law, Vol. 14, 1933, s. 67; PAZARCI, s. 7.

<sup>28</sup> League of Nations, Official Journal, Special Supplement No. 101.

<sup>29</sup> Bkz. S/RES/541(1983); S/RES/550(1984).

<sup>30</sup> Bkz. S/RES/216(1965); S/RES/277(1970); S/RES/402(1976); A/RES/2262(XXII); A/RES/31/6. Bu duruma ilişkin olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi’nin “Quebec Davası”na ilişkin kararı da oldukça dikkat çekici bir örnektir. 20 Ağustos 1998 tarihinde oybirliğiyle alınan kararda, “devletin ülkesinin bütünlüğü ilkesi” ısrarla vurgulanmış ve Quebec’in Kanada’dan ayrılma hakkına sahip olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme; uluslararası hukukun dışsal self-determinasyon hakkını yalnızca sömürge altındaki halklara veya siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerini sür-

### C. Hukuki Etkileri

Tanımanın en belirgin hukuki etkisi, tanınan ve tanıyan devletler arasında, uluslararası hukuka uygun her türlü ilişkinin kurulması imkânının doğmasıdır. Doğrusu, tanıma işlemini gerçekleştiren devletin temel maksadı da bu etkiyi elde etmektir. Başka bir deyişle, mevcut devlet tanıma işlemini yapmakla, yalnızca yeni devletin var olma gerçeğini deklare etmekte<sup>31</sup> ve bu deklarasyonla özde, tanıdığı devletle uluslararası hukuka uygun ilişkiler kurma isteğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, tanımanın sonucunda sözü edilen devletler andlaşmalar akdedebilmekte, diplomasi ilişkileri kurabilmekte ve uluslararası hukukun sağladığı diğer araç ve yöntemleri kullanarak iş birliği yapabilmektedir.

Tanımanın bir diğer hukuki etkisi, tanınan devletin kamu işlemlerine tanıyan devlet iç hukuk düzeninde saygı gösterilmesi ve tanınan devletin tanıyan devlet nezdinde dokunulmazlık ve yargı bağımsızlığından yararlanmasıdır<sup>32</sup>. Böylelikle, tanınan devletin verdiği kamu belgeleri tanıyan devlette geçerli kabul edilebilmekte, yargı kararları tanıyan devlette de etkili olabilmekte ve tanınan devlet organlarının kamusal işlem ve faaliyetlerine ilişkin olarak, tanıyan devlet nezdinde yargı bağımsızlığı uygulanabilmektedir<sup>33</sup>.

Tanımanın hukuki etkilerinden biri de tanınan ve tanıyan devletlerin, birbirlerinin uluslararası sorumluluklarını ileri sürme haklarının doğmasıdır. Zira uluslararası sorumluluk, uluslararası hukuk kişiliğinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu noktadan hareketle, birbirlerini tanıyan ve böylelikle uluslararası hukuk kişiliklerini teyit eden devletlerin, birbirlerinin uluslararası sorumluluklarını ileri sürme hakkına da sahip olmaları olağandır.

---

dürmek için yönetime anlamlı katılımları engellenen tanımlanmış topluluklara tanıdığını ortaya koymuştur. Karar metni için bkz. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>, (12.08.2024). Kararın detaylı analizi için bkz. **KALAYCI**, Hüseyin: "Referandumla Ayrılma Konusunda Yüksek Mahkemenin Tutumu: Kanada-Quebec Örneği", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 63, S. 1, Yıl 2008, ss. 151-174.

<sup>31</sup> **CHEN**, Ti-Chiang: *The International Law of Recognition*, London 1951, s. 133.

<sup>32</sup> **KIRAN**, s. 932; **PAZARCI**, s. 13.

<sup>33</sup> **PAZARCI**, s. 12-13; **SHAW**, s. 334.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; tanınmanın geriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğuran bir hukuki işlem olduğu ve böylelikle, tanınan devletin fiilen kurulduğu tarihten itibaren etki doğuracağı, genel olarak kabul edilmektedir<sup>34</sup>.

## II. TANINMAYAN DEVLETLERİN DURUMU: SOMALİLAND CUMHURİYETİ ÖRNEĞİ

Bir devletin hukuki varlığından söz edilebilmesi için üç objektif unsurun (ülke, insan topluluğu ve egemen-üstün kamu otoritesi) varlığının arandığı ve tanınmanın bu unsurlar arasında yer almadığı, genel olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, bir devletin tanınmamış olması, onun fiilen var olma gerçeğini ortadan kaldırmamakta ve hesaba katılma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir<sup>35</sup>. Bu çerçevede, tanınmayan devletin toprakları "*terra nullius*" (sahipsiz toprak) olarak değerlendirilmemekte; karasularından zararsız geçiş rejimi kurallarına uygun olarak ve denetiminde bulunan hava sahasından da izin alınarak geçilmesi gerekmektedir<sup>36</sup>.

Tanınmayan devletlerin, uluslararası hukukun kimi kurumlarından yararlanabildikleri de gözlenmektedir. Bu tespite dayanak oluşturan ve yaygın şekilde başvurulmuş örneklerden biri; Uluslararası Adalet Divanı'nın karara bağladığı, tarafları İngiltere ve (İngiltere'nin tanımadığı) Arnavutluk olan "*Korfu Boğazı Davası*"dır<sup>37</sup>. Zira bu dava, henüz tanınmamış bir devlete karşı uluslararası yargı organları önünde dava açılmasının mümkün olduğunu göstermesi bakımından, oldukça önemlidir. Bunun yanında, 1949 Cenevre Sözleşmeleri hükümlerinin (m. 2 ve m. 3); taraflarından biri tanınmayan bir devlet de olsa, silahlı çatışma durumunda insancıl hukuk kurallarının uygulanmasını düzenlediği de görülmektedir<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> PAZARCI, s. 14.

<sup>35</sup> BRIGSS, s. 117-118; MALANCZUK, s. 83.

<sup>36</sup> PAZARCI, s. 14; SHAW, s. 334.

<sup>37</sup> International Court of Justice, Case Concerning Corfu Channel, (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 15 December 1949.

<sup>38</sup> Sözleşmelerin metni için bkz. <https://www.icrc.org/en/law-and-policy/geneva-conventions-and-their-commentaries>, (16.09.2024). Ayrıntılı bilgi için bkz. RUBIN, Alfred P.: "The Status of Rebels under the Geneva Conventions of 1949", International & Comparative Law Quarterly, Vol. 21, No. 3, July 1972, s. 473-474.

Bütün bunlara rağmen fiilen var olan ve fakat tanınmayan devletin, uluslararası alanda önemli güçlüklerle karşılaştığı/karşılaşacağı da kabul edilmelidir. Nitekim, mevcut devletler tarafından bir bakıma yok sayılan tanınmamış devlet, yalnızlaşmakta ve iş birliği alanlarından dışlanmaktadır. Bu durum; hukuki, siyasi, ekonomik, bilimsel, kültürel vb. alanlarda, pek çok dezavantajı beraberinde getirmektedir. *“Somaliland Cumhuriyeti”*, mevcut hiçbir devlet tarafından tanınmamış olmasıyla, bu tespiti doğrulamaya hizmet eden oldukça özel ve önemli bir örnek olarak ortaya çıkmaktadır.

#### A. Genel Hatlarıyla Somaliland Cumhuriyeti'nin Kuruluş Süreci

Kuzeyde Kızıldeniz ve Aden Körfezi, kuzeybatıda Cibuti, batıda Etiyopya ve doğuda Putland ile sınırlanmış bulunan Somaliland toprakları, 1555 yılından 1800'lü yılların başlarına kadar Osmanlı Devleti hâkimiyeti altında kalmıştır. Sonrasında bir İngiliz sömürgesi haline gelen Somaliland (Somaliland Protectorate), 26 Haziran 1960 tarihinde bağımsızlığını ilan etmiş ve Somaliland Cumhuriyeti kurulmuştur<sup>39</sup>. **Belirtmek gerekir ki; bu ilanın hemen ardından, Amerika Birleşik Devletleri'nin de içinde bulunduğu, Birleşmiş Milletler üyesi 35 devlet, Somaliland Cumhuriyeti'ni tanımıştır**<sup>40</sup>. Bununla birlikte, Somaliland Cumhuriyeti; 1 Temmuz 1960 tarihinde (bağımsızlık ilanının henüz altıncı gününde), güçlü ulusal duygularının ve *“Büyük Somali”*ye olan inançlarının etkisiyle<sup>41</sup>, eski İtalyan sömürgesi Somali (Italian Somalia) ile birleşmiş ve

<sup>39</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **OMAR**, Mohamed Osman: The Scramble in the Horn of Africa, History of Somalia (1827-1977), Somalia 2001.

<sup>40</sup> **ALI**, Nora: “For Better or For Worse? The Forced Marriage of Sovereignty and Self-Determination”, Cornell International Law Journal, Vol. 47, 2014, s. 418; **ARIEFF**, Alexis: “De Facto Statehood? The Strange Case of Somaliland”, Yale Journal of International Affairs, Vol. 3, No. 2, Spring/Summer 2008, s. 66; **BEYENE**, Temesgen Sisay: “Declaration of Statehood by Somaliland and the Effects of Non-Recognition under International Law”, Beijing Law Review, Vol. 10, 2019, s. 198; **KAPLAN**, Seth: “The Remarkable Story of Somaliland”, Journal of Democracy, Vol. 19, No. 3, 2008, s. 152; **VELTMAN**, K. J.: The De Facto Recognition Problem: Somaliland, Thesis MA International Relations Specialisation Global Conflict in the Modern Era, Leiden 2021, s. 3.

<sup>41</sup> **VELTMAN**, s. 3.

böylelikle “*Somali Federal Cumhuriyeti*” (Birlik Devleti) varlık kazanmıştır<sup>42</sup>.

Somaliland Cumhuriyeti’nin çok kısa bir süre içinde Somali ile birleşmesi; bu birleşmenin, aceleci ve doğru planlanmamış bir hamle olup olmadığı konusundaki tartışmaları da beraberinde getirmiştir<sup>43</sup>. Bu tartışmaların temel nedeni; kurulan bu yeni devlette, İngilizlerin dolaylı yönetim anlayışı ile İtalyanların merkezîyetçi yönetim anlayışından artakalan izlerin ve klanlar arasında çok yönlü farklılıkların bulunduğu düşüncesi olmuştur<sup>44</sup>.

Nitekim Birlik Devleti’nde oluşturulan anayasal sistemle, Somali ülkede hâkimiyet sağlamış ve 1969 yılında gerçekleşen darbe ile Mohamed Siad Barre iktidara gelmiştir<sup>45</sup>. Ülkede baskıcı bir otokratik rejim tesis edilmiş; Barre, (mensubu olduğu Darod klanı dışındaki diğer klanlara yönelik) ayrımcı politikalar yürütmüştür. Bu çerçevede, İsaac klanı mensubu kişilerin yoğun olarak yaşadığı Başkent Hargeisa, Barre hükümeti kuvvetleri tarafından (burada yaşayanların isyancı oldukları gerekçeyle) bombalanmış ve 50 bin kişi öldürülmüştür<sup>46</sup>. Bunun yanında, kuzeyde yer alan köy, kasaba ve şehirler yağmalanmış, bu bölgelere mayınlar döşenmiş ve yine binlerce kişi hayatını kaybetmiş/yerinden edilmiştir<sup>47</sup>.

Tüm bu gelişmelerin etkisiyle, Somaliland halkı Birlik Devleti’ne olan aidiyet duygusunu kaybetmiş<sup>48</sup> ve bağımsızlığa giden mücadele süreci hız kazanmıştır. Ocak 1991’de Barre’nin 21 yıllık iktidarı sona ermiş;

<sup>42</sup> BEYENE, s. 197; LEWIS, Ioan Myrddin: A Modern History of Somalia: Nation and State in the Horn of Africa, Revised-Updated, Routhledge 2019, s. 205-226.

<sup>43</sup> POORE, Brad: “Somaliland: Shackled to a Failed State”, Stanford Journal of International Law, Vol. 45, No. 1, January 2009, s. 123.

<sup>44</sup> ARIEFF, s. 64; BECKMAN, Bruce: “Somaliland: An Injustice Perpetuated”, Rutgers International Law & Human Rights Journal, Vol. 2, 2022, s. 181.

<sup>45</sup> ARIEFF, s. 64-65; OSMAN GUUDLE, Mohamed Omer: Afrika Boynuzu'nda Uluslararası Tanınma, Egemenlik ve Demokrasiyi Anlamak: Somaliland Örneği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019, s. 52 vd.

<sup>46</sup> BEYENE, s. 201; POORE, s. 127.

<sup>47</sup> POORE, s. 127.

<sup>48</sup> “Somaliland’da bulunan 30 yaş altı nüfus için Somali bayrağı bir anlam ifade etmediği gibi, yaşlılara da sadece geçmişte yaşadıkları acıları hatırlatıyor. Bu minvalde, Somali merkezi yö-

18 Mayıs 1991 tarihine geldiğinde, Somaliland yeniden bağımsızlığını ilan etmiştir. Bu ilanın bir ayrılma olmadığı, aksine iki egemen devletten oluşan birliğin “*gönüllü feshi*”<sup>49</sup> olduğu iddia edilmişse de Somaliland Cumhuriyeti, günümüze kadar mevcut hiçbir devlet tarafından tanınmamıştır.

### B. Tanınmama Sorunu ve Bu Sorunun Yarattığı Temel Etkiler

Somaliland ile Somali'nin birleşmesinin, “*Somaliland ve Somali Birliği Yasası*” adı verilen bir uluslararası andlaşma ile gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte, sözü edilen yasa (esasen uluslararası andlaşma), Somali tarafından onaylanmamış ve hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir<sup>50</sup>. Yürürlüğe girmeyen bu yasanın; kendisine bağlayıcılık kazandırılmayan, dolayısıyla haklar ve yükümlülükler doğurması mümkün olmayan bir uluslararası andlaşma metni olarak kalması, birleşmenin hukuki geçerliliğini tartışmalı hale getirmiştir<sup>51</sup>. Bu çerçevede, bu devletlerin başından beri hukuki bir birlik oluşturmadığı vurgulanmakta; geçerli bir “*evliliğin*” kurulmadığı ve böylelikle “*boşanmanın*” da gerekli olmadığı ifade edilmektedir<sup>52</sup>. “*Somaliland ve Somali Birliği Yasası*”nın hukuken geçersiz olduğu, Somaliland’da darbe girişiminde bulunan üst düzey devlet görevlilerinin yargılanması sırasında da tespit edilmiştir. Nitekim, davayı yürüten İngiliz Hâkim, geçerli bir “*Somaliland ve Somali Birliği Yasası*” ol-

---

*netiminin bölgede esamisi dahi okunmuyor.”* Bkz. <https://www.indy-turk.com/node/59096/d%C3%BCnyadan-sesler/somaliland-afrika%E2%80%99da-yeni-bir-devlet-mi-do%C4%9Fuyor>, (28.08.2024).

<sup>49</sup> ARIEFF, s. 68.

<sup>50</sup> ALI, s. 418; BEYENE, s. 198, 203; CARROLL, Anthony J. / RAJAGOPAL, Balakrishnan: “The Case for the Independent Statehood of Somaliland”, AM. U. J. INT’L L. & POL’Y, Vol. 8, 1992-1993, s. 661; DAHIR Mustafe Mohamed H., Non-recognition of Somaliland in International Law and Its Legal Implications for Foreign Investment, University of Pretoria, 2013, s. 26; JHAZBHAY, Iqbal: “Somaliland: Africa’s Best Kept Secret, a Challenge to the International Community?”, African Security Studies, Vol. 12, No. 4, 2003, s. 26-27.

<sup>51</sup> BEYENE, s. 204.

<sup>52</sup> POORE, s. 140-141.

madığından dolayı mahkemenin Somaliland halkı üzerinde yargı yetkisinin bulunmadığına ve Somalilandlı yetkililerin beraatine karar vermiştir<sup>53</sup>.

Birleşmenin hukuken gerçekleşmemiş olduğunun kabulünden hareketle, Somaliland Cumhuriyeti'nin halen bağımsız bir devlet olarak varlığını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki; Somaliland, Birlik Devleti'nden ayrıldığını ilan ederken, Somali'nin ülkesel bütünlüğünü ihlal etmemiş; birleşme anında geçerli olan ve **uluslararası toplum tarafından da tanınan** sınırlarını korumuştur. Somaliland'ın ayrılma kararı, sözü edilen otokratik rejimin icraatlarının; binlerce Somalilandlı'nın hayatını kaybetmesi ve yüz binlercesinin yerlerinden edilmesi ile gün yüzüne çıkan insan hakkı ihlallerinin ve ayrımcı yasal düzenlemelerin bir sonucu olmuştur<sup>54</sup>. Dolayısıyla, birleşmenin geçerli olduğunun kabulü halinde dahi Somaliland halkının self-determinasyon hakkını kullandığı ve bu hakkın kullanımının, tanınmaya engel teşkil etmeyeceğini belirtmek mümkün görünmektedir<sup>55</sup>.

Günümüzde, Somaliland Cumhuriyeti'nin "devlet" in genel kabul gören kurucu unsurlarını taşıdığı görülmektedir. Nitekim Somaliland; 1960 yılında bağımsızlığını ilan ettiği andaki sınırlarını korumakta, yaklaşık üç buçuk milyonluk daimî bir nüfusa ve halkın gereksinimlerini giderecek, kendisini yönetmesini ve temsil etmesini sağlayacak bağımsız bir siyasi/hukuki örgütlenmeye sahip bulunmaktadır.

<sup>53</sup> DRYSDALE, John Gordon Stewart: Somaliland: The Anatomy of Secession, Global Stats, 1992, s. 12.

<sup>54</sup> BEYENE, s. 204-205.

<sup>55</sup> Nitekim, 24.10.1970 tarihinde kabul edilen 2625(XXV) sayılı "Birleşmiş Milletler Andlaşması'na Uygun Olarak Devletler Arasında İş Birliğine ve Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi"nde, self-determinasyon hakkını, "egemen ve bağımsız bir devlet kurma, bağımsız devlet içinde özgürce birlik oluşturma veya bir siyasî statü içinde ortaya çıkma" gibi unsurların oluşturduğu kabul edilmiş; "halkların yabancı bir boyun-duruğa, baskınlığa ve sömürüye maruz kalmasının, onların self-determinasyon hakkını bozacağı ve bunun aynı zamanda insan haklarının ihlali anlamına geleceği" ifade edilmiştir. Bkz. A/RES/2625(XXV). Ayrıca bkz. A/RES/1514(XV); Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993, (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/vienna.pdf>, (09.09.2024)).



Tüm bunların yanında, Somaliland Cumhuriyeti “*Afrika Boy-nuzu’nda yer alan en demokratik devlet*”<sup>56</sup> olarak nitelendirilmekte; kuruluşundan bu yana Somaliland’da, uluslararası gözlemcilerin “*eşit ve adil*” olarak nitelendirdiği seçimler gerçekleştirilmektedir<sup>57</sup>. Nitekim, 1993 yılında Mohamed İbrahim Egal, Somaliland’ın Cumhurbaşkanı olarak, klan delegeleri tarafından seçilmiştir. Egal’in 2002 yılında hayatını kaybetmesinin ardından, yerine yardımcısı Dahir Riyale Kâhin (İsaac olmayan bir azınlık klanının üyesi) geçmiştir. Yine 2002 yılında çok partili bölge meclisi seçimleri, 2003 yılında Cumhurbaşkanlığı seçimleri ve 2005 yılında parlamento seçimleri demokratik bir şekilde gerçekleştirilmiş<sup>58</sup> ve bu demokratik seçimler, Somaliland’ın devlet olma iddiasını güçlendirmiştir<sup>59</sup>.

Süreç içinde Somaliland, komşu devlet vatandaşlarının sığınma talebinde bulunduğu, yaşanabilir bir ülkeye dönüşmüştür<sup>60</sup>. Düzenlenen saldırılar sonucunda nüfusu 10 binlere kadar düşen Başkent Hargeisa, bugün yarım milyondan fazla insana ev sahipliği yapan, huzurlu ve güvenli bir şehir olarak bilinmektedir.

<sup>56</sup> BEYENE, s. 197; KAPLAN, s. 143.

<sup>57</sup> DAHIR, s. 26; JHAZBHAY, s. 82; KAPLAN, s. 144.

<sup>58</sup> Muhalafetin galibiyetiyle sonuçlanan 2005 Temsilciler Meclisi seçimlerinde, 700 yerli gözlemci ve 76 yabancı gözlemci görev yapmıştır. Bu gözlemciler; seçimlerin Afrika Boynuzu’ndaki en demokratik ve özgür seçimler olduğunu belirlemiştir. Bkz. ARIEFF, s. 70; KAPLAN, s. 151; POORE, s. 131. Bunun yanında Somaliland; bağımsızlığının 30. yılı ve çok partili demokrasininin 20. yılında (31 Mayıs 2021 tarihinde) parlamento ve yerel seçimlerini gerçekleştirmiştir. Ulusal Seçim Komisyonu verilerine göre; Covid-19 pandemi sürecine rağmen seçimlerde 1,1 milyon seçmen oy kullanmış ve sorunsuz bir seçim süreci yürütülmüştür. Bu çerçevede, Somaliland’ın demokratik normları ve standartları iyileştirme konusundaki kararlılığının ve sandıklarda düzenli olarak lider değiştirmesinin, onu bölgesel bir demokratik süper güç haline getirdiği ifade edilmiştir. Bkz. <https://www.thebrenthurstfoundation.org/news/somaliland-the-power-of-democracy/> (09.11.2023).

<sup>59</sup> Dekolonizasyon sürecinde bağımsızlıklarını ilan eden diğer Afrika ülkelerinin aksine, Somaliland demokratik bir sistem kurmayı başarmıştır. Nitekim, 1990’lı yıllarda Somaliland’ın yanı sıra Putland (Somali’nin kuzeydoğusunda beş küçük bölgeyi içerir), Jubbaland (Mogadişu’nun güneyindeki Kismayo limanı çevresindeki bölge), Benadirland (Mogadişu çevresinde) ve Hiranland (orta Somali’de) da bağımsızlığını ilan etmiş ve fakat kendini yönetme ve demokratik bir sistem tesis etme konusunda aynı başarıyı yakalayamamıştır. Bkz. ARIEFF, s. 61, 70; KAPLAN, s. 143.

<sup>60</sup> KAPLAN, s. 149.

Somaliland'ın gerekli objektif unsurlara sahip olmasına rağmen hiçbir devlet tarafından tanınmamış olması<sup>61</sup>; tanınmanın bir uluslararası hukuk kurumu olmaktan ziyade, siyasi bir araç olduğu yönündeki iddiaları kuvvetlendirmekte ve tanıma sürecini mevcut devletlerin çıkarlarının, ticari bağlantılarının vb. hukuki olmayan pek çok faktörün şekillendirdiği fikrini beslemektedir. Bu çerçevede, Somaliland'ı tanımayan devletlerden hiçbirinin, tanımama iradelerini gerekçelendirirken hukuki argümanlara başvurmadığı dikkat çekmektedir.

Nitekim, mevcut devletlerin Somaliland'ı tanımamakta ısrarcı olmasının nedenlerinden biri; tanınmanın Somali'deki diğer grupların bağımsızlık hareketlerini/ilanlarını tetikleyebileceği fikridir<sup>62</sup>. Bu çerçevede, Somaliland'ın 2005 yılında tanıma başvurusunda bulunduğu Afrika Birliği; bu başvuruya, Afrika kıtasındaki tüm ayrılıkçı taleplerin önünü açacağına ve çok sayıda ayrılma yaşanacağına ilişkin endişelerle, herhangi bir geri dönüş sağlamamıştır<sup>63</sup>. Bunun yanında, Arap devletleri de Somaliland'ın Kızıldeniz'de İsrail ve Amerika Birleşik Devletleri'ne stratejik üs

<sup>61</sup> Örneğin İngiltere, Afrika devletlerini Somaliland'ı tanımaya teşvik etmekte ve fakat kendisi bundan kaçınmaktadır. Bkz. **ALI**, s. 443; **OSMAN GUUDLE**, s. 198-199. Güney Afrika Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı 2003 yılında yaptığı bir açıklamada, "Somaliland'ın gerçekten de devlet olma niteliğine sahip olduğunu ve uluslararası toplumun bunu tanınması gerektiğini" ifade etmiş ve fakat bugüne kadar tanıma yolunda herhangi bir adım atmamıştır. Bkz. <https://recognition.somalilandgov.com/wp-content/uploads/2013/01/The-recognition-of-Somaliland-Growing-international-engagement-and-backing.pdf>, (28.08.2024). Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Dışişleri Bakanlığı tarafından 2007 yılında yapılan açıklamada ise "ABD'nin Somaliland yönetimi ile başta Somaliland'ın demokratikleşme ve ekonomik kalkınma yolunda devam eden ilerlemesi olmak üzere, bir dizi konuda temas halinde olmaya devam ettiği; ancak, resmi tanıma politikasının öncelikle Afrika Birliği'nin konuyu müzakere etmesine izin vermek olduğu" bildirilmiştir. Bkz. <https://2001-2009.state.gov/p/af/rls/fs/2007/96359.htm>, (28.08.2024).

<sup>62</sup> **KAPLAN**, s. 153.

<sup>63</sup> **BEYENE**, s. 209-210; **DAHİR**, s. 45, 48. Cibuti, Etiyopya ve Kenya ise Somaliland'a karşı daha yumuşak bir politika izlemektedir. Somaliland tarafından verilen pasaportların uluslararası geçerliliği bulunmamaktadır; ancak Etiyopya ve Cibuti, bu pasaportlarla seyahat edilmesine izin vermektedir. Bkz. <https://www.nytimes.com/2006/06/05/world/africa/05somaliland.html>, (10.10.2023). Bunun yanında, Somali ile ilişkilerinin zarar görmemesi için Somaliland'ı tanımayan Etiyopya, Barbera limanının kullanımı için Somaliland ile bir andlaşma imzalamış ve yine bu iki devlet kısa ve uzun vadeli transit iş birliği mekanizmaları kurmak için azami çaba sarfetme konusunda mutabakat sağlamışlardır. Bkz. **BEYENE**, s. 208; **VELTMAN**, s. 4.

desteği sağlayabileceğinden duyduğu endişe nedeniyle, Somali'nin bütünlüğünden yana bir tavır sergilemiştir<sup>64</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, tanımama, bir devletin hukuken var olma gerçeğini ortadan kaldırmamakta; özde, mevcut devletlerin bu yeni devletle ilişki kurmama niyet ve iradesini ortaya koymaktadır. Nitekim, tanınmamış devletle -ilke olarak- andlaşmalar akdedilmemekte, diplomasi ilişkileri kurulmamakta, bu devletin uluslararası örgütlere üye olarak kabul edilmesi söz konusu olmamakta ve böylelikle bu devlet, iş birliği alanlarının dışında bırakılmaktadır. Dolayısıyla tanımama, adeta uluslararası sistemin dışına itilmiş bu yeni devleti, yoksulluğa ve geri kalmışlığa mahkûm etmektedir.

Bu tespit, mevcut hiçbir devletin tanımadığı Somaliland Cumhuriyeti örneğinde bütün yönleriyle somutlaşmaktadır. Belirli bir ülkesi, uyruğunda bulunan insan topluluğu, egemen-üstün kamu otoritesi ve diğer devletlerle ilişkilere girme kapasitesi bulunan Somaliland'ın tanınmaması, onun gelişmesinin ve kalkınmasının önünde güçlü bir engel olarak varlığını sürdürmektedir.

Nitekim tanımama, Somaliland'ın uluslararası hukuktan kaynaklanan ülkesel yetkilerini kullanmasını ve kimi haklardan yararlanmasını engellemektedir. Örneğin, Somaliland 850 km uzunluğunda kıyı şeridine sahip olmasına rağmen münhasır ekonomik bölge belirleme/sınırlandırma andlaşmaları akdedememekte ve yabancı şirketler Somaliland'ın rezervlerinden serbestçe yararlanmaktadır<sup>65</sup>. Bunun yanında, 1944 Uluslararası Sivil Havacılık Konvansiyonu'na (Şikago Konvansiyonu) taraf olamayan Somaliland, ulusal hava sahasına ilişkin haklarını da tam olarak kullanamamaktadır. Bu durum, Somaliland'ın hava sahasına ilişkin düzenlemeler yapmasını, İkili Hava Hizmetleri Andlaşmaları akdetmesini ve yapılan uçuşlar için ücret tahsil etmesini güçleştirmektedir<sup>66</sup>.

Somaliland; uluslararası toplum tarafından Somali'nin bir parçası olarak görülmeye devam ettiğinden, ticari ilişkileri de *"başarısız devlet"*<sup>67</sup>

<sup>64</sup> ARIEFF, s. 75.

<sup>65</sup> DAHIR, s. 49.

<sup>66</sup> DAHIR, s. 49.

<sup>67</sup> Somali, kuruluşundan bu yana devam eden iç karışıklıklar ve çatışmalar nedeniyle, *"başarısız devlet"* olarak nitelendirilmektedir. Sözü edilen iç karışıklıklar ve çatışmalar

olarak nitelendirilen Somali'nin bölgesinde kalmaktadır. Örneğin Somaliland, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu'ndan kredi alamamakta ve Somaliland Merkez Bankası akreditif düzenleyememektedir. Somaliland'ın ulusal para biriminin uluslararası alanda geçerliliği bulunmamakta; uluslararası bankalar ve sigorta şirketleri Somaliland'da şube açmaktan kaçınmaktadır<sup>68</sup>. Ayrıca, günümüze kadar bankalar için herhangi bir yasal çerçeve ve denetim ağı oluşturulmadığından; Somaliland finans sektörü az gelişmiş, kayıt dışı ve denetimsiz kalmaya devam etmekte, kredi ve tasarruflara sınırlı erişim sağlanmakta, tüketiciler ve finans kurumları için de herhangi bir güvence mekanizması bulunmamaktadır<sup>69</sup>. Bütün bu nedenlerle yabancı yatırım da alamayan Somaliland, dünyanın en yoksul ülkelerinden biri olarak, pek çok alanda zorlu mücadeleler yürütmektedir.

## SONUÇ

Tanımaya işlemine konu oluşturan en önemli unsur “*devlet*”tir. Devletin tanınması işlemi, bir bakıma uluslararası toplumu şekillendirmekte ve oldukça önemli hukuki etkiler yaratmaktadır. Nitekim tanıma işleminin gerçekleşmesiyle birlikte; tanınan ve tanıyan devletler arasında, uluslararası hukuka uygun her türlü ilişkinin kurulması imkânı ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında, tanınan devletin verdiği kamu belgeleri tanıyan devlette geçerli kabul edilebilmekte, yargı kararları tanıyan devlette

---

yanında; devletin adı terör, kaçakçılık ve deniz haydutluğu gibi suçlarla birlikte anılmaktadır. Bütün bunlara, sınır uyumsuzluklarının, ülkenin güvensizliğinin, devlet otoritesinin fiilen tesis edilememesinin, olumsuz sosyal/ekonomik koşulların ve adeta çökmüş hukuk sisteminin de eklenmesi, Somali'nin uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden bir yapı olarak görülmesine neden olmaktadır. Nitekim, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1992 yılında aldığı 733 ve 746 sayılı kararlarında; Somali'deki çatışmaların yol açtığı insani acıların büyüklüğünden derin rahatsızlık duyduğunu ve Somali'deki durumun devamının uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturmasından endişe ettiğini belirtmiştir. Güvenlik Konseyi 751 sayılı kararında da Somali'deki çatışmaların yol açtığı ve insani yardımların dağıtımını önünde yaratılan engellerle daha da kötüleşen insanlık trajedisinin büyüklüğünün, uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu tespit etmiş; bu tespiti, 767, 775, 794 sayılı kararlarında da tekrarlamıştır. Bkz. S/RES/733(1992); S/RES/746(1992); S/RES/751(1992); S/RES/767(1992); S/RES/775(1992); S/RES/794(1992). Ayrıca bkz. S/RES/2696(2023); S/RES/2711(2023); S/RES/2713(2023).

<sup>68</sup> ARIEFF, s. 63; KAPLAN, s. 152; POORE, s. 133.

<sup>69</sup> DAHIR, s. 59; GAVIN, Robert: “Economic and Social Conditions in Somaliland under Italian Trusteeship”, International Labour Review, Vol. 66, No. 3, 1952, s. 223 vd.

de etkili olabilmekte, tanınan devlet organlarının kamusal işlem ve faaliyetlerine ilişkin olarak tanıyan devlet nezdinde yargı bağımsızlığı uygulanabilmekte ve ilgili devletlerin, birbirlerinin uluslararası sorumluluklarını ileri sürme hakları doğmaktadır.

Sözü edilen etkilerine ve sahip olduğu geniş uygulama alanına rağmen tanımaya ilişkin genel kabul görmüş normatif düzenlemelerin mevcut olmaması, çok yönlü görüş ayrılıklarının ve tutarlı olmayan uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Nitekim tanıma işlemi, uluslararası hukuk doktrininde ve uygulamada pek çok yönüyle tartışılmakta; devam eden tartışmalar, temelde işlemin hukuki niteliğine ilişkin olan ve birbirine hayli uzak tespitler içeren görüşleri beraberinde getirmektedir.

İşlemin hukuki niteliğine ilişkin en önemli görüşlerden biri; tanınmanın, devletin “kurucu” unsurlarından biri olduğunu ileri sürmektedir (kurucu teori). Bu görüşte, genel olarak, tanıma işleminin yeni devlete varlık kazandırdığı ve tanıma işlemi olmadan tam yetkili bir uluslararası hukuk kişisinden söz edilemeyeceği savunulmakta; böylelikle, yeni devletin uluslararası toplumda bir uluslararası hukuk kişisi olarak yer alabilmesi, mevcut devletlerin onu tanımaya bağlı kılınmaktadır.

Bir diğer görüş, tanımının “açıklayıcı” bir işlem olduğunu ileri sürmektedir (açıklayıcı teori). Devletin tanınmasının, onun uluslararası hukuk kişiliğine herhangi bir etkisinin bulunmadığını vurgulayan bu görüş çerçevesinde; fiilen mevcut olan bir devlet hukuken de mevcut olmakta ve tanıma, bu durumu tanıyan devlet açısından ortaya koyan “resmi bir kabullenme” olarak nitelendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki; açıklayıcı teori, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmekte ve uluslararası içtihat tarafından da teyit edilmektedir.

Tanıma işleminin hukuki niteliğine ilişkin görüş ayrılıklarının bir sonucu olarak, uygulanan uluslararası hukukun tanımaya herhangi bir sınırlama getirip getirmediği de tartışılmaktadır. Bununla birlikte mevcut devletlerin, devlet olma iddiasındaki birliğin kurucu unsurları taşıyıp taşımadığını tespit etmek konusunda sınırlı bir takdir yetkisine sahip olduğu ve bu işlemin “iç işlerine karışmama ilkesi”, “kuvvet kullanmanın yasaklanması ilkesi” ve “self-determinasyon ilkesi”ne aykırı şekilde yapılmasının yasaklandığı, genel olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, baskın görüş; bir devletin hukuki varlığından söz edilebilmesi için üç objektif unsurun (ülke, insan topluluğu ve egemen-üstün kamu otoritesi) varlığının arandığı ve tanınmanın bu unsurlar arasında yer almadığı yönündedir. Başka bir deyişle, bir devletin tanınmamış olması, onun fiilen var olma gerçeğini değiştirmemekte ve hesaba katılma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede, tanınmayan devletin toprakları “*terra nullius*” olarak değerlendirilmemekte, karasularından zararsız geçiş rejimi kurallarına uygun olarak ve denetiminde bulunan hava sahasından izin alınarak geçilmekte; tanınmayan devletler uluslararası hukukun kimi kurumlarından da yararlanabilmektedir.

Bütün bunlara rağmen fiilen var olan ve fakat tanınmayan devlet, uluslararası alanda önemli güçlüklerle karşılaşmaktadır. Nitekim, mevcut devletler tarafından bir bakıma yok sayılan tanınmamış devlet, uluslararası sistemin ve iş birliği alanlarının dışına itilmektedir. Bu durum; hukuki, siyasi, ekonomik, bilimsel, kültürel vb. alanlarda, pek çok dezavantajı beraberinde getirmektedir. “*Somaliland Cumhuriyeti*”, mevcut hiçbir devlet tarafından tanınmamış olmasıyla, bu tespiti doğrulamaya hizmet eden oldukça özel ve önemli bir örnek olarak ortaya çıkmaktadır.

Somaliland toprakları, 1555 yılından 1800’lü yılların başlarına kadar Osmanlı Devleti hâkimiyeti altında kalmış ve sonrasında bir İngiliz sömürgesi haline gelmiştir. 26 Haziran 1960 tarihinde bağımsızlığını/kuruluşunu ilan eden Somaliland Cumhuriyeti; bu ilanın hemen ardından, Amerika Birleşik Devletleri’nin de içinde bulunduğu, Birleşmiş Milletler üyesi 35 devlet tarafından tanınmıştır. Ancak Somaliland Cumhuriyeti; 1 Temmuz 1960 tarihinde (bağımsızlık ilanının altıncı gününde), eski İtalyan sömürgesi Somali ile birleşmiş ve böylelikle “*Somali Federal Cumhuriyeti*” (Birlik Devleti) kurulmuştur.

Birlik Devleti’nde benimsenen anayasal sistemin bir sonucu olarak; Somali ülkede hâkimiyet sağlamış, baskıcı bir otokratik rejim tesis edilmiş ve Darod klanı dışındaki diğer klanlara yönelik ayrımcı politikalar yürütülmüştür. Sözü edilen politikalar çerçevesinde; İsaac klanı mensubu kişilerin yoğun olarak yaşadığı Başkent Hargeisa, hükümet kuvvetleri tarafından bombalanmış, kuzeyde yer alan köy, kasaba ve şehirler yağmalanmış, binlerce kişi hayatını kaybetmiş ve/veya yerinden edilmiştir. Tüm bu gelişmelerin etkisiyle, 18 Mayıs 1991 tarihinde, Somaliland Cumhuriyeti

yeniden bağımsızlığını ilan etmiş ve fakat günümüze kadar mevcut hiçbir devlet tarafından tanınmamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Somaliland ile Somali'nin birleşmesinin, "*Somaliland ve Somali Birliği Yasası*" adı verilen bir uluslararası anlaşma ile gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte, sözü edilen uluslararası anlaşma, Somali tarafından onaylanmamış ve hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş; bu nedenle, birleşmenin gerçekleşmesi hukukten mümkün olmamıştır.

Şunu da belirtmek gerekir ki; Somaliland, Birlik Devleti'nden ayrıldığını ilan ederken, Somali'nin ülkesel bütünlüğünü ihlal etmemiş, birleşme anında geçerli olan ve uluslararası toplum tarafından da tanınan sınırlarını korumuştur. Somaliland'ın ayrılma kararı, sözü edilen otokratik rejimin icraatlarıyla ortaya çıkan insan hakkı ihlallerinin ve ayrımcı yasal düzenlemelerin bir sonucu olmuştur. Ayrıca Somaliland; yaklaşık üç buçuk milyonluk daimî bir nüfusa, bağımsız bir siyasi/hukuki örgütlenmeye ve diğer devletlerle ilişkilere girme kapasitesine de sahip bulunmaktadır. Tüm bunların yanında, Somaliland Cumhuriyeti "*Afrika Boynuzu'nda yer alan en demokratik devlet*" olarak nitelendirilmekte; kuruluşundan bu yana Somaliland'da, uluslararası gözlemcilerin "*eşit ve adil*" olarak nitelendirdiği seçimler gerçekleştirilmektedir.

Taşıdığı bütün bu özellikler, Somaliland Cumhuriyeti'nin tanınmasına yetmemiş olsa da mevcut devletlerden hiçbirinin, tanımama gerekçesi olarak hukuki argümanlar ortaya koymadığı da belirtilmelidir. Nitekim tanımama iradesi; devletin kurucu unsurlarından herhangi birinin yokluğu, iç işlerine karışmama ilkesinin ihlali veya kuvvet kullanmama ilkesine/self-determinasyon ilkesine aykırı bir kuruluş iddiasına dayandırılmamıştır. İleri sürülen argümanlar, stratejik veya ticari endişelere dayanmakta; bu durum, tanımamanın siyasi bir araç olduğu yönündeki iddiaları kuvvetlendirmekte ve tanıma iradesini, hukuki olmayan pek çok faktörün şekillendirdiği fikrini beslemektedir.

Somaliland'ın tanınmaması; fiilen var olma gerçeğini değiştirmekle birlikte, onun gelişmesinin ve kalkınmasının önünde güçlü bir engel olarak varlığını sürdürmekte ve dünya üzerindeki en yoksul ülkelerden biri haline gelmesine neden olmaktadır. Somaliland'da somutlaşan durum, tanıma kriterlerini açıkça ortaya koyan ve mevcut devletlerin tak-

dir haklarını minimize eden uluslararası hukuk kurallarının oluşturulması ihtiyacını bir kez daha gözler önüne sermektedir. Zira açıklayıcı nitelikte olduğu ağırlıklı olarak kabul edilen tanıma işleminin, aynı zamanda ihtiyari olması, pratikte kurucu teorinin öngördüğü/savunduğu sonuçları otomatik olarak yaratmakta; bu durum, mevcut devletlerin diledikleri şekilde hareket etmelerine imkân sağlamakta ve büyük mağduriyetlere sebebiyet vermektedir.



## KAYNAKÇA

### - Kitaplar ve Makaleler

- ALI**, Nora: "For Better or For Worse? The Forced Marriage of Sovereignty and Self-Determination", *Cornell International Law Journal*, Vol. 47, 2014, ss. 417-444.
- ANZILOTTI**, Dionisio: *Devletler Hukuku*, (Çev.: Sahir Erman), C. 1, İstanbul 1946.
- ARIEFF**, Alexis: "De Facto Statehood? The Strange Case of Somaliland", *Yale Journal of International Affairs*, Vol. 3, No. 2, Spring/Summer 2008, ss. 60-79.
- AZARKAN**, Ezeli: "Devletlerin Tanınması ve 1933 Montevideo Sözleşmesi", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 15, S. 4, 2016, ss. 1055-1068.
- BECKMAN**, Bruce: "Somaliland: An Injustice Perpetuated", *Rutgers International Law & Human Rights Journal*, Vol. 2, 2022, ss. 174-244.
- BEYENE**, Temesgen Sisay: "Declaration of Statehood by Somaliland and the Effects of Non-Recognition under International Law", *Beijing Law Review*, Vol. 10, 2019, ss. 196-211.
- BRIGGS**, Herbert W.: "Recognition of States: Some Reflections on Doctrine and Practice", *The American Journal of International Law*, Vol. 43, No. 1, January 1949, ss. 113-121.
- BRIGGS**, Herbert W. / **PADELFORD**, Norman J.: "Non-Recognition of Title by Conquest and Limitations on the Doctrine", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, Vol. 34, May 13-15, 1940, ss. 72-99.
- CARROLL**, Anthony J. / **RAJAGOPAL**, Balakrishnan: "The Case for the Independent Statehood of Somaliland", *AM. U. J. INT'L L. & POL'Y*, Vol. 8, 1992-1993, ss. 653-681.
- CHEN**, Ti-Chiang: *The International Law of Recognition*, London 1951.
- CROZAT**, Charles: *Devletler Hukukunda Tanıma*, (Çev.: Edip F. Çelik), İstanbul 1953.

- ÇÖREK**, Dolunay: “Devletlerarası Tanınmanın Kavramsal Analizi Politik, Hukuki ve Etik Boyut”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, Aralık 2021, ss. 1689-1712.
- DAHİR**, Mustafa Mohamed H.: Non-recognition of Somaliland in International Law and Its Legal Implications for Foreign Investment, University of Pretoria, 2013.
- DRYSDALE**, John Gordon Stewart: Somaliland: The Anatomy of Secession, Global-Stats, 1992.
- DUGARD**, John: Recognition and United Nations, Cambridge 1987.
- ERTÜRK**, Erdem: “Uluslararası Hukukta Tanıma Teorilerinin Eleştirel Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, C. 78, S. 1, Yıl 2020, ss. 193-212.
- FINCK**, François: “The State Between Fact and Law: The Role of Recognition and the Conditions Under Which it is Granted in the Creation of New States”, Polish Yearbook of International Law, Vol 36, 2016, ss. 51-81.
- GALPIN**, Brian: A Manual of International Law, London 1950.
- GAVIN**, Robert: “Economic and Social Conditions in Somaliland under Italian Trusteeship”, International Labour Review, Vol. 66, No. 3, 1952, ss. 221-245.
- GRANT**, Thomas D.: The Recognition of States, Westport 1999.
- HALL**, William Edward: A Treatise on International Law, 2nd edition, Oxford 1884.
- HARRIS**, D. J.: Cases and Materials on International Law, 4th edition, London 1991.
- JHAZBHAY**, Iqbal: “Somaliland: Africa's Best Kept Secret, a Challenge to the International Community?”, African Security Studies, Vol. 12, No. 4, 2003, ss. 77-82.
- KALAYCI**, Hüseyin: “Referandumla Ayrılma Konusunda Yüksek Mahkemenin Tutumu: Kanada-Quebec Örneği”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 63, S. 1, Yıl 2008, ss. 151-174.
- KAPLAN**, Seth: “The Remarkable Story of Somaliland”, Journal of Democracy, Vol. 19, No. 3, 2008, ss. 143-157.

- KELSEN**, Hans: "Recognition in International Law: Theoretical Observations", *American Journal of International Law*, Vol. 35, No. 4, October 1941, ss. 605-617.
- KIRAN**, Abdullah: "Uluslararası Hukukta Devletleri Tanıma ve Tanıma Teorileri", *Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, S. 3, Yıl 2017, ss. 923-945.
- LAUTERPACHT**, Hersch: "Recognition of States in International Law", *The Yale Law Journal*, Vol. 53, No. 3, June 1944, ss. 385-458.
- LEWIS**, Ioan Myrddin: *A Modern History of Somalia: Nation and State in the Horn of Africa*, Revised-Updated, Routhledge 2019.
- MALANCZUK**, Peter: *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th Revised Edition, New York 1997.
- McNAIR**, Arnold D.: "Stimson Doctrine of Non-Recognition", *British Yearbook of International Law*, Vol. 14, 1933, ss. 65-75.
- MOORE**, John Basset: *A Digest of International Law*, Vol. 1, Washington 1960.
- OMAR**, Mohamed Osman: *The Scramble in the Horn of Africa, History of Somalia (1827-1977)*, Somalia 2001.
- OPPENHEIM**, Lassa: *International Law, A Treatise*, Vol. I (Peace), London-New York-Bombay 1905.
- OSMAN GUUDLE**, Mohamed Omer: *Afrika Boynuzu'nda Uluslararası Tanınma, Egemenlik ve Demokrasiyi Anlamak: Somaliland Örneği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2019.
- PAZARCI**, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 3. Kitap, 6. Baskı, Ankara 2019.
- POORE**, Brad: "Somaliland: Shackled to a Failed State", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 45, No. 1, January 2009, ss. 117-150.
- RUBIN**, Alfred P.: "The Status of Rebels under the Geneva Conventions of 1949", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 21, No. 3, July 1972, ss. 472-496.
- RYNGAERT**, Cedric / **SOBRIE**, Sven: "Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake

of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, 2011, ss. 467-490.

**SCHWARZENBERGER**, Georg: *A Manual of International Law*, 2nd Edition, London 1950.

**SHAW**, Malcolm N.: *Uluslararası Hukuk*, (Çev.: Y. Acer / İ. Kaya / M. T. Demirtepe / G. E. Şimşek), 8. Baskı, Ankara 2018.

**TAŞDEMİR**, Fatma: “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 3, Yıl 2016, ss. 644-668.

**TOURME-JOUANNET**, Emmanuelle: “The International Law of Recognition”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 2, 2013, ss. 667-690.

**VELTMAN**, K. J.: *The De Facto Recognition Problem: Somaliland*, Thesis MA International Relations Specialisation Global Conflict in the Modern Era, Leiden 2021.

**WILLIAMS**, John Fischer: “Recognition”, *Transactions of the Grotius Society, Problems of Peace and War, Papers Read Before the Society in the Year 1929*, Vol. 15, 1929, ss. 53-81.

#### - Kararlar

Germano-Polish Mixed Arbitral Tribunal, *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State*, 5 ILR 11, 1 August 1929.

International Court of Justice, *Case Concerning Corfu Channel*, (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 15 December 1949.

League of Nations, *Official Journal*, Special Supplement No. 101.

S/RES/541(1983), adopted by the Security Council at its 2500th meeting on 18 November 1983.

S/RES/550(1984), adopted by the Security Council at its 2539th meeting on 11 May 1984.

S/RES/216(1965), adopted by the Security Council at its 1258th meeting on 12 November 1965.

S/RES/277(1970), adopted by the Security Council at its 1535th meeting on 18 March 1970.

S/RES/402(1976), adopted by the Security Council at its 1982nd meeting on 22 December 1976.

S/RES/733(1992), adopted by the Security Council at its 3039th meeting on 23 January 1992.

S/RES/746(1992), adopted by the Security Council at its 3060th meeting on 17 March 1992.

S/RES/751(1992), adopted by the Security Council at its 3069th meeting on 24 April 1992.

S/RES/767(1992), adopted by the Security Council at its 3101st meeting on 27 July 1992.

S/RES/775(1992), adopted by the Security Council at its 3110th meeting on 28 August 1992.

S/RES/794(1992), adopted by the Security Council at its 3145th meeting on 3 December 1992.

S/RES/2696(2023), adopted by the Security Council at its 9412th meeting on 7 September 2023.

S/RES/2711(2023), adopted by the Security Council at its 9477th meeting on 15 November 2023.

S/RES/2713(2023), adopted by the Security Council at its 9490th meeting on 1 December 2023.

A/RES/2262(XXII), adopted by the General Assembly at its 1594th meeting on 3 November 1967.

A/RES/31/6, adopted by the General Assembly at its 42nd meeting on 26 October 1976.

A/RES/2625(XXV), adopted by the General Assembly at its 1883rd meeting on 24 October 1970. (Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations).

A/RES/1514(XV), adopted by the General Assembly at its 947th meeting on 14 December 1960. (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples).

Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

- **Elektronik Kaynaklar**

- <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-40.html>, (12.08.2024).
- [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1936\\_bru\\_x\\_01\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1936_bru_x_01_fr.pdf),  
(10.07.2024).
- <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>,  
(12.08.2024).
- <https://www.indyturk.com/node/59096/d%C3%BCnyadan-sesler/somaliland-afrika%E2%80%99da-yeni-bir-devlet-mi-do%C4%9Fuyor>,  
(28.08.2024).
- <https://www.thebrenthurstfoundation.org/news/somaliland-the-power-of-democracy/>, (09.11.2023).
- <https://recognition.somalilandgov.com/wp-content/uploads/2013/01/The-recognition-of-Somaliland-Growing-international-engagement-and-backing.pdf>, (28.08.2024).
- <https://2001-2009.state.gov/p/af/rls/fs/2007/96359.htm>, (28.08.2024).
- <https://www.nytimes.com/2006/06/05/world/africa/05somaliland.html>,  
(10.10.2023).
- <https://www.ohchr.org/sites/default/files/vienna.pdf>, (09.09.2024).
- [https://www.pf.uni-lj.si/media/skrk\\_mnenja.badinterjeve.arbitrazne.komisije.1\\_10.pdf](https://www.pf.uni-lj.si/media/skrk_mnenja.badinterjeve.arbitrazne.komisije.1_10.pdf), (14.09.2024)
- <https://www.icrc.org/en/law-and-policy/geneva-conventions-and-their-commentaries>, (16.09.2024).

## YAPAY ZEKA EĞİTİMİNDE ESERLERİN GİRDİ OLARAK KULLANILMASININ TELİF HAKLARI AÇISINDAN İNCELENMESİ

Av. Dr. Sertel ŞIRACI\*

### Öz

Makale, yapay zeka (YZ) ve makine eğitimi süreçlerinde eserlerin girdi olarak kullanımı ile fikri haklar arasında ilişkiyi ele almaktadır. YZ eğitiminde kullanılan büyük veri setleri arasında telif hakkıyla korunan eserlerin bulunması, hukuki ve etik sorunlara yol açmaktadır. Özellikle sanat, edebiyat ve müzik eserlerinin kullanımı, eser sahiplerinin haklarının ihlali riskini taşır. YZ şirketleri aleyhine açılan ilk davalar telif hakları ihlali ile ilgilidir. YZ şirketleri eserlerin girdi olmadığı bir YZ sisteminin imkansız olduğunu dile getirmektedirler. Bu kabul karşısında insanoğlunun, eser sahiplerinin haklarını ihlal etmeyecek çözümler bulması gerekmektedir. Mevcut durumda adil kullanım öne çıkmaktadır. Adil kullanım doktrini bir esneklik sağlarken öngörülmezlik de getirmektedir. Avrupa Birliği'nin yeni mevzuatları, şeffaflık ve veri paylaşımı konularında düzenlemeler getirerek, YZ eğitiminde eserlerin kullanımını denetlemeyi

\* Avukat, İstanbul Barosu. Dr. Öğr. Gör., Bahçeşehir Üniversitesi, Bilişim Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul, Türkiye | Lawyer, Istanbul Bar Association, Lecturer., Bahcesehir University, Faculty of Law, Information Technology Law Master's Program, Rize, Türkiye.

✉ sertels@gmail.com • ORCID 0000-0002-1560-5446

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ŞIRACI, Sertaç: "Yapay Zeka Eğitiminde Eserlerin Girdi Olarak Kullanılmasının Telif Hakları Açısından İncelenmesi", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2461-2485.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



hedeflemektedir. FSEK açısından ise bir istinasa yoktur. Bu düzenleme olmayışı bir fırsata dönüşebilir. Makale, YZ eğitimi ve telif hakları arasındaki dengeyi sağlamak için mevcut hukuki çerçeveyi ve çözüm önerilerini tartışmaktadır.

### **Anahtar Kelimeler**

• Yapay Zeka • Makine Eğitimi • Telif • Adil Kullanım • FSEK

## **AN EXAMINATION OF THE USE OF WORKS AS INPUT IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE LEARNING FROM THE PERSPECTIVE OF COPYRIGHT LAW**

### **Abstract**

This article addresses the relationship between the use of works as inputs in artificial intelligence (AI) and machine learning processes and intellectual property rights. The presence of copyrighted works among the large datasets used in AI learning raises legal and ethical issues. The use of artistic, literary, and musical works, in particular, carries the risk of violating the rights of the original creators. Faced with this acknowledgment, humanity must find solutions that do not infringe upon the rights of content creators. Currently, the doctrine of fair use stands out. While the fair use doctrine provides flexibility, it also introduces unpredictability. The new regulations of the European Union aim to ensure transparency and data sharing, overseeing the use of works in AI learning. In terms of the Turkish Intellectual and Artistic Works Law (FSEK), there is no exception. The lack of such regulation could become an opportunity. This article discusses the existing legal framework and proposes solutions to balance AI learning and copyright protection.

### **Keywords**

• Artificial Intelligence • Machine Learning • Copyright • Fair Use • FSEK

## **GİRİŞ**

Yapay zeka, insan zekasını gerektiren görevleri sınırlı veya hiç insan müdahalesi olmaksızın gerçekleştirebilen sistemlerin ve makinelerin geliştirildiği bir bilgisayar bilimi disiplini<sup>1</sup>. Makine eğitimi, verilerdeki desenleri algılayan ve zamanla kendi performanslarını otomatik olarak iyileştiren bilgisayar algoritmalarını ifade eder (Abbott, 2021).

Her ne kadar makine öğrenmesi üzerine uzun süredir çalışmalar yapılsa da, bulut bilişim, büyük veri ve gelişmiş bilgisayar gücünün aynı

<sup>1</sup> **ABBOTT**, Ryan, Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence, Edward Elgar Publishing, 2021, s. 45.



zaman diliminde ortaya çıkışı gibi faktörler, bu alanda çok kısa sürede büyük büyük yol kat edilmesini sağlamıştır.

Bilgisayarların "öğreniyor" olması büyük ölçüde bir metafordur ve bilgisayar sistemlerinin insan öğrenmesinde yer aldığı düşünülen ileri düzey bilişsel sistemleri yapay olarak taklit ettiği anlamına gelmez. Bunun yerine, bu algoritmaları fonksiyonel anlamda öğreniyor olarak kabul edebiliriz. Bu bağlamda algoritmaların deneyim yoluyla belirli bir görevde performanslarını artırmak için davranışlarını değiştirebilme kapasiteleri vardır<sup>2</sup>. Bu algoritmalar, karşılaştıkları verilerden öğrenerek ve bu öğrendikleri bilgilerle ürettikleri çıktılarını değiştirerek performanslarını iyileştirebilirler. Bu süreç, fonksiyonel bir öğrenme olarak adlandırılır çünkü algoritmaların kendilerini geliştirebilme yeteneği, belirli bir amaç doğrultusunda işlev görmelerini sağlar. Bu hususta pek çok teknik içerik bulunması sebebiyle makalemizde ayrıntılı bir teknik açıklamaya yer verilmemiştir.

## I. YAPAY ZEKA ÖĞRENİMİ VE FİKRİ HAKLAR

Yaratıcı yapay zeka, öğrenme sürecinin bir parçası olarak büyük miktarda girdi verisi kullanır. Bu veriler arasında görseller, videolar, metinler ve diğer sanatsal içerikler bulunur<sup>3</sup>. Yapay zeka algoritmaları, belirli görevleri yerine getirme ve karar verme süreçlerini gerçekleştirmek amacıyla büyük miktarda veri kullanarak "öğrenir". Bu veriler, algoritmaların örüntü tanıma yeteneklerini geliştirmek ve bu örüntüler temelinde tahminlerde bulunabilmek için kullanılır. Bir yapay zeka algoritmasının performansı, maruz kaldığı eğitim verilerinin kalitesine ve miktarına bağlı olarak değişkenlik gösterir. Bu nedenle, veri kalitesi ve çeşitliliği, algoritmanın genel doğruluğu ve güvenilirliği üzerinde kritik bir role sahiptir<sup>4</sup>.

### A. Eserden Doğan Haklar ve Yapay Zeka Eğitimi İlişkisi

- 
- <sup>2</sup> WITTEN, Ian H., *Data Mining: Practical Machine Learning Tools and Techniques*, 3rd ed., Morgan Kaufmann, 2011, s. 12.
- <sup>3</sup> SOBEL, B. L. W., *Artificial Intelligence's Fair Use Crisis*, *The Columbia Journal of Law & The Arts*, 41(1), s. 45–97.
- <sup>4</sup> JOBY, Amal, "What is Training Data? How It's Used in Machine Learning," *Learn G2*, July 30, 2021, s. 1.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) anlamında eser, insanın fikri çabası ile üretilerek ortaya konmuş<sup>5</sup>, sahibinin kişisel özelliklerini yansıtan ve bilim, edebiyat, bilgisayar programları, müzik, güzel sanatlar veya sinema gibi FSEK'te sayılan alanlarda ortaya konulan her türlü fikir ve sanat ürünlerini ifade eder. FSEK'te eser sahibinin hakları mali ve manevi haklar olarak ele alınmaktadır. Mali haklar (i) işleme hakkı, (ii) çoğaltma hakkı, (iii) yayma hakkı, (iv) temsil hakkı ve (v) işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkıdır. Manevi haklar da (i) umuma arz hakkı, (ii) adın belirtilmesi hakkı, (iii) eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkı ve (iv) zilyet ve malike karşı haklardır. Makale konumuz ile yakından ilgili olan hakları ele alacağız.

### B. Manevi Haklar ve Yapay Zeka İlişkisi

Manevi haklardan adın belirtilmesi hakkı FSEK 15'te düzenlenmiştir. Eser ile eser sahibi arasında ilişki kurulmasını ve birlikte anılmasını sağlar. Eser sahibinin adının belirtilme hakkı, eserin türüne bağlı özellikler nedeniyle sınırlanabilir. Eğer eser, seri üretimle elde edilen bir tasarım ise veya fiziksel boyutları itibarıyla eser sahibinin adını taşımaya uygun değilse, bu tür durumlar eser sahibinin adının eser üzerinde belirtilmesini gerektirebilir<sup>6</sup>. Yapay zeka eğitim süreci açısından konu ele alındığında, komut verip çıktıyı algılayan kişiler birebir esere erişmemektedir. Yapay zeka eğitiminde algoritmalar veya modeller, birden fazla kaynaktan elde edilen veri setleriyle eğitilir ve bu süreçte genellikle belirli bir kişiye atfedilebilecek özgün bir "eser" oluşmaz. Bu nedenle, makine öğrenmesiyle üretilen sonuçların eser sahibi olarak tek bir kişinin veya grubun adının belirtilmesi pratikte zor olacaktır. Diğer yandan örneğin bir ressamın yağlı boya çalışmalarının eğitim verisi olarak kullanılması halinde sistem direkt belirli bir ressamın hususiyetini kopyalamamaktadır. Daha çok bir yağlı boya tablonun teknik olarak yaratılmasındaki dış faktörleri istatistiksel olarak toplamaktadır bu da girdi olarak taranan tablolarla ressamlar arasındaki bağlantıyı kopartmaktadır. Fakat amacımız belirli bir ressamın hususiyetini taklit ederek, onun gibi yağlı boya tablo üreten bir sistem ise bu durumda doğal olarak ilgili ressamın da adı belirtilecektir.

Yapay zeka eğitiminde incelenmesi gereken diğer bir manevi hak da eser değişiklik yapılmasını men etme hakkıdır. Günümüzde yapay

<sup>5</sup> TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Basım, İstanbul 2012, s. 113.

<sup>6</sup> TOSUN, Yalçın, Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, 1. Basım, İstanbul 2016, s. 121.

zeka yazılımlar son kullanıcılar tarafından kullanılabilirler. Bu sebeple çoğu zaman kişisel kullanım devreye girmektedir. Görsel üretmek için geliştirilen bir yapay zeka yazılım olan Dall-e görsel üretim yazılımına komut olarak kaplumbağa terbiyecisi tablosunu esas alarak robot terbiyecisi tablosu üretilmesi girildiğinde sistem kaplumbağalar yerine robot kullanarak bir çıktı üretmektedir. Bir yazar, yazmış olduğu romanın tarzını ve karakterlerini kullanarak müstehcen bir romana dönüşürecek komutlarla çıktı üretmesini men edebilecektir. Burada yapay zeka yazılıma komutu giren son kullanıcıdır ve kişisel kullanımı için bu işlemi yapmaktadır. Kişisel kullanımın ötesine geçip, umuma iletilmesi halinde eser sahibinin diğer hakları da dayanak yaparak buna müdahale hakkı olacaktır. Bu senaryoda yapay zeka geliştiricisinin bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

### C. Mali Haklar ve Yapay Zeka İlişkisi

#### 1. Çoğaltma Hakkı

Mali haklardan çoğaltma hakkı girdi olarak kullanılan eserler açısından oldukça önemlidir. FSEK 21’de düzenlenen çoğaltma hakkı, bir eserin aslı ya da kopyalarından yararlanılarak çoğaltılarak eserin sayısının artırılmasıdır<sup>7</sup> Eğitim verisi olarak kullanılacak olan eserlerin indirilmesi, depolanması gibi işlemler yine çoğaltma hakkı kapsamındadır. Yapay zeka eğitiminde girdi olarak eserlerin kullanılması için örneğin fiziki tablolar, yazılı eserler dijital ortama aktarılmak için optik okuyucular tarafından taranmaktadır. Bu tür bir tarama işlemi çoğaltmadır<sup>8</sup>. Yine bir yapay zeka sistemi girdi olarak verilen bir şiiri, bir şarkı sözünü tekrar üretmesi halinde bir çoğaltma gerçekleştirilmiş olacaktır<sup>9</sup>.

Makine eğitimi amacıyla geliştirilen bir bilgisayar programı, veri girdisinden öğrenmeyi ve gelecekteki kararları yönlendirilmiş veya bağımsız olarak almayı sağlayan bir algoritma içermektedir. Sanat, müzik ve edebiyat eserleri gibi alanlarda uygulandığında, makine eğitimi algoritmaları, programcılar tarafından sağlanan girdilerden öğrenmektedir. Bu verilerden yararlanarak yeni bir eser üretirler ve bu süreç boyunca

<sup>7</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 4. Basım, Ankara 2018. s. 254.

<sup>8</sup> KILIÇOĞLU, s.255.

<sup>9</sup> UK Intellectual Property Office, “Consultation outcome: Artificial intelligence call for views: copyright and related rights”, <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/artificial-intelligence-call-for-views-copyright-and-related-rights> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

yeni eserin neye benzeyeceğine karar vermek için bağımsız kararlar alırlar. Bu tür yapay zekanın önemli bir özelliği, programcılarının parametreleri ayarlayabilmesine rağmen, eserin aslında insan düşünce süreçlerine benzer bir işleme, yani bir sinir ağı olarak adlandırılan bilgisayar programı tarafından üretilmesidir. Modellerin ve veri setlerinin oluşturulması sırasında, giriş aşamasında gerçekleşen ve kelime anlamı dışında bir çoğaltma söz konusudur; bu işlem geniş çapta telif hakkıyla korunan eserlerin sistem tarafından yetkisiz bir şekilde işlenmesine yol açmaktadır<sup>10</sup>.

Yapay zeka eğitiminde çoğaltma konusundaki zorluk ihlalin ispatı ile ilgilidir. Çünkü yapay zekayı programlayanlar girdi olarak kullanılan verileri şeffaf şekilde paylaşmadıkça çıktı üzerinden yorum yapılmaktadır. Çıktının birebir bir şiirin aynısının yazılması olması halinde çoğaltma ile ilgili bir tereddüt yoktur fakat taklit olmayan, esinlenme çizgisini geçmeyen bir benzerlik olduğunda mahkemelerin girdi olarak eserlerin kullanımındaki tespitite işi zorlaşmaktadır. İnsanların kitap okuyarak bilgi edinmesi telif hakkı ihlali oluşturmadığı gibi, bir yapay zekanın eğitim verilerini benzer bir biçimde işlemesi de mümkün olabilir. Ancak, eğitim verilerinin internet üzerinden indirilmesi durumunda, yapay zeka eğitimi modelinin eğitimi sırasında geçici kopyaların oluşturulması kaçınılmazdır. Bu tür geçici kopyalama, yapay zeka eğitimi insan eğitiminden farklı kılar ve çoğaltma hakkı kapsamında kalır<sup>11</sup>. Buna karşın, Sega ve Sony Computer Entertainment v. Connectix Corp. davalarında, korunan kodun geçici kopyalanmasını içeren daha yeni bir bilgisayar davasında, sanıklar adil kullanım savunması altında başarılı olmuştur<sup>12</sup>.

## 2. İşleme Hakkı

Girdi olarak eserlerin kullanılmasında işleme hakkını da ele almak gerekecektir. FSEK'e göre işleme hakkı başka bir eserden yararlanılarak oluşturulan, ancak bu esere göre bağımsız olmayan ve işleyen kişinin hususiyetini taşıyan eserdir. Yapay zeka sistemleri, öğrenme sürecinde mevcut eserleri kullanarak bu eserlerden yeni içerikler üretir. Bu süreçte, eserin orijinal yapısal özelliklerine veya ifade biçimine müdahale edilmiş

<sup>10</sup> **Guadamuz**, Andres, Yapay Zeka ve Telif Hakkı, WIPO Dergisi, 2017. [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2017/05/article\\_0003.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html). (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

<sup>11</sup> **Quang**, Jenny, Does Training AI Violate Copyright Law?, Berkeley Technology Law Journal, 202, s.1497.

<sup>12</sup> ABD Dokuzuncu Daire Temyiz Mahkemesi, 203 F.3d 596, <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/sony-connectix-9thcir2000.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

olabilir. Özellikle, yapay zeka tarafından eser üzerinde yapılan değişiklikler, eserin aslını önemli ölçüde değiştiriyorsa veya esere yeni özellikler ekleniyorsa, bu durum işleme hakkının ihlali anlamına gelebilir. Nitekim bir şiirden, şarkı sözü oluşturulması veya bestelenmesi bir yapay zeka sisteminin yapabileceği bir işidir. Bu çıktı klasik işleme hakkı kapsamındadır. Fakat girdi konusunda işleme hakkından çok eserde değişiklik yapılması durumu üzerinde durulmalıdır. Çünkü eserler sistemin anlayacağı şekilde çoğaltılırken aynı zamanda da hususiyet taşımayan değişiklikler yapılmaktadır. Verilerin farklı teknik formatlara dönüştürülmesi ve sayısal ifadelerle temsil edilmesi gerekmektedir. Bu dönüşüm, makine öğrenmesi algoritmalarının verileri anlamlandırabilmesi için gerekli olan bazı değişikliklerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır<sup>13</sup>. Dolayısıyla girdi olarak kullanılan eserler açısından işleme hakkı ihlali düşük bir ihtimal olacaktır.

#### **D. Manevi ve Mali Haklar ile Yapay Zeka İlişkisi**

Buraya kadar mali ve manevi haklar açısından teorik olarak muhtemel uyuşmazlık alanlarını ele almaya çalıştık. İhlal olarak ele aldığımız bu örnek uyuşmazlıklarda, girdi olarak eser kullanımının olduğunu ispat etmek kolay değildir. Sistemin esinlenme sınırını aşp, eser ile aynı bir çıktıyı üretmesi halinde ihlal netlik kazanacaktır. Nitekim bu durum insanlar arasındaki telif hakkı ihlallerinden çok da farklı değildir. Çıktı üzerinden çoğaltma ile ilgili ihlal değerlendirmesi, insanların yaptığı ihlallerde bugüne kadar nasıl yapıldıysa öyle yapılacaktır. İspatın zor olması gerçekliği sebebiyle yapay zeka geliştiricilerine girdi olarak kullandıkları eğitim materyallerini açıklamaktan başka çare kalmamaktadır. İşte bu sebeple artık yapay zeka etik tartışmalarında ve mevzuatlarında gelinecek nokta girdi olarak kullanılan verilerin kamuya açıklattırılması yönündedir. AB Yapay Zeka Yasasına göre yapay zeka geliştiricileri, yazılımlarının eğitimi için girdi olarak kullandıkları içerikler hakkında şeffaf zorunludur. AB Telif Hakkı Direktifi ise eser sahiplerine metin madenciliğine tabii tutulan eserlerinin ilk kullanımdan sonra bu kullanımı reddetme (opt-out) hakkı tanımaktadır.

## **II.YAPAY ZEKA ÖĞRENİM VERİSİ OLARAK ESER KULLANIMI VE UYUŞMAZLIKLAR**

### **A. Eser Kullanmadan Yapay Zeka Eğitiminin İmkansız Olması**

<sup>13</sup> GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi, Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı, 2022, s. 146

Yapay zeka eğitim süreçlerinin telif hakkı ihlallerine yol açabileceği konusunda artan bir kaygı mevcuttur. Makine eğitimi modelleri, yetkisiz erişim sağlanan veri kümelerini kullanarak, telif hakkı yasalarıyla korunan eserlerin dijital kopyalarını üretme eğilimindedir. Yapay zeka modelleri tarafından üretilen çıktılar, giriş verilerine yakın bir benzerlik göstermesi, telif hakkı sahibinin eseri üzerindeki haklarının ihlal edilme riskini barındırır. Bu süreç, özellikle telif hakkıyla korunan materyallerin eğitim veri setleri olarak kullanılması ve bu eserlerin modeller tarafından bire bir veya benzer şekillerde çoğaltılması durumunda meydana gelmektedir. Eğitim sürecinde, aynı veri setlerinin birden çok kullanılmasıyla, ihlal teşkil edebilecek kopyaların üretimi kaçınılmazdır. İnsanların kitap okuyarak edindikleri bilgiyle telif hakkı ihlali yapmadan öğrenmeleri mümkün olduğu gibi, makinelerin de eğitim verileri üzerinden öğrenmesi benzer bir süreç olarak değerlendirilebilir<sup>14</sup>. Ancak, internet üzerinden indirilen verilerle bir makine öğrenme modeli eğitildiğinde, eğitim süreci boyunca verilerin mali haklar anlamında kopyalanması kaçınılmazdır. Bu durum, telif hakkı meselelerini karmaşık bir hale getirmekte ve yeni teknolojik uygulamaların hukuki çerçevesinin belirlenmesinde önemli soruları beraberinde getirmektedir.

Geliştiriciler eğitim verisi için nitelikli, doğru içeriklere ihtiyaç duymaktadır. Bunun da sağlanabileceği en nitelikli kaynak metinler için eser niteliğindeki ilim ve edebiyat eserleri, görseller için de fotoğraf, resim gibi güzel sanat eserleridir. Geliştiriciler ölüm artı 70 yıllık koruma süresi dolmuş olan eserler ile bu süreci işletebilirler fakat tahmin edileceği üzere güncellik ve eser sayısındaki yetersizlik sorun olmaktadır.

ChatGPT'nin geliştiricisi OpenAI, hakkında açılan davalar üzerine büyük dil modelleri konusunda İngiltere Lordlar Kamarası İletişim ve Dijital Seçim Komitesi'nin sorularına sunduğu yazılı yanıtta telif hakkı içeren materyaller olmadan ChatGPT gibi Yapay Zeka araçlarını geliştirmenin "imkansız" olduğunu beyan etmiştir<sup>15</sup>. OpenAI, bu yazıda dil modelini üç temel eğitim verisi kaynağı kullanılarak geliştirdiğini beyan etmiştir. Bu kaynaklar şöyledir: (1) internet üzerinde halka açık olarak mevcut olan bilgiler, (2) üçüncü taraflardan lisanslanan bilgiler, ve (3) kullanıcılar veya eğitmen çalışanlar tarafından sağlanan bilgiler.

<sup>14</sup> Quang, Jenny, s. 1407.

<sup>15</sup> OpenAI, written evidence (LLM0113), <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/126981/pdf/>, Erişim Tarihi: 24.05.2024.

Eğitim verisinin sadece telifle korunmayan verilerle sınırlanması halinde günümüz insanların ihtiyaçlarını karşılayan bir yapay zeka sisteminin geliştirilemeyeceği açıkça dile getirilmiştir. Bu hem ikrar hem de yardım çağrısı olan mektup konuyu hukukçular için bir açmazla dönüştürmektedir. Geliştiriciler eylemlerinin farkında olmakla birlikte insanoğluna yapay zekanın nelere kadar olabileceğini de göstermiştir. Bir yanda geliştiricilerin insanoğlunun faydasına olan geliştirmeler diğer yanda yasalarda korunan telif hakları yer almaktadır. Bir yanda yaratıcı sektörlerin varoluş mücadelesi, diğer yanda devletlerin de dahil olduğu bir yapay zeka yarışı yer almaktadır. Burada ilk cephe telif hakkı davalarıyla açılmıştır. İşte ya fikri haklar, hukuki düzenlemelerin bu haliyle yapay zekanın sonu olacaktır ya da yapay zeka, yaratıcı yetenekleriyle fikri hakların sonu olacaktır. Yapay zekanın gelişimi durdurulamayacağı için hukuk sistemleri toplumun gidişatına göre bir düzenleme yapacaktır ve bunun ilk işareti de mahkemelerde görülen davalarla olacaktır.

Özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde yaşayan eser sahipleri tarafından açılan bu davalarda sınırlı bir kesimin hak ihlalleri tartışılmaktadır. Fakat bu davaların bütün yaratıcı sektörleri etkileyen ekonomik sonuçları olacaktır. Yapay zeka sistemlerinin, birebir bir eser sahibi ile rekabet edecek eser ortaya çıkartması adil kullanım kapsamında kalmayacaktır. Fakat birebir rekabet edecek çıktılar üretmese de sektörel bazda daha az sanatçıya ihtiyaç duyulacaktır. İşte yaratıcı sektör temsilcileri orijinal içeriklerine olan talebin azalmasından korkmaktadır. Yapay zeka sistemlerinin artan sofistike yapısının edebi ve sanatsal eserler için pazarları nasıl bozabileceği ve çeşitli sektörlerde insan yazarların ve sanatçıların yerini alabileceğinden endişe edilmektedir<sup>16</sup>.

## **B. Eserlerin Eğitim Verisi Olarak Kullanıldığı Gerekçesi ile Yapay Zeka Geliştiricileri Aleyhine Açılan İlk Davalarda İleri Sürülen İddialar**

<sup>16</sup> **Geiger**, Christophe, To Pay or Not to Pay (for Training Generative AI), That is the Question, JOTWELL (December 18, 2023) (reviewing Martin Senftleben, Generative AI and Author Remuneration, 54 Int'l Rev. Intell. Prop. Competition L. 1535 (2023)), <https://ip.jotwell.com/to-pay-or-not-to-pay-for-training-generative-ai-that-is-the-question/> (Erişim Tarihi: 24.05.2024)

## 1. Yapay Zeka Eğitiminde Edebiyat Eserlerinin Kullanılması: R.R. Martin ve 16 Diğer Yazar İle OpenAI Davası<sup>17</sup>

George R.R. Martin ve diğer 16 yazar, OpenAI'ye karşı, yapay zeka modellerinin eğitiminde eserlerinin izinsiz kullanıldığı gerekçesiyle dava açmıştır. Bu davada, yazarlar, OpenAI'nin ChatGPT gibi modelleri eğitmek için telif hakkıyla korunan kitaplarını izinsiz olarak kopyaladığını iddia etmişlerdir.

Yazarlar, ChatGPT'nin çeşitli komutlara verdiği yanıtların telif hakkı ihlali oluşturduğunu belirten çıktı örneklerini sunarak iddialarını desteklemektedir. Bu yanıtlar arasında, ChatGPT'nin belirli bir yazarın tarzında içerik üretmesi istendiğinde, orijinal eserlerden büyük ölçüde faydalandığı gösterilmiştir.

George R.R. Martin ve diğer yazarlar tarafından açılan dava kapsamında, OpenAI'nin ChatGPT modelinin eğitiminde telif hakkıyla korunan kitapların izinsiz olarak kullanıldığı iddia edilmiştir. Örneğin, ChatGPT'den belirli bir yazarın tarzında hikaye veya içerik üretmesi istendiğinde, yazarların kitaplarından büyük ölçüde alıntılar yaptığı örnekler delil olarak sunulmuştur. Özellikle, ChatGPT'nin George R.R. Martin'in "Game of Thrones" serisinden karakterler ve olay örgüleriyle ilgili ayrıntılı içerik üretebildiği çıktıları gösterilmiştir. Bu içerikler, yazarların eserlerinden doğrudan alınmış pasajlar ve metinler içermesinin ancak girdi olarak eğitim verisinin kullanılması ile mümkün olabileceğini iddia etmişlerdir. Bu izinsiz kullanımın mevcut ve gelecekteki lisanslama piyasalarını olumsuz etkilediği, telif hakkı sahiplerinin gelir kaybına uğradığı ve kontrolü kaybettikleri savunulmaktadır.

Davacının yazarı olduğu eserlerin içeriğinin birebir aynı şekilde ChatGPT tarafından çıktı olarak sunulması, girdi olarak bu eserlerin kullanıldığına dair en önemli kanıttır. Bu girdi ve çıktı olarak kullanım ise mali haklardan olan çoğaltma ve umuma iletim hakkının ihlali. Diğer yandan ChatGPT'nin kitapdan bir alıntı yapmadan örneğin karakterler hakkında yorum üretmesi ise doğrudan bir ihlalin delili olmayacaktır çünkü ilgili kitaplardaki karakterler hakkında internette pek çok inceleme yazısı mevcuttur. Yine de aşağıdaki anlatılacağı üzere mahkemeler adil kullanım üzerinde duracaktır.

<sup>17</sup> Authors Guild v. OpenAI Inc. , 1:23-cv-08292, District Court, New York, <https://www.courtlistener.com/docket/67810584/authors-guild-v-openai-inc/3> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).



OpenAI tarafından yukarıda aktarıldığı gibi bir ikrar anlamına gelecek şekilde bu içerikler olmazsa yapay zeka da olmaz samimi açıklaması sebebiyle de ihlalin varlığının ispatından çok, bu durumun adil kullanım kapsamında olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Davalılar kullanımlarını kabul etmektedirler fakat bu kullanımlarındaki çıktının karşı tarafla bir rekabet ilişkisi olmadığını, daha büyük bir kamusal fayda sağladığını ifade etmektedirler.

## 2. Yapay Zeka Eğitiminde Müzik Eserlerinin Kullanılması: Universal Music Group ile Anthropic Davası (Claude AI)<sup>18</sup>

Universal Music Group (UMG), Concord Music Group, ve ABKCO, Anthropic AI'ye karşı açtıkları davada, Anthropic'in Claude AI adlı yapay zeka modelini eğitirken yapımcısı oldukları sanatçıların şarkı sözlerinin kullanılarak telif hakkı ihlali yaptığını iddia etmiştir. Davacılar, Anthropic'in Claude AI'yi eğitmek için internetten topladığı büyük miktarda metin verisi arasında şarkı sözlerini de izinsiz olarak kullandığını ileri sürmüştür.

Davacılar, bu iddialarını desteklemek için çeşitli deliller sunmuşlardır. Öncelikle, Claude AI'nin eğitiminde kullanılan veri setlerinde telif hakkına sahip şarkı sözlerinin bulunduğunu gösteren örnekler sunulmuştur. Claude AI'nin Katy Perry'nin "Roar" adlı şarkısının sözlerini neredeyse birebir kopyaladığının karşılaştırılmış şekilde sunulması güçlü deliller olarak görülmüştür. Ayrıca, Claude AI'nin belirli bir şarkı yazarı veya sanatçının tarzında şiir veya kısa hikaye yazması istendiğinde, telif hakkına sahip şarkı sözlerini kullandığını gösteren chatbot yanıtları örnekleri sunulmuştur.

Katy Perry'nin "Roar" şarkısının aynısının çıktıda sunulması bize girdiler arasında bu şarkı sözünün kullanıldığını göstermektedir. Bu durum söz yazarının mali haklarından çoğaltma hakkının ihlalidir. Çıktı olarak aynı sözlerin üretilmesi yine çoğaltma hakkı yanında umuma iletim hakkının da ihlali anlamına gelecektir. Nitekim bu olaydan sonra yapay zeka dil modelleri girilen komutlar neticesinde üretilen çıktıda bir telif hakkı ihlali olma riski varsa bu komutları yerine getirmeyecek şekilde programlanmıştır. Örneğin ChatGPT'den Tarkan'ın Kış Güneşi isimli şarkısının sözlerini yazması talep edildiğinde bunun bir telif hakkı

<sup>18</sup> Concord Music Group, Inc. v. Anthropic PBC, 3:23-cv-01092, District Court, M.D. Tennessee, <https://www.courtlistener.com/docket/67894459/concord-music-group-inc-v-anthropic-pbc/> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

ihlali olacağını bu sebeple şarkı sözlerini yazamayacağını belirtmektedir. Fakat şarkı sözleriyle ilgili özel bir analiz istenirse yapabileceğini de yazmaktadır. OpenAI'nin ChatGPT'yi bu şekilde güncellemiş olması çıktılarda birebir şarkı sözünün getirilmesinin ihlal olacağına kanaat getirdikleri fakat girdi de bu eserlerin kullanılmasının da bir adil kullanım olduğuna inandıklarını göstermektedir.

### 3. Yapay Zeka Eğitiminde Fotoğrafların Kullanılması: Getty Images, Stability AI Davası<sup>19</sup>

Getty Images, Stability AI'ye karşı açtığı davada, Getty Images, Stability AI'nin izinsiz olarak milyonlarca görseli kopyalayıp işlediğini ve işbu görselleri Stable Diffusion'un eğitimi için kullandığını ileri sürmüştür.

Getty Images, Stability AI'nin kazıma (web scraping) yaparak milyonlarca telif hakkına sahip görüntüyü izinsiz bir şekilde kopyaladığını ve bu görüntüleri Stable Diffusion modelini eğitmek için kullandığını dava konusu yapmıştır. Getty Images, bu işlem için kendilerinden herhangi bir izin alınmadan ticari kazanç elde edildiğini ortaya koymaya çalışmıştır. Getty Images, bu eylemin telif hakkı yasalarını ihlal ettiğini ve Stability AI'nin gelir modeli olan yasal lisans seçeneklerini görmezden geldiğini savunmaktadır.

Getty Images, davasını ispat etmek için Stable Diffusion tarafından üretilen ve üzerinde Getty Images'in filigranının bozulmuş bir versiyonunu içeren görselleri delil olarak sunmuştur. Bu durum veritabanından görüntüleri çekip kullandığını gösterdiği üzerinde durulmuştur. Dosyada yer alan bağımsız bir çalışma da Stable Diffusion'un veri setinde 12 milyon görüntüden 15.000'inin Getty Images'tan çekildiğini raporlamıştır.

Getty Images, bir görsel içerik arşividir. Eser sahiplerinden devraldığı haklar kapsamında görsel eserleri lisanslayarak gelir elde etmektedir. Bu içerikleri internet sitesinde listelemektedir. Bu dava Getty Images için bir varoluşsal mücadeledir. Çünkü yapay zeka sistemler artık girilen komutlara göre gerçek bir fotoğraf gibi içerik üretmektedirler. Artık görsel lisanslama şirketlerine ihtiyaç kalmamıştır.

<sup>19</sup> Getty Images (US), Inc. v. Stability AI, Inc., 1:23-cv-00135, District Court, Delaware, <https://www.courtlistener.com/docket/66788385/getty-images-us-inc-v-stability-ai-inc/> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

Getty Images, arşivinin izinsiz olarak makine eğitimi için kullanıldığını ispatlaması durumunda, kendisi ile rekabet eden bu sistemin eğitimi için girdi olarak kullanılan görsel sayısı kadar mahrum kaldığı lisans bedelini talep edebilecektir.

### C. Açılan Davalarda Ortak Talepler ve İspat Sorunu

Bu davaların merkezinde, eserlerin telif hakkı sahiplerinden izin alınmadan kullanılması iddiaları yer almaktadır. İddiaları ispatlamak için ilgili yapay zeka yazılımlarına verilen komutlar ve ürettikleri çıktılar delil olarak sunulmuştur. Esasen girdi olarak bu eserlerin kullanıldığı bilinmemektedir. Fakat klasik bir telif hakkı ihlali dosyasında olduğu gibi önceki orijinal eser ile sonraki taklit olduğu iddia edilen ürün karşılaştırılmaktadır. Bu dosyalarda çıktıların eserlerine tecavüz ettiği iddiası ile birlikte makale konusu olan eserlerin yapay zeka eğitimi için girdi olarak kullanıldığı iddiası vardır. Bu kullanım sebebiyle çoğaltma haklarının ihlal edildiği iddia edilmektedir. Esasen bütün dosyalarda girdi olarak eserlerin kullanılması sebebiyle eser sahiplerine bir bedel ödenmediği için yapay zekanın gelişimine sundukları katkının karşılığını alamadıkları iddia edilmektedir.

Yapay zeka şirketleri, modellerini eğitmek için genellikle büyük miktarda veriyi, bu veriler arasında telif hakkına sahip içerikleri de içerecek şekilde kazımaktadır. Veri, herkese açık olan arşivlerden çekilmektedir veya fiziksel eserler dijitalle aktarılmaktadır. Bu genel uygulama sebebiyle de olağan bir ihlal şüphesi sürekli mevcuttur.

Yapay zeka çıktısında eseri benzerlik tespit eden her eser sahibi haklarını bu şirketlere karşı kullanabilir. Her seferinde zorlanılacak olan konu ihlalin ispatıdır. Çünkü çıktılar açısından taklit denilebilecek bir durum varsa ve ilgili hukuk sistemi açısından önce bunun tespiti gerekmektedir. Sonrası bu çıktının orijinal eser ile olan ayniyeti, tersten ifade ile esinlenme sınırını aşıp aşmadığı ele alınacaktır. Esinlenme serbestliği de insanlara mı tanınmaktadır yoksa yazılımlar da esinlenebilir mi? Sorunun da henüz net bir cevabı yoktur. Girdi olarak eserler kullanılmasaydı, çıktı olarak bu benzerlik olmazdı, esinlenmeye benzer bir istisna düşünülemezdi iddiası incelenmelidir. İşte bu noktada 'insan da eserlerden faydalanarak bir eğitim sağlıyor ve gelir elde ediyor, yazılım neden aynı noktaya gidemesin' tezi ortaya atılmaktadır.

İspat açısından girdi ile ilgili varsayımdan öte bir somut delil olmaması davacıların davasını ispatlamasını oldukça zorlaştırmaktadır. Çıktı üzerinden mahkemenin orijinal eser ile ilgili bir intihal durumu

konusunda yeterli kanaat oluşmaması halinde başka güçlü delil kalma-  
maktadır. İşte bu sebeple yukarıda aktarıldığı üzere mevzuatlarla yapay  
zeka şirketlerine eğitim verisi olarak kullandıkları veriyi açıklaması zo-  
runluluğu getirilmektedir.

### III.ADİL KULLANIM, AB MEVZUATI, FSEK VE YAPAY ZEKA ÖĞRENİMİ

#### A. Adil Kullanım Doktrini

Eserleri kullanma ihtiyacının uyuşmazlığa dönüşmesi yeni değildir. Hu-  
kuka uygun kullanım ile hak ihlali arasında yer alan gri alanda, bu eser-  
lerin kullanımının bir zorunluluk olduğu durumlar ortaya çıkmıştır. Bu  
ihtiyacın mahkemelerin önüne gelmesiyle de hakimler buna bir çözüm  
bulmak zorunda kalmışlardır. Adil kullanım doktrini, mevcut kusurla-  
rına rağmen, bir yapay zeka geliştiricisinin mahkemede telif hakkı ihlali  
iddiasına karşı savunma yapma şansını sunmaktadır. Teknolojik gelişme-  
lerle gündeme gelen bütün telif hakkı tartışmalarında gözler adil kulla-  
nıma dönmektedir.

Adil kullanım, ilk kez 1841 yılında Massachusetts Bölge Mahkemesi  
tarafından Folsom v. Marsh davasında gündeme gelmiştir<sup>20</sup>. Dava, bir bi-  
yografi yazarı olan James Folsom'un, başka bir yazar olan Charles  
Marsh'ın, George Washington'ın mektuplarını izinsiz olarak kopyalaması  
ve yayımlaması sebebiyle açılmıştır. Mahkeme, Marsh'ın eserin bir kıs-  
mını kullanmasının telif haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak bu  
süreçte, mahkeme "adil kullanım" kavramını tanımlamış ve bir eserin ne  
ölçüde ve hangi şartlar altında kullanılabileceğine dair ilk kriterleri belir-  
lemiştir<sup>21</sup>.

ABD'de adil kullanım, telif hakkı yasası olan "Copyright Act" "17  
U.S.C. § 107" maddesi altında düzenlenmiştir<sup>22</sup>. Bu madde, telif hakkıyla  
korunan bir eserin, belirli koşullar altında ve sınırlı biçimlerde, izin alın-  
maksızın kullanılmasına olanak tanımaktadır. Adil kullanımın değerlendirilmesinde dört ana faktör göz önünde bulundurulur: kullanımın amacı  
ve karakteri, eserin doğası, kullanılan miktar ve eserin piyasa değeri

<sup>20</sup> Amerika Birleşik Devletleri Massachusetts Bölgesi Daire Mahkemesi, Folsom v. Marsh,  
9 F. Cas. 342, 1841, <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/folsom-marsh-cmass1841.pdf> (Erişim Tarihi: 26.05.2024).

<sup>21</sup> Benzer davalar için bkz: Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakkı Ofisi Adil Kullanım  
Dizini <https://copyright.gov/fair-use/fair-index.html>.

<sup>22</sup> Birleşik Devletler Telif Hakları Ofisi, <https://copyright.gov/fair-use/index.html>, (Erişim  
Tarihi: 26.05.2024).

üzerindeki etkisi. Bu faktörler, her bir durumun kendine özgü koşullarına göre esnek bir şekilde değerlendirilir. Bu esnekliğin ABD'nin teknolojik gelişimde Avrupa'nın önünde olmasının sebepleri arasında olduğu da düşünülmektedir<sup>23</sup>.

Bu faktörlerden eserin piyasa değeri üzerindeki etkisi üzerinde durmakta fayda vardır. Girdi olarak kullanılan eserin, çıktıda kullanılması- nın önceki eser sahibi üzerinde olumsuz bir ticari etkisi olacaktır. Nitekim Sezen Aksu'nun sözleri tarzında şarkı sözü yazar, onun müzikal usulü ile beste yapan bir yapay zekanın ürettiği çıktıları kullanan bir icracı sanatçının yeni Sezen Aksu olarak bu çağrışımından istifade etmesinin ticari sonuçları olacaktır. Haksız kazanılan itibarın yanında, esas sanatçının markasal değeri düşecektir.

Google Books projesi, telif hakkı ihlalleri ve adil kullanım doktrini açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir ve mevcut yapay zeka davalarında savunmaya dayanak yapılmaktadır. Google, üniversite kütüphaneleriyle işbirliği yaparak koleksiyonlarındaki milyonlarca kitabı taramış ve dijital hale getirmiştir. Google, kitapları tarayarak arama yapılabilir hale getirdiği ve sınırlı miktarda "snippet" denilen kitabın birkaç sayfasının görüntülenmesini sağladığı bir arama motorunu kullanıcılarına sunmuştur. Bu süreç, Authors Guild (Yazarlar Birliği) tarafından telif hakkı ihlali iddialarıyla mahkemeye taşınmıştır. Açıkça kitabın sayfalarının sunulması çoğaltma hakkının açık ihlali olarak delillerin arasında yer almıştır. Mahkeme, bu kullanımın eğitim ve araştırma amaçlı adil kullanımı teşvik ettiğini ve dijital çağda bilgiye erişimi artırdığını vurgulamıştır. Mahkeme bu kullanımın oldukça dönüştürücü olduğunu ve orijinal eserlerin pazar değerine zarar vermediğini belirtmiştir<sup>24</sup>.

Diğer yandan 1981 yılında müzisyen Prince'in yer aldığı bir fotoğrafın daha sonra sanatçı Andy Warhol tarafından fotoğrafçının izni alınmaksızın bir dizi baskı ve illüstrasyona dönüştürülmesi üzerine dava açılmıştır<sup>25</sup>. Davada savunma olarak ileri sürülen adil kullanım doktrini fotoğraftan üretilen türev bir eserin ticari amaçlarla kullanılması sebebiyle

<sup>23</sup> **Sezgin Huysal**, Ayşegül. "Dumb Starbucks' Ve ABD Hukukunda Adil Kullanım Doktrini". İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, sy. 1 (Nisan 2017): 142.

<sup>24</sup> Authors Guild v. Google, Inc., 13-4829, 2015, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html> (Erişim Tarihi: 26.05.2024).

<sup>25</sup> Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 143 S.Ct. 1258 (2023) [https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-869\\_87ad.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-869_87ad.pdf) (Erişim Tarihi: 23.11.2024).

reddedilmiştir. Bu karar, dönüştürücü kullanım doktrininin sınırlarını daraltarak, özellikle telif hakkıyla korunan eserlerin farklı amaçlarla kullanıldığı durumlarda bu savunmanın geçerliliğini sorgulanmasına neden olmuştur<sup>26</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yapay zeka dil modeli sahibi şirketler aleyhine açılan davalarda adil kullanım hususu savunmanın ana gerekçesidir<sup>27</sup>. Burada dil modeli geliştiricileri girdi olarak eserleri kullandıklarını inkar etmemektedirler. Bu sebeple de girdi olarak kullanım ispatı ile ilgili bir sorun yoktur. Fakat adil kullanım kapsamında dil modeli geliştiricileri eser sahipleri ile bir rekabetlerinin olmadığını, dil modellerinin dönüştürücü bir etkisinin olduğunu bu sebeple de adil kullanım kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>28</sup>.

Bu davalarda yapay zeka şirketleri telif hakkına sahip materyallerin kullanımının adil kullanım kapsamında olduğunu iddia etmektedir. Ancak, yapay zeka eğitiminde adil kullanımın uygulanmasına dair tartışmaların henüz başlangıcındayız ve henüz emsal bir karar yoktur. Nitekim her dil modelinin uygulama alanı da farklı olduğu için bir dil modeli için kabul edilecek adil kullanım uygulaması diğeri için geçerli olmayacaktır. Bu sebeple adil kullanım şartlarının her durumda yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Öngörülebilirlik açısından da konunun bir yasal düzenleme ile çözülmesi hak sahipleri için de geliştiriciler için de bir gerekliliktir.

## B. Üç Aşamalı Test ve FSEK

Üç aşamalı test, uluslararası telif hakkı hukukunda eserin kullanılabilirliği durumları belirlemek için kullanılan bir yöntemdir ve Türk hukuku da bu prensibi kısmen benimsemiştir. Bu test, Bern Konvansiyonu'nun 9. maddesinde yer alır ve Türkiye'nin de taraf olduğu bu uluslararası anlaşma, fikri mülkiyet haklarının korunması amacıyla belirli standartlar getirmektedir. Üç aşamalı test, eser sahibinin haklarının sınırlandırılmasına yönelik belirli kriterler sunar. İlk aşamada, sınırlandırmanın

<sup>26</sup> LUCCHI, Nicola. "ChatGPT: A Case Study on Copyright Challenges for Generative Artificial Intelligence Systems." *European Journal of Risk Regulation* 15, no. 3 (2024): 602–24.

<sup>27</sup> Benzer davalar için bkz: <https://fairuse.stanford.edu/>.

<sup>28</sup> ABBOTT, Ryan Benjamin and Rothman, Elizabeth, *Disrupting Creativity: Copyright Law in the Age of Generative Artificial Intelligence* (August 8, 2022). Fla. L. Rev. Vol. 75, Issue 6, 2023, s. 1194.

belirli ve özel bir duruma ilişkin olması gereklidir. Bu, sınırlandırmanın genel bir uygulama yerine spesifik bir durum için geçerli olmasını sağlar. İkinci aşamada, sınırlandırmanın, hak sahibinin eserini olağan şekilde kullanması durumunda elde edeceği yarara aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Bu aşama, eserin ekonomik değerinin korunmasını amaçlamaktadır. Üçüncü aşamada ise sınırlandırmanın, hak sahibinin meşru menfaatlerine makul bir sebep olmaksızın zarar vermemesi gerekmektedir. Bu kriter, hak sahibinin hem mali hem de manevi haklarının korunmasını garanti eder<sup>29</sup>.

Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde, yazarın haklarının korunması önceliklidir ve eser sahibinin haklarını sınırlayacak düzenlemeler önceden belirlenmiştir. Bu sistemde eser sahibi, haklarının hangi durumlarda ve ne zaman sınırlandırılabilceğini bilerek kendini güvende hisseder. Buna karşılık, Anglosakson hukukunda geçerli olan adil kullanım öğretisi, öngörülmemiş ve çeşitli sınırlandırma hallerinin hukuka uygunluğunu değerlendirmek için geliştirilmiştir. Bu yaklaşım, hakların sınırlandırılmasına ilişkin geniş bir yelpazede genel ilkeler sunar. Esnek yapısı sayesinde, adil kullanım öğretisi, fikir ve sanat eserleri hukukundaki hızlı değişimlere ve teknolojik gelişmelere daha kolay uyum sağlar ve bu yönüyle üç aşamalı testten daha avantajlı olarak görülür<sup>30</sup>.

Türk hukukunda, FSEK 35'te iktibas serbestisi başlıklı madde ile çizilen çerçevede sınırlandırmaların kapalı bir sistem içinde yer aldığı ve bu nedenle yasal mevzuatımızın üç aşamalı testin birinci aşamasıyla uyumlu olduğu ifade edilebilir<sup>31</sup>.

### C. Metin Madenciliği

Avrupa Birliği'nde yapay zeka ve telif hakkı ile ilgili yasal çerçeve, 2024 yılında kabul edilen AB Yapay Zeka Yasası<sup>32</sup> ve 2019 yılında kabul edilen Dijital Tek Pazar'da Telif Hakkı Direktifi<sup>33</sup> ile oluşturulmuştur. Bu

<sup>29</sup> ALICA Türkay, (YAVUZ Levent/MERDİVAN Fethi), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Ankara 2014, s. 38.

<sup>30</sup> HUGENHOLTZ Bernt/SENFTLEBEN Martin, "Fair Use in Europe in Search of Flexibilities", Amsterdam 2011.

<sup>31</sup> HELVACI, Serap/ATAR, Eray, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), s. 1291.

<sup>32</sup> Avrupa Birliği Yapay Zeka Yasası: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

<sup>33</sup> Dijital Tek Pazar'da Telif Hakkı Direktifi için bkz: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

direktifler, dijital ortamda telif haklarının korunması için uyumlu bir çerçeveye sunmaktadır.

AB Yapay Zeka Yasası, yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanımında şeffaflığı artırmak için çeşitli yükümlülükler getirmiştir. Bu yükümlülükler, yapay zeka sistemlerinin nasıl eğitildiği ve kullanılan veriler ile ilgili bilgi verilmesini düzenlemektedir. Bu şeffaflık hedefleyen düzenleme telif hakkı sahiplerinin eserlerinin izinsiz kullanımını tespit etmelerine yardımcı olabilecektir.

Dijital Tek Pazar Direktifi'nin metin veri madenciliğinin düzenlendiği maddesinde eser sahiplerine ilk kullanım sonrası (opt-out) reddetme hakkı verilmiştir. Peki eser sahipleri bir yapay zeka modelinde eserlerinin kullanıldığından nasıl haber olabileceklerdir? İşte Yapay Zeka Yasası ile birlikte bu madde değerlendirildiğinde şeffaflık gereği eğitim verisini açıklayan yapay zeka geliştiricisine başvurup bu kullanımı geri çekme hakkı verildiğini söyleyebiliriz. Nitekim telif hakları açısından en çok ses getiren opt-out açıklaması Sony Music'ten gelmiştir<sup>34</sup>. Şirket 700'den fazla yapay zeka firmasına mektup gönderip yapımcısı olduğu eserlerin kullanımını yasakladığını, bu ana kadar kullanılan eserleri de geri çektiğini duyurmuştur.

Burada ilginç bir açmaz daha karşımıza çıkmaktadır. Bu uygulama ile acaba yapay zeka geliştiricilerine bir ilk izin mi verilmektedir? Peki bu hakkın kullanılması halinde geri alınan eserler eğitim verilerinden nasıl çıkartılacaktır? Burada şirketlerin bulacağı çözüm yine modellerinin eğitiminden geçecektir. Mevzuat kural ile kural ortaya konarak öngörülebilirlik sağlamıştır. Dil modeli geliştiricileri daha başlangıçtan itibaren bir eserin eğitim verilerinin arasından çıkartabilecekleri bir sistemi başlangıçtan itibaren tasarımları gerekecektir.

Dijital Tek Pazar Yönergesi'nin 17. maddesinin konu açısından çözüm olup olamayacağı değerlendirilmelidir. Bu madde, yaratıcı işlerin çevrimiçi platformlar aracılığıyla paylaşılmasını düzenleyerek, bu platformların yükledikleri içerikler için telif hakkı sahipleriyle işbirliği yapmalarını ve uygun lisans anlaşmaları sağlamalarını zorunlu kılmaktadır. Bu durum, özellikle dijital ortamda yaratıcı içeriklerin lisanslanması ve yönetilmesi süreçlerinin standartlaşmasına katkıda bulunacaktır ve

<sup>34</sup> Sony tarafından yapılan açıklama için bkz :<https://www.sonymusic.com/sonymusic/declaration-of-ai-training-opt-out/>.



Avrupa'da üretilen içeriklerin küresel erişilebilirliğini artırma potansiyeline sahiptir<sup>35</sup>.

#### D. FSEK Açısından Yapay Zeka Eğitimi

Adil kullanım, yapay zeka dil modeli geliştiricileri için lehe sonuçlar verebilir. Üç aşamalı testin şartları daha dar olduğu için nispeten aleyhe kabul edilebilir. Fakat ülkemizdeki uygulamada üç aşamalı testin ilk aşaması olan belirli ve özel şartlar kriterini almış ve bu kriterler de sınırlı olarak sayılmıştır. Bugün tartışma konusu olan yapay zeka dil modelleri açısından bu ilk kriterin karşılamayacağı, diğer kalan iki kriter olan ekonomik yarar ve zarar vermeme kriterinin de olmamasından dolayı FSEK'in yapay zeka dil modelleri açısından aleyhe olduğu kanaatindeyiz. Ülkemizdeki eser sahiplerinin FSEK dayanağı ile yukarıda zikredilen benzer davaların açılması halinde ve girdi olarak eserlerin kullanıldığını ispatlayan yeterli delillerin sunulmasının yanında diğer usul şartlarının bulunması durumunda mahkemeler yapay zeka dil modellerine erişim engelleme konusunda ihtiyati tedbir kararı verebilirler.

Burada bir çözüm olarak meslek birlikleri düşünülebilir. Özel radyoculuğun başlaması ile birlikte müzik eserleri uzun süre izinsiz kullanılmıştır, açılan davalar da asıl amaca ulaşmanın önüne geçmiştir. Daha sonra FSEK'te yapılan değişiklik sonucu m.41 ve 42/A dayanağı ile meslek birlikleri birer tarife oluşturup yıllık bedeller toplamaya başlamıştır. Bu yöntem otel, alışveriş merkezi ve benzeri yerlere doğru yayılmıştır. Bu dönem bulunan çözüm, bugün bu konular için de teoride uygulanabilir. Fakat bugün bir yapay zeka dil modeli geliştiricisi şirket edebiyat eserleri açısından muhatap bulmakta zorlanacaktır. Müzik eserleri açısından bulunduğu muhataplar da lisans bedeli hesaplama ve bu bedeli eser sahibi üyeleriyle paylaşmak kolay olmayacaktır. Bu arada yapımcılara gidilmesi halinde mali hakların devralındığı muvafakatnamelerde yapay zeka ile ilgili bir hüküm olmadığı kanaatindeyiz.

FSEK'te adil kullanım veya üç aşamalı teste benzer bir hüküm olmaması bu haliyle yerli geliştiriciler ve yabancı olup ülkemizde eserleri kullanan şirketler için oldukça risklidir. Nitekim bahsettiğimiz gibi yapay zeka aleyhine açılan ve ölüm kalım meselesine dönüşen davalar telif haklarıyla ilgilidir. Diğer yandan veri temelli ekonomide AB'nin ABD'den

<sup>35</sup> SENFTLEBEN, M. / MARGONİ, T. / ANTAL, D., BODÓ, B. Ensuring the Visibility and Accessibility of European Creative Content on the World Market - The Need for Copyright Data Improvement in the Light of New Technologies and the Opportunity Arising from Article 17 of the CDSM Directive, JIPITEC, C. 67, para 1.

geri kalmasının sonuçları da adil kullanım gibi esnek uygulamaların olmamasına bağlanmaktadır. İnsanoğlu telif hakları ile yapay zekanın nimetleri arasında bir çözüm yapmaya zorlandığı dönemde bir yandan da uluslararası bir üstünlük yarışı içerisindeyiz. Ülkemiz açısından da yapay zeka ile ilgili uluslararası arenada bir fırsat olduğu da kesindir. Şu durumda mevzuatımızda özel bir düzenleme olmaması da bir fırsattır. Yeni AB mevzuatlarının gitmeye çalıştığı yön daha bir esnek yapıdır. Hem buna uyum sağlamak hem de FSEK’de yapılacak bir mevzuat güncellemesi ile uluslararası arenada ülkemizin önü açılabilir. Girişimcilerin önünü görebileceği bir uygulama yabancı şirketlerin de dikkatini çekecektir. Bu elbette sermaye için eser sahiplerinin haklarından vazgeçilmesi değildir. Uymak zorunda olduğumuz uluslararası anlaşmalar sınırında olabildiğince açık veri kullanımına yaklaştıran düzenlemeler ciddi bir fark yaratmamızı sağlayacaktır. Mevzuatımıza AB düzenlemelerinin ayısının getirilmesi dahi girişimcileri riskten kurtaracaktır<sup>36</sup>.

## SONUÇ

Yapay zeka ve makine öğrenmesi, modern teknolojinin kritik unsurları haline gelmiştir. Ancak, bu teknolojilerin geliştirilmesi sırasında kullanılan büyük veri setleri arasında telif hakkıyla korunan eserlerin bulunması, hukuki ve etik sorunları gündeme getirmektedir. Geliştiriciler, yapay zeka eğitimi için nitelikli ve doğru içeriklere ihtiyaç duymaktadırlar. Bu süreç eserden kaynaklanan mali ve manevi hakların ihlali anlamına gelebilmektedir. Zira eğitimde bu eserlerin kullanıldığının da ispatı mümkün değildir. Açılan davalarda iddialar çıktılar üzerindedir. Hatta bundan sonra girişimciler bu davalara muhatap olmamak için çıktılarının eserlere yakın olmayacağı türden tedbirler bulacaklardır. En azından kendilerine verilen komutta bir taklit talebi varsa bunu yerine getirmeyeceklerdir. Çıktılar, orijinal eserin taklidi değilse ihlal olmadığı sonucuna da varılabilir. Burada tecavüz davalarına muhatap olup olmamaktan çok kamu menfaatine olmak üzere bu eserlerin eğitim verisi olarak kullanılması istisnasının mümkün olup olmadığı üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Nitekim ChatGPT yazılımının sahibi OpenAI, insanoğlunun günümüz ihtiyaçlarını karşılamak için eserlerin yapay zeka eğitim sürecinde kullanılmasının zorunlu olduğunu açıkça ifade etmiştir. Diğer ifade

<sup>36</sup> ŞIRACI, Sertel: 3. Kültür Endüstrisi ve Telif Hakları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 2024, İstanbul, s.45.

ile girdi olarak eserler kullanılmaktadır, bu kabul edilmiştir; fakat buna biz de çözüm bulmak istiyoruz denilmektedir.

Adil kullanım ilkesi, yapay zeka eğitiminde eserin kullanımı bağlamında büyük önem taşır. ABD'deki telif hakkı yasası kapsamında adil kullanım ilkesi, belirli koşullar altında eserin izin alınmaksızın kullanılmasına olanak tanır. Adil kullanım geliştiriciler için esnek bir kullanım alanı sağlamaktadır. Eser sahipleri için ise daha öngörülemezdir. Her durumda konu mahkemelere kalmaktadır. Mahkemelerin kararları yerine hem geliştiriciler hem de eser sahipleri için öngörülebilir yasal düzenlemeler doğru olacaktır.

Uluslararası hukukta uygulanan üç aşamalı test, eser sahibinin haklarının sınırlandırılmasına yönelik belirli kriterler sunar. AB'nin Yapay Zeka Yasası ve Dijital Tek Pazar Direktifi gibi yeni düzenlemeleri, yapay zeka geliştiricilerinin eğitim verilerini şeffaf bir şekilde açıklamalarını gerektirir. Bu tür düzenlemeler, telif hakkı sahiplerinin eserlerinin izinsiz kullanımını tespit etmelerine yardımcı olabilir ve yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi sırasında telif hakkı ihlallerini önlemeye yönelik önemli imkanlar sunmaktadır.

Türk hukukunda ise FSEK 35. madde, bu testin ilk aşamasını karşılar. Fakat hukuk sistemimizde istisna oldukça dardır ve yapay zeka geliştiricilerini kapsamayacaktır. FSEK'te adil kullanım veya üç aşamalı teste benzer bir hüküm olmaması, yerli geliştiriciler ve Türkiye'de eserleri kullanan yabancı şirketler için risk oluşturur. Bir yerel mahkeme nezdinde girdi olarak eserlerinin kullanıldığını ispatlayan eser sahibi bu yazılımlar için ihtiyati tedbir kararları alabilir.

Yapay zeka aleyhine açılan ilk davalar, telif haklarıyla ilgilidir. AB'nin esnek uygulamalara sahip olmamasının, veri temelli ekonomide geri kalmasına neden olduğu savunulmaktadır. Türkiye için yapay zeka alanında uluslararası bir fırsat vardır. FSEK'te yapılacak bir mevzuat güncellemesi ile girişimcilerin önünü açmak ve yabancı şirketlerin dikkatini çekmek mümkündür. Bu düzenlemeler, eser sahiplerinin haklarını koruyarak açık veri kullanımını teşvik edecektir. Bu elbette eser sahiplerinin haklarını ihlal edecek şekilde olmamalıdır fakat eser sahipleri ile rekabete girmeyen, girdi olarak eser kullanmak zorunda olan yapay zeka eğitimi gibi kullanımların da önü açılmalıdır. Çıktıda bir ihlal varsa bu zaten klasik ihlal hükümleri ile çözülecektir. Bunun için eser sahiplerini de teşvik edecek yöntemler meslek birlikleri ile bir araya gelerek çözülebileceği gibi

bireysel hak takip yöntemleriyle makul ekonomik karşılıklarla sonuca gidilebilecektir.

## KAYNAKÇA

- ABBOTT**, Ryan: Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence, Edward Elgar Publishing, 2021.
- ABBOTT**, Ryan Benjamin and Rothman, Elizabeth, Disrupting Creativity: Copyright Law in the Age of Generative Artificial Intelligence (August 8, 2022). Fla. L. Rev. Vol. 75, Issue 6, 2023.
- ALICA** Türkay, (YAVUZ Levent/MERDİVAN Fethi), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Ankara 2014.
- GEIGER**, Christophe, To Pay or Not to Pay (for Training Generative AI), That is the Question, JOTWELL (December 18, 2023) (reviewing Martin Senftleben, Generative AI and Author Remuneration, 54 Int'l Rev. Intell. Prop. Competition L. 1535 (2023)), <https://ip.jotwell.com/to-pay-or-not-to-pay-for-training-generative-ai-that-is-the-question/> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).
- GUADAMUZ**, Andres, Yapay Zeka ve Telif Hakkı, WIPO Dergisi, 2017. [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2017/05/article\\_0003.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html). (Erişim Tarihi: 24.05.2024).
- GÜÇLÜTÜRK**, Osman Gazi, Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı, 2022.
- HELVACI**, Serap/**ATAR**, Eray, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3).
- HUGENHOLTZ** Bernt/**SENFTLEBEN** Martin, "Fair Use in Europe in Search of Flexibilities", Amsterdam 2011.
- JOBY**, Amal, "What is Training Data? How It's Used in Machine Learning," Learn G2, July 30, 2021.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 4. Basım, Ankara 2018.
- LUCCHI**, Nicola. "ChatGPT: A Case Study on Copyright Challenges for Generative Artificial Intelligence Systems." *European Journal of Risk Regulation* 15, no. 3 (2024): 602–24.
- QUANG**, Jenny, Does Training AI Violate Copyright Law?, Berkeley Technology Law Journal, 202.
- SENFTLEBEN**, M. / **MARGONİ**, T. / **ANTAL**, D., **BODÓ**, B. Ensuring the Visibility and Accessibility of European Creative Content on the World Market - The Need for Copyright Data Improvement

in the Light of New Technologies and the Opportunity Arising from Article 17 of the CDSM Directive, JIPITEC.

**SEZGİN HUYSAL**, Ayşegül. “‘Dumb Starbucks’ Ve ABD Hukukunda Adil Kullanım Doktrini”. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, sy. 1 (Nisan 2017): 141-60.

**SOBEL**, B. L. W., Artificial Intelligence’s Fair Use Crisis, The Columbia Journal of Law & The Arts, 41(1), s. 45–97.

**ŞIRACI**, Sertel: 3. Kültür Endüstrisi ve Telif Hakları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 2024, İstanbul.

**TEKİNALP**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Basım, İstanbul 2012, s. 113.

**TOSUN**, Yalçın, Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, 1. Basım, İstanbul 2016.

**WITTEN**, Ian H., Data Mining: Practical Machine Learning Tools and Techniques, 3rd ed., Morgan Kaufmann, 2011.

## İNTERNET KAYNAKLARI

ABD Dokuzuncu Daire Temyiz Mahkemesi, 203 F.3d 596, <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/sony-connectix-9thcir2000.pdf>, (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

ABD Massachusetts Bölgesi Daire Mahkemesi, Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 1841, <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/folsom-marsh-ccmass1841.pdf> (Erişim Tarihi: 26.05.2024).

Adil Kullanım Karar Örnekleri, Stanford Copyright and Fair Use: <https://fairuse.stanford.edu/>.

Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 143 S.Ct. 1258 (2023) [https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-869\\_87ad.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-869_87ad.pdf).

Authors Guild v. Google, Inc., 13-4829, 2015, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html> (Erişim Tarihi: 26.05.2024).

Authors Guild v. OpenAI Inc. , 1:23-cv-08292, District Court, New York, <https://www.courtlistener.com/docket/67810584/authors-guild-v-openai-inc/3> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

- Avrupa Birliği Dijital Tek Pazar Direktifi: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.
- Avrupa Birliği Yapay Zeka Yasası, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>
- Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakkı Ofisi Adil Kullanım Dizini <https://copyright.gov/fair-use/fair-index.html>.
- Birleşik Devletler Telif Hakları Ofisi, <https://copyright.gov/fair-use/index.html> , (Erişim Tarihi: 26.05.2024).
- Concord Music Group, Inc. v. Anthropic PBC, 3:23-cv-01092, District Court, M.D. Tennessee, <https://www.courtlistener.com/docket/67894459/concord-music-group-inc-v-anthropic-pbc/> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).
- Getty Images (US), Inc. v. Stability AI, Inc., 1:23-cv-00135, District Court, Delaware, <https://www.courtlistener.com/docket/66788385/getty-images-us-inc-v-stability-ai-inc/> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).
- OpenAI, written evidence (LLM0113), <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/126981/pdf/>.
- Sony Music, Declaration of AI Training Opt Out: <https://www.sonymusic.com/sonymusic/declaration-of-ai-training-opt-out/>.
- UK Intellectual Property Office, "Consultation outcome: Artificial intelligence call for views: copyright and related rights", <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/artificial-intelligence-call-for-views-copyright-and-related-rights> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).





## 1894 İSTANBUL DEPREMİNDE BASIN YASAKLARI\*

Dr. Öğr. Üyesi Ali TURAN\*\*

### Öz

1894 İstanbul depremi, bugüne kadar İstanbul’da gerçekleşen şiddetli depremlerin en sonuncusudur. 1894 depreminin ilginç yönlerinden biri de deprem sonrasında basında çıkan haberler için basın yasaklarına başvurulmuş olmasıdır. Öyle ki yapılan haberler sebebiyle bazı basın organlarına kapatma cezası dahi verilmiştir. Yapılan haberler sebebiyle halkta korku ve panik havasının oluşması bu basın yasaklarına gerekçe olarak gösterilmiştir. Bu dönemde gazetelerin depremlerle ilgili haberlerde “tahfif-i lisan” (yumuşak dil) kullanması emredilmiştir. Aynı zamanda depreme ilişkin olarak asılsız haberlere yer veren gazetelerin ülkeye sokulması da yasaklanmıştır. Hükümet, bu anlamda yürütmüş olduğu politikada muvaffak olmuş ve zamanla basında kamuoyunun moralini yüksek tutmayı hedefleyen yayınlara yer verilmiştir.

Bu çalışmanın amacı, 1894 İstanbul depremini ve deprem sonrasında İstanbul basını ile yabancı basına tatbik edilen basın yasaklarını tetkik etmektir. Bu amaç doğrultusunda evvela bu depremin İstanbul üzerindeki tesiri kısaca ele alınacak

\* Bu makale, 5-7 Şubat 2024 tarihinde düzenlenen 3. Selçuk Hukuk Kongresi’nde sunulan “1894 İstanbul Depremi ve Sansür” adlı özet bildirinin genişletilmiş halidir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi. İnönü Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı, Malatya, Türkiye | Asst. Prof., Inonu University, Faculty of Law, Department of Public Law, Legal History Department, Malatya, Türkiye.

✉ ali.turan@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0001-6563-6315.

📄 **Atf Şekli** | Cite As: **TURAN, Ali** : “1894 İstanbul Depreminde Basın Yasakları”, SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2487-2524.

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

📄 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



ve akabinde devletçe tatbik edilen basın yasakları üzerinde durulacaktır. Böylece basın yasaklarına neden müracaat edildiği, bu amaçla neler yapıldığı ve yapılan bu faaliyetlerin hukuki niteliğinin ve neticesinin ne olduğu hususları tasrih edilecektir.

### Anahtar Kelimeler

- Osmanlı Devleti'nde Depremler • 1894 İstanbul Depremi • Basın Yasakları • Sansür • 1894 İstanbul Depreminde Basın Yasakları

## PRESS BANS IN THE 1894 ISTANBUL EARTHQUAKE

### Abstract

The 1894 Istanbul earthquake is the last of the severe earthquakes that have occurred in Istanbul to date. One of the interesting aspects of the 1894 earthquake is that press bans were applied for the news that appeared in the press after the earthquake. In fact, some media organs were even banned due to the news they reported. The creation of an atmosphere of fear and panic in the public due to the news was cited as a reason for these press bans. During this period, newspapers were ordered to use "tahfif-i lisan" (soft language) in earthquake-related news. At the same time, newspapers reporting false news about the earthquake were banned from entering the country. The government was successful in its policy in this regard, and over time, the press began to publish articles aimed at keeping public morale high.

The aim of this study is to examine the 1894 Istanbul earthquake and the press bans applied to the Istanbul press and the foreign press after the earthquake. For this purpose, the impact of this earthquake on Istanbul will be briefly discussed and then the press bans imposed by the state will be emphasized. Thus, the reasons why press bans were applied, what was done for this purpose, and what the legal nature and consequences of these activities were will be clarified.

### Keywords

- Earthquakes in the Ottoman Empire • 1894 Istanbul Earthquake • Press Bans • Censorship • Press Bans During the 1894 Istanbul Earthquake.

## GİRİŞ

Alp-Himalaya deprem kuşağında yer alan ülkemizde tarihten bugüne çok sık aralıklarla şiddetli depremler meydana gelmektedir. Osmanlı Devleti'nin başkenti olup günümüz Türkiye'sinin en mühim şehirlerinden biri olan İstanbul da farklı tarihlerde gerçekleşen şiddetli depremlere sahne olmuştur. Ne yazık ki jeoloji uzmanları, yakın bir gelecekte yine İstanbul'da şiddetli bir depremin meydana geleceğini tahmin etmektedir. İstanbul'un günümüze en yakın olan son şiddetli depremi ise 1894

tarihinde olmuştur. Çok sayıda can kaybının yaşandığı bu depremde İstanbul ve çevresinde büyük ölçüde maddi hasar da meydana gelmiştir.

Gerçekleşen şiddetli depremler sonrasında afet bölgesinde kamu düzeni bozulmakta; sosyal ve iktisadi hayat uzunca bir süre kesintiye uğramaktadır. Korku ve paniğin yarattığı tesirle birlikte depremezdelerin yaşadıkları bölgeyi terk etmeleri, deprem bölgelerinde birtakım sağlık sorunlarının ortaya çıkması gibi problemler de sıklıkla görülmektedir. Ana deprem sonrasında kimi zaman birkaç seneyi bulan artçı depremler halkın korku ve dehşet hissini sürekli taze tuttuğu için deprem öncesi hayat şartlarının temin edilmesi güçleşmektedir. Diğer taraftan yıkımın ve sosyal hayatın durmasının tabii bir neticesi olarak iktisadi manada da zorlu bir sürece girilmektedir.

Yaşanan depremlerin insan üzerinde büyük bir tesir bıraktığı hususu, depremleri tecrübe etmiş olan herkesin malumudur. Osmanlı müelliflerinden Amir Tefvik bu hakikati şu şekilde tarif etmiştir: “Mamafih hareket gerek şiddetli ve gerek hafif olsun daima vahimdir. Ale’l-husus bunun vücuda getirdiği hâlât-ı müdehhişe afetzedelerin hiçbir zaman gözleri önünden gitmez. Çünkü bu alemde bir zelzele manzara-yı dehşetnamesi kadar feci bir şey görmek tasavvur olunamaz<sup>1</sup>.” Ali Muzaffer de depremin diğer afetlerle kıyas kabul etmeyeceğini “Zelzele afâtın en dehşetlisi olup ika eylediği hasarat, kulûbe ilkâ eylediği havf û hiras hiçbir afetinkine kıyas kabul edemez<sup>2</sup>.” şeklinde dile getirmiştir.

Osmanlı Devleti, hüküm sürdüğü coğrafyanın genişliği ve bu coğrafyada dünyanın en faal fay hatlarının bulunması hasebiyle çok şiddetli depremlere sahne olmuştur. Devletin en geniş sınırlara ulaştığı dönemde Avrupa, Asya ve Afrika kıtalarındaki toprakların büyük bir kısmında hakimiyet kurulduğu için böylesine geniş bir mekanda tabii olarak çeşitli zamanlarda çok şiddetli depremler yaşanmıştır. Nitekim bölgede meydana gelen depremlere ilişkin yapılmış olan katalog çalışmalarında Osmanlı Devleti’nde deprem tehdidi bariz bir şekilde ortaya konulmuştur<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> **AMİR TEVFİK:** Hareket-i Arz ve Esbab-ı Zuhurı Hakkında Meşahir-i Erbab-ı Fünundan Bazılarının Akvali, Alem Matbaası, Konstantiniyye 1307, s. 5-6.

<sup>2</sup> **ALİ MUZAFFER:** Zelzele Hakkında Malumat, Kasbar Matbaası, İstanbul 1315, s. 15.

<sup>3</sup> Tarihi dönemlerde Türkiye ve çevresinde meydana gelen depremlere ilişkin bkz.: **SOYSAL**, H. vd.: Türkiye ve Çevresinin Tarihsel Deprem Kataloğu, TÜBİTAK Yay., İstanbul 1981.; **AMBRASEYS**, N.N.-**FINKEL**, C.F.: The Seismicity of Turkey and Adjacent Areas: A Historical Review, 1500-1800, Eren Yay., İstanbul 1995.; **KILIÇ**, Orhan: Mühimme Defterlerine Göre XVI. Yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı

Osmanlı Devleti'nde meydana gelen depremlere ilişkin olarak devlet arşivlerimizde ve Batılı kaynaklarda<sup>4</sup> zengin nitelikte malzeme mevcuttur. Ayrıca tarih kitaplarında, hatıratlarda, seyahat yazılarında, elçilik raporlarında vs. Osmanlı dönemi depremlerine dair malumat bulunmaktadır. Deprem sonrasında gerçekleşen hasar tespitleri, bina tamir işlemleri ve yapılan mali yardımlara dair kayıtların şer'îye sicillerine yansımaları sebebiyle deprem araştırmalarında şer'îye sicillerinden de istifade edilmelidir<sup>5</sup>.

Osmanlı dönemi depremlerine ilişkin olarak çok sayıda ilmi çalışmanın yapıldığı görülmektedir. Daha evvel bahsi edilen umumi katalog çalışmalarının yanı sıra, başta İstanbul olmak üzere diğer Osmanlı şehirlerinde gerçekleşen depremlere ilişkin çok sayıda çalışma mevcuttur<sup>6</sup>. Yapılan bu çalışmalarla, tarihte gerçekleşen depremlerin şiddeti ve bu depremlerin ictimai ve iktisadi tesirleri ortaya konulmuştur.

Depremden sonra yaşanan korku ve dehşetin tesiri uzunca bir süre ortadan kaybolmaz. Depremzedeler de tabii bir şekilde depremle ilgili her türlü rivayete kulak kesilir. Ortada dolaşan ve dilden dile nakledilen rivayetlerin birçoğunun hakikat payı bulunmaz. Bilhassa günümüzde iletişim imkanlarının gelmiş olduğu nokta itibarıyla asılsız rivayetlerin gerek yayılma hızı gerekse de bu rivayetlerin ulaştığı kişi sayısı oldukça fazladır. 1894 İstanbul depreminde de depremzedelerin bu tabii merakı ve haber alma ihtiyacını sağlayan yegane vasıta gazeteler idi. Bu dönemde gazeteler, halkın bu talebi karşısında depremle ilgili her türlü

---

Devleti'nde Meydana Gelen Depremler, (içinde) Osmanlı V (Toplum), Yeni Türkiye Yay., Ankara 1999, s. 671-677.

- 4 Batılı kaynaklardan yola çıkılarak Osmanlı Devleti'nde meydana gelen depremlere ilişkin hazırlanan bazı çalışmalar için bkz.: Osmanlı İmparatorluğu'nda Doğal Afetler, Ed. Elizabeth Zachariadou, Çev. Gül Çağalı Güven, Saadet Öztürk, Tarih Vakfı Yurt Yay., İstanbul 2001.
- 5 Şer'îye sicillerinde yer alan bu kayıtlar, bilinmeyen bazı depremlerin tespitini sağlayabilir. Bununla birlikte bu bilgilerin başka kaynaklarla desteklenmesi gerekir. (GRADEVA, Rossitsa: Osmanlı ve Bulgar Kaynaklarından Orta Balkan Topraklarındaki Depremler (17. ve 18. Yüzyıllar), (içinde) Osmanlı İmparatorluğu'nda Doğal Afetler, Ed. Elizabeth Zachariadou, Çev. Gül Çağalı Güven, Saadet Öztürk, Tarih Vakfı Yurt Yay., İstanbul 2001, s.70.)
- 6 Bu çalışmalardan bir kısmının listesine ilişkin olarak bkz.: TURAN, Ali: Hukuki Neticeleri İtibarıyla Osmanlı Devleti'nde Depremler, (içinde) Deprem Hukuku Boyutlarıyla Değerlendirilmesi, Ed. Tamer Budak, Uğur Aşkın, Adalet Yay., Ankara 2024, s. 28-32.

rivayeti sütunlarına taşımaya gayret gösterdi. Yaşanılan afetin sıcaklığı ve gösterilen alakanın tesirinden dolayı nakledilen rivayetlerin hakikat yönlerine pek dikkat edilmiyordu. Fakat bu rivayetlerin halka oluşturduğu korku ve panik, normalleşme dönemine gidilmesinin önünde en büyük engellerden biriydi. İşte bu noktada kamu düzenini tesis etme vazifesi bulunan devletin bazı tedbirlere müracaat etmesi söz konusu oldu.

1894 İstanbul depreminden sonra halkta korku ve paniğe yol açan asılsız ve abartılı havadislerin önlenmesi maksadıyla dönemin yerli ve yabancı basınına birtakım müdahalelerde bulunuldu. Zira deprem sebebiyle durma noktasına gelen sosyal ve iktisadi hayatın yeniden canlanması, bu tür haberler sebebiyle güçleşiyordu. Bu ortamda devlet memurları iş başına gelmediği için kamu hizmetleri de yürütüleliyordu. Tüm bu sorunları bertaraf etmek amacıyla asılsız ve abartılı haber neşreden gazetelere birtakım müeyyideler tatbik edildi. Yine depreme ilişkin haberlerin sunulmasında “tahfif-i lisan” (yumuşak dil) kullanılması emredildi. Yabancı devletlerde neşredilip ülkeye giren yayınlara da aynı maksatla birtakım yasaklamalar getirildi.

Bu çalışmada, 1894 İstanbul depreminden sonra basına yönelik müdahaleler ve bu müdahalelerin hukuki niteliğinin ortaya konulması amaçlanmıştır. Dolayısıyla depremin insanlar, diğer canlılar ve tabiat üzerinde bıraktığı tahribat hususu kısaca zikredilecek ve bu konularda tafsilata girilmeyecektir. Çalışma, konuya ilişkin birçok arşiv belgesinin ve dönemin gazetelerinin taranıp kullanılması üzerine bina edilmiştir. Çalışmada öncelikle Osmanlı Devleti’nde ve bilhassa İstanbul’da meydana gelen depremlere kısaca temas edilerek 1894 İstanbul depremine ilişkin umumi malumat ana hatlarıyla zikredilecektir. Akabinde de bu deprem sebebiyle söz konusu olan basın yasakları ele alınacaktır. Bu kısımda evvela basın yasaklarının fiili sebeplerine ve bu yasakların hukuki temellerine değinilecektir. Daha sonra ise tatbik edilen basın yasaklarının nelerden ibaret olduğu ortaya konularak bu basın yasaklarının hukuki niteliği ve basın yasaklarının neticeleri ele alınacaktır.

## **I.OSMANLI DEVLETİ’NDE DEPREMLER ve 1894 İSTANBUL DEPREMİ**

İstanbul’un fethinden 1894 depremine kadar olan dönemde İstanbul’da meydana gelen en şiddetli depremler 1509, 1719 ve 1766

tarihlerinde gerçekleşmiştir<sup>7</sup>. Osmanlı tarihçilerinin “kıyamet-i sugra”<sup>8</sup> (küçük kıyamet) olarak nitelendirdikleri 1509 depremi, Osmanlı dönemi İstanbul’unun yaşamış olduğu en şiddetli depremlerden biridir. Bu deprem binlerce kişinin hayatını kaybetmesine ve birçok yapının yıkılmasına da zarar görmesine neden olmuştur<sup>9</sup>. 1719 depremi de Marmara Denizi’nde meydana gelmiş ve İstanbul ve çevre illerde çok sayıda can ve mal kaybına yol açmıştır<sup>10</sup>. 1766 İstanbul depremi de şiddeti itibariyle 1509 depremine benzetilen ve İstanbul’un geçirmiş olduğu en şiddetli

- 
- <sup>7</sup> Bir çalışmaya göre 1509 depremi 7.2, 1719 ve 1766 depremleri ise 7.4 büyüklüğünde gerçekleşmiştir. Bkz.: **AMBRASEYS, N.N.- JACKSON, J.A.**: Seismicity of the Sea of Marmara (Turkey) since 1500, *Geophysical Journal International*, Vol. 141, Issue 3, June 2000, s. F3.; Osmanlı Devleti döneminde İstanbul’da meydana gelen depremlere dair literatür için bkz.: **ÜREKLİ, Fatma**: Osmanlı Döneminde İstanbul’da Meydana Gelen Afetlere İlişkin Literatür, *TALİD, C. 8, Sa. 16, 2010, ss. 101-130.*
- <sup>8</sup> Bkz.: **GELİBOLULU MUSTAFA ALİ EFENDİ**: Kitabü’t-Tarih-i Kühnü’l-Ahbar, I. Cilt II. Kısım, Haz. Ahmet Uğur vd., Erciyes Üniv. Yay., Kayseri 1997, s. 920.; **SO-LAKZADE**, Solakzade Tarihi, Mahmud Beg Matbaası, İstanbul 1397, s. 321.
- <sup>9</sup> Bu depreme ilişkin olarak bkz.: **CEZAR, Mustafa**: Osmanlı Devrinde İstanbul Yapılarında Tahribat Yapan Yangınlar ve Tabii Âfetler, *Türk San’atı Tarihi Araştırma ve İncelemeleri I*, İstanbul Güzel Sanatlar Akademisi Türk San’atı Tarihi Enstitüsü Yay., İstanbul 1963, s. 382-383.; **SAKİN, Orhan**: Tarihsel Kaynaklarıyla İstanbul Depremleri, *Kitabevi Yay.*, İstanbul 2002, s. 41-49; 97-104.; **AMBRASEYS-FINKEL**, s. 37-43.; **MÊNAGE, V.L.**: Edirne’li Rûhî’ye Atfedilen Osmanlı Tarihinden İki Parça, (içinde) *Ord. Prof. İsmail Hakkı Uzunçarşılı’ya Armağan*, TTK Basımevi, Ankara 1988, s. 322 vd.; **KAYAKIRAN, Murat Can**: Küçük Kıyamet: 1509 İstanbul Depremi, (içinde) *Türk Tarihinde Salgınlar ve Afetler*, Ed. Musa Şamil Yüksel, Hasan Işık, Astana Yay., Ankara 2021, s. 215-224.; **YÜCEL, Erdem**: “Tarih Boyunca İstanbul Depremleri”, *Hayat Tarih Mecmuası*, Sa. 6, 1971, s. 60-61.; **ANGELL, Elizabeth**: “Bir Şehir Manzarası: İstanbul’un Tarihinde Depremler”, (içinde) *Büyük İstanbul Tarihi Ansiklopedisi*, C. I, İSAM Yay., İstanbul 2015, s. 513.
- <sup>10</sup> Bu depreme ilişkin olarak bkz.: **RAŞİD**; *Tarih-i Raşid*, Matbaa-yı Amire, İstanbul 1282, s. 161-162.; **SİLAHTAR MEHMED AĞA FİNDİKLİLİ**, *Nusretname*, Süleymaniye Kütüphanesi, s. 219/a vd.; **CEZAR**, s. 388-389.; **SAKİN**, s. 50-51.; **AMBRASEYS-FINKEL**, s. 104-108.; **YÜCEL**, s. 61-62.

depremlerdendir<sup>11</sup>. İstanbul Mahkemesi 25 Numaralı Şer'îye Sicili'nde bu depreme ilişkin çok sayıda kayıt mevcuttur<sup>12</sup>.

1894 İstanbul depremi, 6 Muharrem 1312 (10 Temmuz 1894) tarihinde öğle saatlerinde meydana geldi. Depremin öğle ezanının okunduğu saatlerde gerçekleşmesinin kesin olmasıyla birlikte, tam olarak hangi saatte gerçekleştiği hususu kesin değildir. Dönemin gazeteleri<sup>13</sup> ile resmi vesikalarda<sup>14</sup> farklı saatlere temas edilmiştir. Deprem saatiyle ilgili kesin bir

<sup>11</sup> Bu depreme ilişkin olarak bkz.: **AHMED VASIF EFENDİ**, Vasıf Tarihi, C. I, İstanbul 1219, s. 275 vd.; **ŞEM'DÂNÎ-ZÂDE FİNDİKLİLİ SÜLEYMAN EFENDİ**: Mü'r'it-Tevârih II.A, Haz. M. Münir Aktepe, İÜ Edebiyat Fak. Yay., İstanbul 1978, s. 85-87.; **AFYONCU**, Erhan-METE, Zekai: "1766 İstanbul Depremi ve Toplum Yaşantısına Tesirleri", Tarih Boyunca Anadolu'da Doğal Afetler ve Deprem Semineri, 22-23 Mayıs 2000, İÜ Edebiyat Fak. Tarih Araştırma Merkezi, 2001, s. 85-92.; **CEZAR**, s. 389-390.; **SAKİN**, s. 51-52.; **AMBRASEYS-FINKEL**, s. 136-145.; **YÜCEL**, s. 62-63.; **ANGELL**, s. 514-515.

<sup>12</sup> Bkz.: İstanbul Mahkemesi 25 Numaralı Sicil, Haz. Salih Kahrıman, Mümin Yıldıztaş, Proje Yönetmeni: M. Âkif Aydın, Ed. Coşkun Yılmaz, Kültür Aş., İstanbul 2019.; Bu defterde yer alan hukuki kayıtlara dair yapılan bir diğer çalışma için bkz.: **SARIKAYA**, Samet: "1766 İstanbul Depremi'nin İstanbul Mahkemesi Kararlarına Yansıması", Ankara Barosu Dergisi, C. 81 (Deprem Özel Sayısı), I. Cilt-Kamu Hukuku, 2023, ss. 1-23.

<sup>13</sup> "Dünkü gün saat beşe çaryek kalarak şehrimizde evvela hafifçe bir hareket-i arz hissedilmesini müteakip gayet şiddetli bir darbe ile her taraf sarsılmağa başlamıştır. Hareketin istikametine dair mümkün merteye hasıl edilen tahmine ve bazı asarın delaletine göre zelzele cünub-ı şarkiden şimal-ı garbiyeye ve aşağıdan yukarıya doğru vukubulmuştur. (...) Hareket-i şedide takriben on, on iki saniye kadar devam etmiştir. (Sabah, No: 1766, 7 Muharrem 1312, s. 1.); "Dünkü gün saat beşe çaryek kalarak şehrimizde cünubdan şimale doğru pek şiddetli bir hareket-i arz vukubularak bir dakika kadar imtidat etmiş ve ebniye ve sairece pek ziyade bais-i hasarat olduğu gibi nüfusça da bazı zayıyatı mucib olduğu maatteessüf görülmüş ve haber alınmıştır." (Tercüman-ı Hakikat, No: 4808, 7 Muharremü'l-haram 1312, s.1.); "Dünkü Salı günü saat dördü otuz beş geçerek şehrimizde cünubdan şimale doğru bir zelzele-i azime vukua gelmiştir. Hareket evvela üç dört saniye kadar hafif suretde icra-yı hükm etmiş ise de müteakiben şiddetini ve şiddetiyle beraber devamını arttırmış ve umum-ı ahaliyi hafv ve halecân-ı azim istila eylemiştir." (Saadet, No: 3019, 7 Muharremü'l-haram 1312, s.1.)

<sup>14</sup> "Hareket-i arz 1894 Efrenci Temmuzunun onunda (Dersaadet oda saati üzere) alaf-ranga bade'z-zuhr saat on ikiyi yirmi dört dakika geçerek üç şedid zelzele ile başlamıştır." (BOA, Y.EE., 11-24.); "... bugün saat dört buçukta vukubulan hareket-i arzdan..." (BOA, Y.PRK.ZB., 13-35.); "Dünkü gün saat beşe yirmi kalarak İzmir'te şiddetli hareket-i arz vukubularak beş dakika devam ettiği..." (BOA, Y.MTV., 99-52.); "Salı günü fi 23 Haziran 1310 saat beşe yirmi dakika kalarak vukubulmuş olan hareket-i arzın altı yüz elli kilometre mesafeye kadar sirayet etmiş olduğu zannedilmektedir." (BOA, Y.PRK.TKM., 32-13.); "... Bugün saat beşe on dakika kalarak

tespitin yapılamamasında, ilgili dönemde depremle ilgili müesseselerin ve teknik donanımın eksikliğinin de tesiri vardır<sup>15</sup>.

10 Temmuz 1894'te meydana gelen deprem İstanbul depremi olarak bilinmekle birlikte, depremin merkez üssünün Adapazarı'nın doğusu, İzmit Körfezi ve Marmara Denizi'nin içlerine kadar uzandığı ifade edilmiştir<sup>16</sup>. Bu sebeple de söz konusu depremin İstanbul depremi olarak isimlendirilmesinin pek de isabetli olmadığı söylenebilir<sup>17</sup>. Yapılan çalışmalarda depremin tahmini büyüklüğü 7.3 olarak gösterilmektedir<sup>18</sup>.

Öztin'in depremde yüz sene sonra hazırlanmış olduğu kapsamlı raporda 10 Temmuz 1894 tarihinde meydana gelen depremin İstanbul'da 474 kişinin ölümüne ve 482 kişinin yaralanmasına sebebiyet verdiği ifade

---

vukubulan hareket-i arzda..." (BOA, Y.PRK.MYD., 15-6.); Anonim bir günlükte ise depremin saati 4.47 olarak gösterilmiştir. Bkz.: 1894 Yılında İstanbul'da Meydana Gelen Büyük Depreme Ait Anonim Bir Günlük, Haz. Sıddık Çalık, Üsküdar Belediyesi Yay., İstanbul 2004, s. 4-5.

- <sup>15</sup> Küçükalioğlu Özkılıç, söz konusu dönemin gazetelerinden, arşiv vesikalarından ve alaturka ve alafranga saatlerle ilgili çalışmalardan yola çıkarak depremin saatini alaturka saat ile 04.37, alafranga saat ile de 12.19 civarı olarak göstermiştir. (KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, Sema: 1894 Depremi ve İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2015, s. 17, 298-299.)
- <sup>16</sup> AMBRASEYS, N.: The Earthquake of 10 July 1894 in the Gulf Of Izmit (Turkey) and Its Relation to the Earthquake of 17 August 1999, Journal of Seismology (5), 2001, s. 117-119.
- <sup>17</sup> Küçükalioğlu Özkılıç'a göre söz konusu depremin İstanbul depremi şeklinde isimlendirilmesi ilmi hakikatlerle uyumsuzdur. Günümüzde meydana gelen depremler, merkezleri baz alınarak isimlendirilmekle birlikte; eski dönemlerde teknik imkanların ve sismolojik bilginin eksikliği sebebiyle depremlerin merkezlerinin tespitinde zorluk yaşanmaktadır. Bu sebeple tarihi depremler tetkik edilirken merkezden ziyade depremde etkilenen yerler ve depremin insan unsuru üzerindeki etkileri ön planda tutulmuştur. Böylece depremlerin isimlendirilmesinde de bu kriterler ön planda çıkarılmıştır. Bunlarla birlikte söz konusu depremin bu şekilde isimlendirilmesinde İstanbul'un nüfus itibarıyla kalabalık olmasının, iskanın daha çok bu noktada yoğunlaşmasının ve başkent olması hasebiyle milli ve yabancı basında daha çok İstanbul'un öne çıkarılmasının da tesiri vardır. (KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 9-10.
- <sup>18</sup> AMBRASEYS-JACKSON, s. F3.; AMBRASEYS, s. 125.; ANGELL, s. 516.; Karnik, yaptığı katalog çalışmasında depremin büyüklüğünü 6.1 olarak göstermiştir. Bkz.: KARNİK, Vit: Seismicity of the European Area, part 2, D. Reidel Publishing Company, Holland 1971, s. 104.; Öztin de depremin büyüklüğünün 6.5-7.0 arasında olduğunu ve büyüklüğün kesinlikle 7.0'ı geçmediğini belirtmiştir. Bkz.: ÖZTİN, Feriha: 10 Temmuz 1894 İstanbul Depremi Raporu, TC Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Afet İşleri Genel Müdürlüğü Deprem Araştırma Dairesi Yay., Ankara 1994, s. 23.



edilmiştir. Bu can kaybının yanı sıra 378 dayanaklı yapı; 1087 ev, bahçe ve yangın duvarı ile Kapalıçarşı hariç olmak üzere 299 dükkan hasar görmüştür<sup>19</sup>. Söz konusu depreme ilişkin olarak ortaya konulan bu verilerde eksikliğin bulunması kuvvetle muhtemeldir<sup>20</sup>. Deprem sonrasında matbuata yönelik yasaklamalar, can ve mal kaybına ilişkin verilen sınırlı olmasına neden olmuştur<sup>21</sup>. Küçükalioğlu Özkılıç'a göre deprem bilançosunun net bir şekilde ortaya konulamamasında basın yasaklarının yanı sıra, bu konuda hazırlanan bazı listelere arşivde ulaşamamasının ve yine bu hususta bilgi veren kaynaklardaki eksikliklerin ve çakışmaların da payı vardır. Müellife göre dönemin gazetelerinde ve diğer yayınlarında bu bilançoya ilişkin ortaya konulan veriler birbiriyle örtüşmemektedir. Ayrıca söz konusu verileri nakleden kaynaklar, bu verilerin kaynağını da belirtmemektedir. Devletin resmi belgelerinde ise ölü sayısı 161, yaralı sayısı ise 378 olarak belirtilmiştir. Yine müellife göre diğer kaynaklarda gösterilen ölü ve yaralı sayıları abartılıdır. Depremi öğle saatlerinde gerçekleşmesi ve deprem öncesinde öncü sarsıntı olması, ölü ve yaralı sayısını azaltmıştır. Bu sayının azlığına rağmen hükümetin tatbik etmiş olduğu basın yasakları da halkın korku ve endişeye düşmemesinin engellenmesi sebebiyledir<sup>22</sup>.

Depremden hemen sonra depremin sebep ve sonuçlarına ilişkin bir takım raporların hazırlandığı göze çarpmaktadır. Bu raporlardan biri, Mabeyn-i Hümayun tercümanı olan Louis Sabuncu<sup>23</sup> tarafından

<sup>19</sup> ÖZTİN, s. 20-22.

<sup>20</sup> SEZER, Hamiyet: 1894 İstanbul Depremi Hakkında Bir Rapor Üzerine İnceleme, Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XVIII, Sa. 29, 1997, s. 171.

<sup>21</sup> KÖKER, Osman: Sansüre Uğramış Bir Deprem, Toplumsal Tarih, Sa. 69, Eylül 1999, s. 4.; Öztin, sansürün gerçek ölü ve yaralı sayısının tespitine imkan tanımaması ihtimalinde dahi ölü sayısının bini aşmayacağını ifade etmiştir. Bkz. ÖZTİN, s. 23.; ÜREKLİ, Fatma: İstanbul'da 1894 Depremi, 2. Bs., İletişim Yay., İstanbul 2000, s. 36.; ÜREKLİ, Fatma: 1894 İstanbul Depremi, İstanbul Araştırmaları, Sa. 5, Bahar 1998, s. 58.

<sup>22</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 44-51.

<sup>23</sup> Küçükalioğlu Özkılıç'a göre deprem uzmanı olmayan Sabuncu'ya bu raporun hazırlanmasının gayesi, kamuoyunu sakinleştirmek ve şiddetli başka depremlerin meydana geleceğine ilişkin rivayetlerin kamuoyunda ortaya çıkardığı paniğin yatıştırılması olsa gerektir. Zira raporda bilhassa depremin merkez üssünün Bursa olduğuna dikkat çekilmektedir. (KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 10-11.); Sabuncu'nun raporuna ilişkin bir değerlendirme için bkz.: ELMAS, Aykut: Depremi Saraya Anlatmak: İstanbul'da 1894 Zلزle-i Azimesi ve Louis Sabuncu'nun Depremi Bilimsel Açıdan

hazırlanmıştır. Sabuncu, ilgili raporunda depremin merkez üssü olarak Bursa'yı işaret etmiştir<sup>24</sup>. Yine Logofet Bey tarafından padişaha İstanbul'da daha evvel gerçekleşen depremleri havi bir cetvel arz edilmiş ve arz arızasında söz konusu depremin son deprem olduğu ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Bahsi edilen bu raporlar, mütehassıs olmayan kişilerce hazırlanmıştır. Meselenin mütehassıs kimselerce ilmi bir tetkike tabi tutulması maksadıyla Atina Rasathanesi müdürü Dimitrios Eginitis görevlendirildi. Mütehassısa, çalışmalarında Telgraf ve Posta Nezareti fen müşaviri Emile Lacoine Efendi de eşlik etmek üzere bir vapur tahsis edildi<sup>26</sup>. Bu çalışmalarda Rasathane-i Amire müdürü Coumbary Efendi de bulundu. Emile Locain Efendi aynı zamanda Rasathane-i Amire müdür muavini idi<sup>27</sup>. Eginitis, maiyetinde yer alan kişilerin çalışmalarından da istifade etmek suretiyle raporunu Fransızca kaleme alarak 15 Ağustos 1894'te arz etti<sup>28</sup>. Bu rapor, Osmanlı Devleti'nde meydana gelen bir deprem dolayısıyla hazırlanan ilk resmi rapor olması hasebiyle oldukça mühimdir<sup>29</sup>.

İzah Girişimi, Kamu Yönetimi Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, Sa. 4, 2023, ss. 75-109.

- <sup>24</sup> "Merkez-i hareketin ise Hüdavendigâr Vilayeti dahilinde husule geldiği muhtemeldir. Zira hareket-i arzın Dersaadet'te vukuundan 14 dakika evvel Bursa civarında hafif bir hareket-i arziye hissedilmiş olduğu muahharan vasıl olan telgrafnamelerden anlaşılmıştır." (BOA, Y.PRK.TKM., 32-13.)
- <sup>25</sup> "...Konstantiniyye'nin ibtida-yı binasından beri altı yüz seksen sekiz seneleri müddet içinde elli beş defa zelzele olmuş iken andan sonraki sekiz yüz otuz sene zarfında yalnız sekiz kere vuku'ı anlaşılmağla bu hale göre işbu hareket-i arz inşallah en sonraki demek olacağı ve badezin bir daha vaki olmayacağı cenab-ı hakkın hıfz ve ihsanından ümid ve niyaz olunarak..." (BOA, Y.EE., 91-35.)
- <sup>26</sup> BOA, İ.HUS., 27-93. (20 Muharrem 1312); BOA, BEO, 441-33053.
- <sup>27</sup> BOA, Y.EE., 11-24, s. 2.; Eginitis, hazırlamış olduğu raporla ilgili olarak *Annales de Géographie*'de yayınladığı çalışmasında, kendisine Coumbary ve Locain Efendilerin yanı sıra, matematik profesörü H. Valsamaki ve donanma kurbay subayı Vasif Efendi'nin de eşlik ettiğini belirtmiştir. Bkz. EGİNİTİS, D.: Le Tremblement de Terre de Constantinople: du 10 Juillet 1894, *Annales de Géographie*, 1895, s. 154.
- <sup>28</sup> Raporun Bogos Efendi tarafından hazırlanan tercümesi ve Fransızca nüshası ve için bkz.: BOA, Y.EE., 11-24.; Eginitis'e, çalışmalarından dolayı 14 Safer 1312 (17 Ağustos 1894) tarihli irade ile üçüncü dereceden mecidi nişanı verildi. (BOA, İ.TAL., 59-32; BOA, HR.TH., 147-88.)
- <sup>29</sup> KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 12-13.

1894 depremi, Osmanlı Devleti'nin deprem araştırmalarına yönelmesi noktasında mühim bir dönüm noktası oldu<sup>30</sup>. Depremden kısa bir zaman sonra Rasathane-i Amire müdürü Coumbary Efendi'nin refakatinde çalışmak ve maiyetine verilecek bazı kimseleri eğitmek üzere Londra, Paris veyahut İtalya'dan bir deprem mütehasısının getirilmesi arzu edildi<sup>31</sup>. Bunun üzerine Roma Rasathanesi Müdürü Tacini'nin tavsiye ettiği<sup>32</sup> İtalyan sismolog G. Agamennon İstanbul'a davet edildi<sup>33</sup>. Ülkede bulunduğu iki sene boyunca "Osmanlı İmparatorluğu Zelzele Servisi"ni kuran Agamennon, bu alanda bazı gençleri de eğitti<sup>34</sup>. Ayrıca depremin akabinde depremin kuvvet ve ahvalini tespit etmek maksadıyla en mükemmel sismograf aletlerinin satın alınması kararlaştırıldı. Bu amaçla Fransa ve İtalya'dan bu nitelikteki aletlerin ne kadar sürede ve ne kadar bedelle temin edileceğine dair araştırmalar yapıldı<sup>35</sup>. Böylece İtalya'dan

<sup>30</sup> **BEIN**, Amit: The Istanbul Earthquake of 1894 and Science in the Late Ottoman Empire, Middle Eastern Studies, Vol. 44, No. 6, 2008, s. 920.

<sup>31</sup> BOA, BEO, 438-32792.; "... ve Rasathane-i Amire müdürü Kombari Efendi'nin refakatinde istihdam olunmak üzere Londra veya Paris veyahud İtalya'dan bu hususta malumat-ı tammesi olan birinin celbiyle kendisinden talim etmek üzere maiyetine Osmanlılardan birkaç kişinin tayini mukteza-yı irade-i seniyye-i cenab-ı hilafet-penahiden bulunmuş olmağla ol babda emr ü ferman hazret-i veliyyü'l-emrindir fi 14 Muharrem sene 312 ve fi 6 Temmuz sene 310." (BOA, İ.HUS., 26-63.)

<sup>32</sup> **ÜREKLİ**, İstanbul'da 1894 Depremi, s.57.

<sup>33</sup> "Dersaadet Rasathanesi için iştirah olunacak aletin suret-i istimalini talim etmek ve Kombari Efendi'nin refakatinde istihdam olunmak üzere bu hususda malumat-ı kamilesi olan birinin celbi hakkında şeref-sâdır olan irade-i seniyye-i cenab-ı hilafet-penahiye tevfikân Hariciye Nezaret-i Celilesi'ne sebk eden iş'âra cevaben Roma'da Harekât-ı Arziyye Şubesi müdürü muallim Agamennon'un zevce ve çocuklarıyla beraber azimet ve avdet harcırahı taraf-ı hükümet-i seniyyeden tesviye olunmak üzere ve kendisine senevi sekiz bin beş yüz Frank maaş tahsis edilmek üzere bir sene için hıdmet-i saltanat-ı seniyyeye duhule hazır olduğu..." (BOA, Y.A.HUS., 306-26 (10 Safer 1312)

<sup>34</sup> **ÖZÇEP**, Ferhat-**ORBAY**, Naci: "Yerküre ile Fiziksel İletişim: Cumhuriyetin 75. Yılında Ülkemizde Jeofizik", İstanbul Üniv. Müh. Fak. Yerbilimleri Dergisi, C. 12, 1999, s. 104.; Bu zatın çalışmaları için bkz.: **KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ**, s. 183-190.; Bu zatın istihdam sebeplerinden biri de devletçe satın alınacak olan sismografların ne şekilde kullanılacağını öğretmesidir. Bkz. BOA, BEO, 577-43220.; BOA, BEO, 445-33321/3.; Bu iş için Londra'dan Mösyö Krag namında bir zatın getirilmesi de söz konusu olmuştu. Cambridge mezunu olan bu zatın istihdamından, Agamennon'un istihdamı sebebiyle vazgeçilmiştir. Bkz. BOA, BEO, 472-35386.; BOA, HR.TH., 146-24.

<sup>35</sup> Bkz. BOA, Y.A.HUS., 303-56.

nakliye masraflarıyla birlikte üç bin iki yüz Frank karşılığında<sup>36</sup>, biri saraya biri de rasathaneye yerleştirilmek üzere iki sismograf takımı satın alındı<sup>37</sup>.

## II. 1984 İSTANBUL DEPREMİNDEKİ BASIN YASAKLARININ FİİLİ ve HUKUKİ SEBEPLERİ/TEMELLERİ

### A. Basın Yasaklarının Fiili Sebepleri

Depremle birlikte insanların büyük bir paniğe kapılması tabiidir. Nitekim 10 Temmuz 1894 tarihli depremde de halk büyük bir korku ve paniğe kapıldı. Depremden sonra insanlar park, bahçe ve mezarlık gibi boş alanlara yığıldı. Okul, banka ve postaneler tatil edildi. Dükkanlar da uzunca bir süre kapalı kaldı. Ana deprem sonrasında gerçekleşen artçı sarsıntılar nedeniyle depremzedeler uzunca bir süre boş alanlarda ve çadır ya da barakalarda kalmaya başladı. Tüm bu menfi vaziyetin yanı sıra, başlayan kolera salgını da depremzedelerin şartlarını daha da ağırlaştırdı<sup>38</sup>. Hükümet, bir yandan yardım ve kurtarma çalışmalarını sürdürürken diğer yandan salgınlardan muhafaza için gerekli tedbirleri almaya başladı. Belediye memurları ve zabıtarlarca büyük bir gayretle yapılan arama kurtarma çalışmalarına halkın bir kısmı da eşlik ediyordu. Fakat afet sonrası alınması gereken tedbirlere ve arama kurtarma çalışmalarına ilişkin ne yapılması gerektiği hususunda bilgi eksikliğinin bulunması, işleri biraz zorlaştırmaktaydı.<sup>39</sup>

Deprem sonrasında ortaya çıkan bir diğer sorun ise memurların vazifelerini terk etmesi olmuştu. Artçı sarsıntılardan sonra memurların sık sık vazife yerlerini terk etmesi kamu hizmetlerini sekteye uğrattığı için bu

<sup>36</sup> BOA, İ.HR., 345-77.

<sup>37</sup> ENGİN, Vahdettin: "1894 Depreminden Sonra Alınan İlk Önlem Padişaha Özel Sismograf", Popüler Tarih, Sa. 1, 2000, s. 96.; GEÇİLİ, Derya: "Osmanlı Devleti'nde Depremlere Karşı Sismografların Kullanılması", Afet ve Risk Dergisi, , 6(3), 2023, s. 1051.; Saraya yerleştirilecek olan sismografin ücreti Hazine-i Hassa'dan, Rasathane'ye konulacak olanın ücreti de hazineden karşılanacaktı. BOA, BEO, 445-33321.

<sup>38</sup> Depremın insanlar üzerindeki tesirleri için bkz.: KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 22-32.; ÜREKLİ, İstanbul'da 1894 Depremi, s.29-35.

<sup>39</sup> Saadet Gazetesi'nin 13 Temmuz 1894 tarihli nüshasında afet sonrası yapılması gereken çalışmalarla ilgili bilgi eksikliğine temas edilerek arama kurtarma çalışmalarında dikkat edilmesi gereken bazı tedbirlere vurgu yapılmıştır. Ayrıca afet sonrası tedbirlere ilişkin olarak Avrupa'da pek çok faydalı eserin kaleme alındığı ve bu eserlerden munasip olanlarının tercümesi ve afet sonrası yapılması gerekenlere dair bilgilerin tahsiline ehemmiyet verilmesi gerektiği tavsiye edilmiştir. Bkz. Saadet, No: 3021, 9 Muharrem 1312, s. 1.

hususta ikazda bulunulmuştur<sup>40</sup>. Öyle ki Adliye Nezareti ile Şura-yı Devlet memurlarından bazılarının da bahsi edilen sebeplerden dolayı vazifelerini bırakma ihtimallerine karşılık, ilgili dairelere gereken tedbirlerin alınması hususu bildirilmiştir<sup>41</sup>. Hükümet, kamu hizmetlerinin sekteye uğramaması ve memurların korkularını giderebilmek maksadıyla bazı tedbirlere müracaat etme durumunda kaldı. Memurların korkularını gidermek ve kendilerini emniyette hissetmelerini temin etmek maksadıyla devlet dairelerinin hasar durumlarının fenni heyetler vasıtasıyla tetkik edildiği ve söz konusu dairelerin tehlikeden salim buldukları hükümetçe bir irade ile vurgulandı<sup>42</sup>. Bu husus ayrıca gazetelerde de resmi tebligat olarak neşredildi<sup>43</sup>. Tüm bu tedbirlere rağmen arzu edilen netice

<sup>40</sup> ÜREKLİ, İstanbul'da 1894 Depremi, s. 66.

<sup>41</sup> "Adliye Nezareti ve Şura-yı Devlet riyaseti vekalet-i celilerine fi 9 Muharrem sene 312 ve fi 1 Temmuz sene 310

Daire-i celilelerinin bazı tarafları hareket-i arzdan sakatlandığından havfa düşerek memurinden bazılarının mahall-i memuriyetlerine gitmeyecekleri his edilmekte olduğundan mesalih-i ibad hiçbir dairede muattal kalmamak için daire-i celileleri memurlarının dahi işleri başında bulunmaları muceb-i mahzuzet-i cihan-kıymet-i seniyye-i şahane olacağından bu babda icab edenlere tebligat-ı lazıme ifasıyla beraber o yolda tebligat icra buyrulduğunun dahi sür'at-ı iş'ârına himmet buyurmaları siyakında tezkire-i senaveri terkim kılındı efendim." (BOA, BEO, 435-32551)

<sup>42</sup> "Cenab-ı Hafız-ı Hakiki bir daha göstermesin evvelki gün vukua gelen hareket-i arzdan Dersaadet'te bazı mahaller rahnedar olmasıyla Şehremanet-i Celilesi'nden tayin kılınan heyet-i fenniyeler marifetiyle Bab-ı alî'de Daire-i Celile-i Sadaret ile Dahiliye ve Hariciye ve Şura-yı Devlet devairi ve Bab-ı Vala-yı Meşihatpenahi ile Daire-i Celile-i Askeriye ve Bahriye ve Tophane-i Amire ve Adliye ve Evkaf-ı Hümayun ve Maliye ve Nafia ve Maarif ve Şehremaneti ve Zabtiye ve Defter-i Hakani ve Rüsumat daireleri ve devair-i resmîye-i saire yegan yegan keşf ve muayene ettirildik de cümlesinin hal-i hazırı tamamiyle hatar ve tehlikeden salim olduğu tahakkuk eyleyip heyet-i mezkure tarafından bunu mübeyyin raporlar tanzim edilmiş olmasına mebnî bugün bilimüm devair kemakân edilip kaffe-i memurinin vazifeleri başında bulunmaları için devaire tamimen evamir-i lazıme ita edilmiş olduğu ve ashab-ı mesalihin her zamanki gibi işlerinin taalluk ettiği devaire müracaat edebilecekleri resmen ilan olunur." (BOA, İ.DH., 1314-55.); BOA, BEO, 436-32661.; "Dünkü gün daire-i resmîye ber-mutad küşad edilmiş iken Cenab-ı Hakk muhafaza buyursun zelzelenin vuku üzerine memurin ve ketebe bi't-tabi evlad ve ıyalinin muhafazası kaydıyla hanelerine gitmiş ise de istihbarat-ı vakıamıza göre heyet-i fenniye tarafından icra olunan keşfiyat-ı mahsusane neticesinde bab-ı alî ebniyesince bir gûna sakatlık olmadığı tahakkuk eylediğinden memurin ve ketebenin bugün mahall-i memuriyetlerine gelecekleri bedihi ve yevm-i mahsusı olmak hasebiyle Meclis-i Hass-ı Vükela'nın dahi ber-mutad inikadı tabii bulunmuştur." (Sabah, No: 1766, 7 Muharrem 1312, s. 1.)

<sup>43</sup> Saadet, No: 3020, 8 Muharrem 1312, s. 1.; Sabah, No: 1767, 8 Muharrem 1312, s. 1.; Tercüman-ı Hakikat, No: 4809; 8 Muharrem 1312, s. 1.)

sağlanmadığı için kısa vadede bakanlık binalarının önlerine ahşap barakaların inşa edilerek işlerin buralarda yürütülmesi ve yine bazı ahşap binaların kiralanarak devlet dairelerinin bu binalara nakli yoluna gidildi<sup>44</sup>.

Yukarıda da bahsedildiği üzere deprem ve deprem sonrası gerçekleşen artçı sarsıntılar halkta ve devlet memurlarında büyük bir korku ve panik havasının oluşmasına yol açtı. Bu dönemde basın da halk tarafından dikkatli bir şekilde takip edilmekteydi. Zira deprem sonrasında şehrin vaziyeti, can ve mal kayıpları ile artçı depremlerle ilgili malumat bu şekilde temin ediliyordu. Halkın depremin neticelerine ilişkin bu tabii ve zaruri alakası, gazetelerin depremle ilgili tüm rivayetleri sütunlarına taşımasına yol açtı. Böylelikle gazeteler, hakikat yönünü iyice tetkik etmeksizin kendilerine ulaşan bilgileri kullanmaya başladı ve bu tür bilgiler alıntı yoluyla da hızla yayıldı. Bu şekilde basına yansıyan asılsız ve abartılı haberlerin yanı sıra, depremin sebeplerine ilişkin birtakım komplo teorileri de ortalıkta dolaşmaktaydı. Denizin bazı yerlerinde sıcak su çıktığı<sup>45</sup> ve denizin çekildiği şeklinde haberlerin asılsız olduğu ortaya çıkarıldı. Yine bu depreme, Marmara Denizi'nde bulunan bir yanardağın sebebiyet verdiği iddiası ortaya atıldı. Hatta bir rivayete göre deprem, Marmara Denizi'nde sondaj yapan bir gemi sebebiyle gerçekleşmişti<sup>46</sup>.

Günümüzde de deprem sonrasında depremedeler, depremin insan bünyesinde yaratmış olduğu manevi tahribatın tesiriyle olsa gerek, depremle ilgili her tür rivayete kulak kesilmektedir. Osmanlı Devleti de 1894 depreminden sonra, çeşitli spekülasyonların halkın korkusunu artıracığından endişe duymuş olsa gerek, depremle ilgili rivayetler üzerinde titiz bir şekilde durmuştur. Nitekim 1894 depreminden sonra Avusturyalı bir kimyager olan Mösyö Nowack<sup>47</sup> adlı bir zat, depremleri önceden

<sup>44</sup> ENGİN, Vahdettin: II. Abdülhamit'in Hususi İradeleri Işığında 1894 İstanbul Depremi ve Gündelik Hayata Etkisi, Tarih Boyunca Anadolu'da Doğal Âfetler ve Deprem Semineri, 22-23 Mayıs 2000, Bildiriler, Globus Dünya Basımevi, İstanbul 2001, s. 144.

<sup>45</sup> BOA, Y.A.HUS., 302-77.

<sup>46</sup> Bu asılsız haberler ve deprem sonrası ortaya atılan iddialara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: KÜÇÜKALİOĞLU ÖZKILIÇ, s. 258 vd.

<sup>47</sup> Özger, yakın bir zamanda yaptığı çalışma ile Nowack'ın kimliğini daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koymuştur. Buna göre tam ismi Josef F. Nowack olan bu zat, yaşadığı dönemde Avrupa'da bilinen bir kimya profesörüdür. Profesör Nowack, güneş lekelerindeki değişim ve "Abrus Precatorius" bitkisinin fiziki değişimleri ile depremler arasında ilişki üzerine çalışmıştır. Bkz. ÖZGER, Yunus: Sultan II. Abdülhamid

bildiği iddiasıyla ortaya çıktı<sup>48</sup>. Bu şahıs Viyana Sefareti'ne yaptığı müracaatta, gökyüzünde gerçekleşen bazı olayların ve bilhassa güneşte ortaya çıkan lekelerin deprem habercisi olduğunu ve depremden önce de bir bilim adamı dostuna 10 Temmuz depremini haber verdiğini iddia eder<sup>49</sup>. Hangi fenni bilgiye dayanarak bu haberleri verdiğinin kendisinden sorulması üzerine Nowack, güneş lekelerine ilişkin tespitlerinde kullanmış olduğu "Abrus Precatorius" adlı bir bitkiden ve yöntemlerinden etraflıca bahseder<sup>50</sup>. Zaman zaman farklı tarihlerde yeni depremlerin meydana geleceğini de sefarete bildirir. Ana depremden sonra uzunca bir süre artçı sarsıntıların yaşandığı malumdur. Bu zatın işaret ettiği bazı tarihlerde artçı depremler yaşandığı için Viyana Sefareti'nden Nowack'ın kimliği, ihtisasının bulunup bulunmadığı, akademi ya da rasathane üyesi olup olmadığı gibi hususların tetkiki talep edilir. Tahkikat sonrasında bu kişinin resmi bir vazifesi bulunmadığı ve meteorolojik olayları tetkik eden bir kimyager olduğu bildirilir<sup>51</sup>. İzahatlarının ikna edici bulunmamasından, işaret ettiği bazı tarihlerde deprem olmamasından ve depremlerin evvelce bilinmesinin mümkün görülmemesinden hareketle bu zatın bir deprem fırsatçısı olduğuna kanaat getirilir. Uzunca bir süre ihbarlarıyla hükümet gündemini meşgul eden Nowack'ın gerçek niyeti, yapacağı çalışmalar için tahsisat elde etmek idi<sup>52</sup>.

Netice itibariyle kimi asılsız ve abartılı haberlerin yayılması bir yandan bilgi kirliliğine yol açmakta, diğer yandan da halktaki bu korku ve panik havasının dağılmasını engellemekteydi. Hele ki yeni depremlerin olacağına ilişkin yapılan haberler ve birtakım spekülasyonlar, halkın mevcut olan korku ve panik havasını daima diri tutuyordu. İşte basında çıkan bu haberler, hükümetçe halkın gündelik hayatına geri dönmesinin

---

Döneminde İstanbul'da Deprem Tahmini Tartışmaları ve Josef Nowack'ın Padişaha Gönderdiği Rapor, *History Studies*, C. 12, Sa. 1, 2020, s. 227-253.

<sup>48</sup> Depremlerin önceden bilinmesi iddiasına dair ilginç bir husus da yine 1894 depreminden sonra Avrupa'da depremleri iki saat evvel bildiren bir aletin icat edilmiş olduğu rivayetine ilişkindir. Bab-ıali bu hususta da harekete geçmiş ve Londra Sefareti'nden böyle bir aletin mevcudiyeti halinde bu aletten bir tanesinin satın alınarak, aleti kullanabilen bir kişiyle birlikte gönderilmesi istenmiştir. (BOA, Y.PRK.BŞK., 37-13.)

<sup>49</sup> BOA, Y.A.HUS., 305-68.

<sup>50</sup> BOA, Y.A.HUS., 313-16.

<sup>51</sup> BOA, Y.A.HUS., 303-72.

<sup>52</sup> KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 269-270.

önünde büyük engel olarak telakki edildi ki böylece basında çıkan haberlere müdahale gereği duyuldu<sup>53</sup>.

### B. Basın Yasaklarının Hukuki Sebepleri/Temelleri

1894 depreminde tatbik edilen basın yasaklarına geçmeden evvel, söz konusu dönemde basın yasaklarına ve sansüre ilişkin hukuki altyapıya ana hatlarıyla temas etmek faydalı olacaktır.

Matbaanın Osmanlı Devleti'ne girişi, tabii olarak eser sayısının artmasını da beraberinde getirmişti. Yine süreli yayınların da çıkması ve yaygınlaşmasıyla birlikte devletin matbuat alanına bir düzenleme getirmesi de zaruri olmuştu. Osmanlı Devleti'nde 1857 tarihli Matbaa Nizamnamesi'ne kadar, bir matbaanın açılması ve kitap ve saire eserlerin neşri, irade-i seniyye ile gerçekleşmiştir<sup>54</sup>. Bu alanda muayyen bir nizam sağlayıp keyfiliği ortadan kaldırmak maksadıyla yapılan ilk genel düzenleme, 20 Cemaziyelahir 1273 (15 Şubat 1857) tarihli Matbaa Nizamnamesi'dir<sup>55</sup>. Biri hususi madde olmak üzere on maddeden oluşan bu nizamnamede matbaa açma ve eser neşretme için gerekli şartlar düzenlenmiştir. Ayrıca devlete zarar verici kitap ve risalelerin basılması halinde bunların zaptiyece toplatılması (md. 7) ve nizamnameye aykırı hareket eden basmahanelerin Zaptiye Nezareti ve valilerce kapatılarak bu fiilleri gerçekleştirenlerin fiillerinin ağırlığına göre ceza kanunnamesi gereğince cezalandırılması da hüküm altına alınmıştır (md. 9). Matbaa Nizamnamesi'nde kısmen yabancı tebaaya dair düzenleme yer almışsa da Türkçe gazetelerle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>56</sup>.

Osmanlı Devleti, 8 Muharrem 1275 (18 Ağustos 1858) tarihli irade ile ülkede çıkan Fransızca, Rumca, Ermenice ve Bulgarca gazetelere ilişkin bir nizamname hazırladı<sup>57</sup>. Söz konusu nizamname, yalan haberlerin ortaya çıkmaması için, yayından önce ilgili memurlara konu hakkında

<sup>53</sup> KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 30-31, 258.

<sup>54</sup> KARAKOÇ SERKİZ, Matbuat, Matbaalar, Hakk-ı Telif Kanunları, Kitabhane-i Cihan, İstanbul 1339/1342, s. 143.; KARAL, Enver Ziya: Büyük Osmanlı Tarihi, C. III, ty., s. 217.

<sup>55</sup> Düstur, I. Tertip, C. II, s. 227-228.

<sup>56</sup> Bu dönemde Türkçe neşredilen gazeteler yalnızca resmi gazete olan Takvim-i Vekayi ile yarı resmi gazete olan Ceride-i Havadis'tir; dolayısıyla herhangi bir hususi düzenleme getirecek boyutta şartlar oluşmamıştır. (CEYLAN, Ayhan: Tanzimat Dönemi Osmanlı Basım ve Yayımında Hukukî Düzen (1839-1876), Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sa. 1, 2006(Bahar), s. 147.)

<sup>57</sup> Bkz. BOA, İ.HR., 158-8435.



danışılacağını da düzenlemişti. Nizamnameye göre nizamname hükümlerinin gazete müelliflerince ihlali halinde evvela ikazda bulunulacak, üç ikazdan sonra ihlalin devam etmesi halinde söz konusu gazete geçici veya sürekli bir şekilde kapatılabilecekti. Yine 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi öncesinde, bazı gazetelerin çıkarılmasına ilişkin verilen imtiyazda, gazetenin basımından önce müsveddelerinin görülmesi hususu şart koşulmaktaydı<sup>58</sup>.

Özel gazetelerin ortaya çıkması ve yaygınlaşmasıyla birlikte matbuat alanı için yeni bir düzenleme yapılması zaruri bir hal aldı. Bu maksatla 15 Cemaziyelahir 1281 (15 Kasım 1864) tarihli irade<sup>59</sup> ile Matbuat Nizamnamesi<sup>60</sup> kabul edildi. Düsturda “Dersaadet’te ve Memalik-i Şahane’de Tab ve Neşr Olunan Her Nevi Gazete ve Evrak-ı Havadis-i Mülkiye ve Politikiyye Tab ve Neşri Hakkında Nizamname” ismiyle neşredilen Matbuat Nizamnamesi, iki fasıl ve otuz beş maddeden oluşmaktaydı. Nizamnamenin birinci faslı “Mevadd-ı Umumiye”, ikinci faslı ise “Mevadd-ı Cezaiye” başlığını taşıyordu. Nizamname, her türlü süreli ve süresiz yayının çıkmasını ruhsat şartına bağladı. Osmanlı Devleti vatandaşlarının ruhsat talepleri Maarif Nezareti’nce, yabancıların ise Hariciye Nezareti’nce yerine getirilecekti. Yine ruhsatname için gerekli diğer hususlar ve şartlar ile birtakım cezai müeyyideler de düzenlenmişti. Devletin emniyet ve asayişini ihlal edecek suçlardan birinin işlenmesini gazete yoluyla tahrik eden gazeteciler, asıl fail ile aynı cezaya çarptırılıp gazeteleri geçici ya da sürekli bir şekilde kapatılabilecekti. Yine saltanata, padişaha, vükelaya, memalik-i mümtaze reislerine, dost ve müttefik devlet hükümdarlarına, devlet memurlarına, yabancı devletlerin diplomatik temsilcilerine karşı münasip olmayan ifadelerin kullanılması da yasaklanmıştı. Yine nizamnameye göre gazeteler İstanbul’da Matbuat Müdürlüğü, taşralarda ise mahalli hükümet tarafından gazetelere gönderilen resmi yazıları ücretsiz olarak neşretmek zorundaydı. Bu nizamnameye 10 Şaban 1292 (11 Eylül 1875) tarihinde bir hususi madde eklendi<sup>61</sup>. Buna göre

<sup>58</sup> YAZICI, Nesimi: Tanzimat Basını Konusunda Bir Değerlendirme, Tanzimat’ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, TTK Basımevi, Ankara 1994, s. 64.

<sup>59</sup> BOA, İ.MVL., 521-23411.

<sup>60</sup> Düstur, I. Tertip, C. II, s. 220-226.; Bu nizamname, 1852 tarihli Fransız kanunundan istifade edilerek hazırlanmıştır. Bkz.: İNUĞUR, M. Nuri: Basın ve Yayın Tarihi, 5. Bs., Der Yay., İstanbul 2005, s. 202.

<sup>61</sup> Matbuat Nizamnamesine Tezyîl Olunan Madde-i Mahsusadır: Düstur, I. Tertip, C. III, s. 443.

gazetelerin çıkaracakları ilaveler; tevcihat, resmi evrak ve mühim konulara ilişkin resmi telgrafnamelere münhasır olacaktı. Bunların haricinde zihinleri karıştıracak makale ve yalan haberlerin neşri halinde diğer nizamname hükümlerine ek olarak söz konusu gazeteler bir aydan üç aya kadar kapatılabilecekti.

Matbuat Nizamnamesi'nin kabulünden sonra çeşitli konularda hükümete yönelik tenkit yazılarının neşredilmesi üzerine sadrazam Ali Paşa tarafından 1867'de Kararname-i Ali adı verilen düzenleme çıkarıldı. Buna göre *"Dersaadet'te elsine-i muhtelifede tab' ve neşr olunmakta olan gazetelerin bir takımının bir müddetten beri ittihâz etmiş oldukları lisan ve meslek ile vazifelerinden olan tehzîb ve ıslah-ı ahlâk merkezinden çıkararak menafi-yi umumiye-i memlekete mugayyeret-i asliyesi derkar olan ifrat ve tefrit vadilerine girip ve çok kere esas-ı devlet hakkında bile zeban-dırızlık etmek derecesine kadar mütecasir olup yaşadıkları ve servet ve saman tahsil ettikleri memleket hakkında sairlerinin vukubulan itirazatının def'ine çalışmaları lazım gelir iken husemaya alet-i fesad olarak birtakım efkar-ı muzır ve havadis-i kazibe neşr etmektedirler bu makule matbuat ve evrakın ıslahat ve terakkiyat-ı umumiyeye medar-ı küllisi ve hükümetin hareketi hakkında bile faidesi olabileceği mülahazasıyla Devlet-i Aliyye bunların inan-ı efkârını bir mertebeye kadar itlak etmek arzusunda bulunmağla beraber gazetelerin illet-i gaye ve memuriyet-i hayriyeleri telif-i efkar ve menafi-i hudmeti olduğu halde bir çok erâcif ve ekâzib ile tahdiş-i ezhanı ve nihayetü'l-emr beyne'l-ahali muhasamayı müstelzim olacak bir yola girmelerine nazar-ı bıkaydi ile bakılması menafi-i vazife-i hükümet olacağından ve şu halin taraf-ı saltanat-ı seniyyeden ıslah-ı ahval-ı tebaa ve memleket ve istihsal-ı esbab-ı terakki ve ma'muriyet zımında her vakitten ziyade bezl-i cel-i himmet buyurulmakta olduğu esnada zuhur ve cereyanı bir kat daha bais-i teessüf bulunduğundan vikaye-i asayiş ve nizam kazıyye-i mültezimesine binaen bu kaide hilafında bulunan gazeteler ve risalelerin bütün devlet ve umum millete raci olan mazarratlarının men'i zımında matbuat nizam-ı mevzuasının ahkamı haricinde olarak hükümetçe icra-yı muamele-i tedibiyeye ve ittihaz-ı tedabir-i maniaya karar verilmiştir işbu karar suret-i muvakkatede olarak istilzam eden esbab ile beraber bertaraf olacaktır<sup>62</sup>."*

Kararname-i Ali'ye göre çeşitli dillerde yayın yapan birtakım gazeteler, devletin genel menfaatlerine aykırı bir lisan ve tavır takınarak devletin esasına dil uzatacak şekilde yalan ve zararlı haberler neşretmekteydi. Böylece yalan ve zararlı haberlerin yayılmaması ve halk arasında

<sup>62</sup> Takvim-i Vekayi, No: 875, 10 Zilkade 1283, s. 2.

düşmanlığın ortaya çıkmaması için Matbuat Nizamnamesi haricinde söz konusu tedbirlere başvurulmak durumunda kalınmıştır. Ayrıca söz konusu kararnamenin muvakkat olduğu ve sebepler ortadan kalktığına kararnamenin de yürürlükten kalkacağı ifade edilmiştir. Bu kararname, kanun ve nizamnameleri bertaraf edecek şekilde, idari bir kararla gazetelerin kapatılmasının önünü açtı ve nitekim kararnameden sonra birçok gazete devletin genel çıkarlarına aykırı hareket ettiği gerekçesiyle süreli ya da süresiz şekilde kapatıldı<sup>63</sup>. Yine bazı gazeteciler yurt dışına çıkarak gazetecilik faaliyetlerini orada yürütmek durumunda kaldı<sup>64</sup>. Her ne kadar kararnamenin geçici olarak yürürlükte olacağı ifade edilmişse de söz konusu kararname Sultan Abdülaziz'in halline kadar tatbik edilmiş ve V. Murat döneminde tatbik edilmese de II. Abdülhamit döneminde tekrar icraya konularak 33 yıl boyunca tatbik imkanı bulmuştur<sup>65</sup>.

Osmanlı Devleti'nde basına müdahale edilmesine dair bir teşebbüs de Sultan Abdülaziz'in son dönemlerinde yaşandı. Mahmut Nedim Paşa'nın ikinci sadrazamlık döneminde gerçekleşen bazı olaylara ilişkin tepkiler artınca, hazırlanan yeni bir kararname "ilan-ı resmi" adı altında gazetelerde neşredildi. Bu kararnameye göre: *"Matbuat-ı Osmaniye'nin münderecatına idareden ziyadesiyle dikkat ve ihtimam olunmakta ve ekseriya tatil ve ilga gibi mücazat dahi icra edilmekte ise de ahval-ı hazıranın ehemmiyeti cihetiyle gazetelerin ale'l-umum kaviiyyen taht-ı inzibata alınması vacibeden bulunduğundan Dersaadet'te ve Memalik-i Mahrusa-yı Şahane'nin kaffe-i cihatinde elsine-i muhtelifede tab' olunan gazetelerin kable't-tab' muayenesi husûli maksada kafi bulunmağla bundan böyle Dersaadet'te tab' olunan gazetelerin Matbuat İdaresi'nden ve eyaletlerde bulunan gazetelerin dahi hükümet-i mahallice tayin olunan memurlar marifetiyle kable't-tab' muayenesi karar-ı ali iktizasından olup bu usul dahi muvakkat olmağın ilan-ı keyfiyete ibtidar kılındı<sup>66</sup>."* Basımdan önce gazeteleri sansüre tabi kılan bu kararnamenin yayımlandığı gün oldukça büyük bir tepki ortaya konuldu. Bu tepkiler üzerine

<sup>63</sup> KUDRET, Cevdet: Abdülhamit Devrinde Sansür, Milliyet Yayınları, 1977, s. 7.

<sup>64</sup> İNUĞUR, s. 206.; YAZICI, s. 80.; KOLOĞLU, Orhan: Osmanlı Basını: İçeriği ve Rejimi, Tanzimat'tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, C. 1, İletişim Yay., İstanbul 1985, s.82.; ER, Turgut: Arşiv Belgeleri Işığında Türkiye'de Sansür (1938-1945), Berikan Yay., Ankara 2014, s. 38.

<sup>65</sup> CEYLAN, s. 153.

<sup>66</sup> Sabah, No: 65, 17 Rebiülahir 1293, s. 1.; Basiret, No: 1809, 17 Rebiülahir 1293, s. 1.

Mahmut Nedim Paşa azledildi ve ertesi gün söz konusu kararname yürürlükten kaldırıldı<sup>67</sup>.

Kanun-i Esasi'nin ilk halinin 12. maddesinde "Matbuat kanun dairesinde serbesttir." hükmü konuldu. "Kanun dairesinde" ifadesiyle kastedilen düzenlemeler 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi ile 1867 tarihli Kararname-i Ali'dir<sup>68</sup>. 1894 İstanbul depreminin gerçekleştiği dönemde de bu iki düzenleme yürürlükte bulunuyordu. Nitekim 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi, 1909 tarihli Matbuat Kanunu<sup>69</sup>'nun 36. maddesi ile ilga edildi<sup>70</sup>. Dolayısıyla 1894 İstanbul depreminde basına yönelik yasakların hukuki temellerini bu iki düzenlemede ve bilhassa Kararname-i Ali'de aramak gerekir<sup>71</sup>.

### III. 1894 İSTANBUL DEPREMİNDE BASIN YASAKLARI ve BASIN YASAKLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ ve NETİCELERİ

#### A. Tatbik Edilen Basın Yasakları

1894 İstanbul depreminden sonra halkın olup bitenleri takip edebileceği tek kaynak gazetelerdi. Gazetenin bu dönemdeki önemine daha evvel değinmiş ve halkın bu zaruri alakasına mazhar olan gazetelerin, depreme ilişkin her rivayeti sütunlarına taşıdıklarını ifade etmiştik. Böylesine bir ortamda rivayetlerin teyidinde pek önemiyet verilmediğinden dolayı birçok yanlış ve abartılı haber hızlıca yayılabiliyordu. Bu husus ise deprem sebebiyle bozulan kamu düzeninin yeniden tesisini zorlaştırıyordu. Bu başlıkta konu itibarıyla yalnızca deprem haberlerine yönelik

<sup>67</sup> KUDRET, s. 10.

<sup>68</sup> DEMİREL, Fatmagül: II. Abdülhamid Döneminde Sansür, Bağlam Yay., İstanbul 2007, s. 37.

<sup>69</sup> Düstur, II. Tertip, C. I, s. S.395-403.

<sup>70</sup> II. Abdülhamid döneminde Meclis-i Mebusan tarafından yeni bir Matbuat Nizamnamesi hazırlanmış; lakin yürürlüğe konmamıştır. 1888 tarihinde ise 1857 tarihli Matbaa Nizamnamesi yerine Matbaalar Nizamnamesi yürürlüğe girdi. 1894 yılında da bu nizamname yerine yeni bir nizamname kabul edilerek 1909 tarihli Matbuat Kanunu'na kadar uygulandı. Bkz. KUDRET, s. 13-16.; DEMİREL, s. 38-39.

<sup>71</sup> İnuğur'a göre II. Abdülhamid, geçici olarak çıkarılan Kararname-i Ali'den istifade ederek basına kilit vurmuştur. Zira Kararname-i Ali, sansüre yer vermeyen ve nispeten basın hürriyetinin bulunduğu Matbuat Nizamnamesi'ne kıyasla basın hürriyetine tamamen ket vurmuştur. (İNUĞUR, s. 206.); Ceylan'a göre 45 yıl kadar yürürlükte gözüken Matbuat Nizamnamesi'nin sürekli tatbik edilmesi üç yıl kadardır. Zira Kararname-i Ali'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte bu nizamname hükümleri askıda kalmış ve söz konusu nizamname hakim tatbikat metni olan Kararname-i Ali'nin gölgesinde kalmıştır. (CEYLAN, s. 152.)

basın yasakları ele alınacaktır. Bununla birlikte II. Abdülhamit döneminde asılsız haberlere yönelik basın yasaklarının genel bir uygulama olduğunu ifade etmek gerekir<sup>72</sup>.

Sabah Gazetesi depremden sonraki gün, “*Hareket-i arz sırasında ıssız adalardan birisinin haylice çökmüş olduğu dahi rivayet olunur.*”<sup>73</sup> haberini geçmiştir; fakat dört gün sonra bu haberini “*İssız adalardan birinin çöktüğü hakkında deveran eden şâyiât bi-asl ve esastır*”<sup>74</sup>.” şeklinde tezkip etmiştir. Tercüman-ı Hakikat’ın 13 Temmuz 1894 tarihli nüshasında “*Galata’da kain Kredi Lione binasının esna-yı hareket-i arzda düçar-ı hasar olduğu rivayet edilmiş ise de bu rivayetin aslı olmadığını Monitor yazıyor*”<sup>75</sup>.” şeklinde başka bir rivayetin tezkibi yapılmıştır. Yine Sabah Gazetesi, Cibali’de bulunan Tütün Reji Fabrikası’na ilişkin daha evvel alıntı yoluyla verdiği iddia ettiği “*Reji İdaresi’nin Cibali’de sahil cihetinde bulunan cesim deposu ortasından çökmüştür. Reji Fabrikası’nın sakfı çatlamış ve sigaracıbaşı İstavrakı pencereden aşağı düşerek mecruh olmuştur*”<sup>76</sup>.” şeklinde verdiği haberi şu şekilde tezkip etti: “*Cibali’de kain Tütün Reji Fabrikası’nın hareket-i arziyyeden düçar-ı hasar olduğunu İstanbul Gazzetesi rivayet etmiş ve ondan naklen sair bazı evrak-ı havadis ile birlikte gazetemize dahi yazılmış ise de tahkikat-ı vakıamıza göre mezkur fabrikada bir gûna sakatlık olmayıp fakat fabrika derununda birçok amelenin işlemekte bulunduğu reji idare-i umumiyesince nazar-ı dikkate alınarak bir muamele-i ihtiyatiye olmak üzere geçen Çarşamba gününden itibaren fabrika tatil ettirilip bir heyet-i fenniye marifetiyle icra-ı muayenesi Şehremaneti Celilesi’nden istida olunmuş ve emanet-i müşarun-ileyhaca mühendis rif’atlı İzzet Beg ve emanet kalfalarından Ohannes Efendi ve Papasoğlu Kosti ile Fenarlı Yani ve Tanaş kalfalardan mürekkep bir heyet-i fenniye geçen Cuma günü mezkur fabrikaya izam ile icra ettirilen muayenede ne fabrikanın ve ne de büyük anbarın bir gunâ hasar-dide olmadığı ve amelenin çalışmasında bir mahzur bulunmadığı tebeyyün etmesiyle heyet-i mezkure tarafından ona göre tanzim kılınan rapor merc-iyi alisine takdim kılınmıştır. Reji İdaresi müdür-i umumiyesi Mösyö Farnati’nin bu babda göstermiş olduğu muamele-i iyithatkari calib-i takdir ve sitayiş görülmüştür*”<sup>77</sup>.” Sabah Gazetesi’nin bu asılsız haberinin Saadet Gazetesinde de şu

<sup>72</sup> Bu hususta bkz.: DEMİREL, s. 70 vd.

<sup>73</sup> Sabah, No: 1766, 7 Muharrem 1312, s. 1.

<sup>74</sup> Sabah, No: 1769, 11 Muharrem 1312, s. 2.

<sup>75</sup> Tercüman-ı Hakikat, No: 4810, 9 Muharrem 1312, s. 1.

<sup>76</sup> Sabah, No: 1767, 8 Muharrem 1312, s. 3.

<sup>77</sup> Sabah, No: 1769, 11 Muharrem 1312, s. 2.

şekilde tekzip edildiği görülmektedir: “*Sabah Gazetesi’nin evvelki günkü nüshasında hareket-i arz münasebetiyle reji fabrikası dahi kısmen münhedim olarak enkaz altında zükûr ve inas on nefer amele kaldığını münderiç ise de mezkur fabrikanın münhedim olması ve altında amele kalması katiyyen hilaf-ı hakikat olup fabrikanın arka cihetinden taş düşmüş olmasından başka bir mahallinden sakatlığı tahkikat-ı ahire ile tebeyyün eylemiştir*”<sup>78</sup>. Devam eden günlerde gazetelerin “tebligat-ı resmiye” kısmında diğer bazı haberler de tekzip edilmiştir. Bu noktada artık hükümetin kesin bir şekilde devreye girerek resmi tebligatlar vasıtasıyla kimi haberleri tekzip ettiği görülmektedir. Mesela “*Yalova’da vaki dağ hamamlarının hareket-i arzdan rahnedar olduğuna dair deveran eden şâiyanın külliyyen aslı olmadığı ve mezkur hamamlar ile sularının hasardan kamilen salim idüğü tahkikat-ı vakiyadan anlaşılmağla şâyiat-ı vakiya tekzip*” olunmuştur<sup>79</sup>. Monitor’un, Manastır’da Kazani karyesi civarındaki Peristri Tepeleri’nde küçük yarıkların oluşup buradan duman ve lav çıktığı haberinin de asılsız olduğu ve gazetelerce bu haberin tekzip ettirilmesi; ayrıca bir daha bu gibi asılsız rivayetlerinin neşredilmemesi için gazetenin imtiyaz sahibine tembihat verilmesi istenmiştir<sup>80</sup>.

Basının sıkı bir denetim altına alınmasına giden yolda etkili olan haberlerden biri de Darülaceze binasının bir kısmının yıkıldığına dair Rumca yayınlanan “*Nea Epitheorisis*” adlı gazetede çıkan bir haber idi. Bu rivayet üzerine hükümet söz konusu gazetenin imtiyaz sahibini ikaz etti ve bu ikaz gazetelerde “*ihtarname suretidir*” şeklinde neşredildi. Buna göre: “*Nea Epitheorisis*” nam Rumca gazetenin 1107 nolu ve 28 Haziran sene 1310 tarihli *Salı* günkü nüshasında Darülaceze binasından bir miktarının hareket-i arzdan münhedim olduğu yazılmış ise de mezkur ebniyede asla inhidam olmadığı gibi hiçbir tarafında çatlak dahi bulunmadığı cihetle tekzip-i keyfiyete ibtidar ve badema bu gibi havadislerin bila-tahkik derc ve neşredilmemesi lüzumu mezkur gazete sahib-i imtiyazına katiyyen beyan ve ihtar olunur”<sup>81</sup>. Bu ihtar her ne kadar Nea Epitheorisis’e yönelik görünse de tüm gazetelerde neşredilmek suretiyle basının tamamına bir ihtar verilmiştir.

Basının sıkı denetim altına alınmasının son mühim nedeni, gazetelerde yer alan ve Mekteb-i Harbiye binasının bir kısmının yıkılarak üç

<sup>78</sup> Saadet, No: 3023, 11 Muharrem 1312, s. 2.

<sup>79</sup> Sabah, No: 1773, 15 Muharrem 1312, s. 1.; Saadet, No: 3027, 15 Muharrem 1312, s. 1.; Tercüman-ı Hakikat, No: 4815, 15 Muharrem 1312, s. 1.

<sup>80</sup> BOA, BEO, 443-33220.

<sup>81</sup> Saadet, No: 3022, 10 Muharrem 1312, s. 1.; Tercüman-ı Hakikat, No: 4811, 10 Muharrem 1312, s. 2.; Sabah, No: 1769, 11 Muharrem 1312, s. 1.

kişinin ölümüne ve 22 kişinin yaralanmasına ilişkin haber oldu. Sabah Gazetesi, 9 Muharrem 1312 (13 Temmuz 1894) tarihli nüshasında bu haberi şu şekilde verdi: “*Mekteb-i Harbiye-i Şahane’nin bir kısmı münhedim olarak yirmi iki kişi sakatlanmış ve üç kişi dahi enkaz altında kalarak vefat etmişlerdir*”<sup>82</sup>. Bu haber bir gün önce Tercüman-ı Hakikat’te ise şu şekilde yer almıştı: “*Mekteb-i Harbiye-i Şahane ve civarında yirmi iki mecruh ve üç vefat olduğunu ...*”<sup>83</sup> Bu haber üzerine aynı gün Sabah Gazetesi’nin tamamen kapatılması, bu hususun gazetelerce tekzip edilmesi ve gazetenin söz konusu nüshalarının toplatılması<sup>84</sup> kararlaştırıldı<sup>85</sup>. Zira bu asılsız haberle birlikte mektepte okuyan çocukların aileleri ve diğer ilgililer telaşlanacak ve netice itibariyle bir karmaşa oluşacaktı. Sabah Gazetesi, ayrıca Kapalıçarşı’daki bazı hasarlı dükkanların yıkıldığı haberi üzerine de tahkikata uğradı. Gazetenin imtiyaz sahibi Mihran Efendi çağrılarak bu haberlerin sebebi soruldu. Mihran Efendi’nin, söz konusu haberleri Konstantinopolis Gazetesi’nden naklettiğini beyan etmesi üzerine bir daha bu tarz asılsız haberleri neşretmemesi üzerine kendisine tembihte bulunuldu<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Sabah, No: 1768, 9 Muharrem 1312, s.2.

<sup>83</sup> Tercüman-ı Hakikat, No: 4809, 8 Muharrem 1312, s. 3.

<sup>84</sup> Bu karar derhal Zaptiye Nezareti’ne telgrafla bildirildi. “Külliyen tatil olunan Sabah Gazetesi’nin bugünkü nüshalarının hemen toplatılması bâ-irade-i seniyye beyan olunur.” (BOA, BEO, 436-32665.)

<sup>85</sup> “Sabah Gazetesi’nin bugünkü nüshasının ikinci sahifesinin ikinci sütununda Mekteb-i Harbiye-i Şahane’nin münhedim olarak yirmi iki kişinin sakatlanmış ve üç kişinin dahi enkaz altında kalarak vefat etmiş olduğuna dair bir fıkra münderiç olup bunun iras eylediği havf ve merak sebebiyle mezkur mektebde evlad ve müteallikatı olanlar evladları hakkında sıhhatli malumat için mektebe gitmekte olduğu istihbar kılınmış ve bu şaiyanın mekteb talebesinden taşralıların vilayat-ı şahanedeki müteallikatı beyninde dahi dehşeti istilzam eyleyeceği derkar bulunmuş olarak ancak lehü’l-hamd mezkur mektebde nüfus ve ebniyece bir gunâ sakatlık olmamasına nazaran mezkur fıkra kamilen bî-asl ve esas ve sırf eracif kıbelinden olduğundan mezkur Sabah Gazetesi’nin neşrettiği işbu eracifden dolayı hemen külliyen tatili ve tatilini mucib olan bu maddenin tatilnamesinde derc ve tasrihiyle beraber mezkur fıkranın sair gazetelerle katiiyen tekzibi ve Sabah Gazetesi’nin marü’z-zıkr nüshasının dahi hemen toplatılması mukteza-yı irade-i seniyye-i hazret-i hilafet-penahiden olmağla ol babda...” (BOA, İ.HUS., 27-68.); BOA, BEO, 436-32662.

<sup>86</sup> “Sabah Gazetesi’nin dünkü nüshasında çarşının Nur-ı Osmaniye kapısında bulunan lokanta ve kunduracı ve saatçi dükkanlarının ve çarşı-yı mezkurun fesciler ve kuyumcular caddeleriyle yağlıkçılar cihetlerinin kamilen münhedim olduğu muharrer ise de bu babda vasıl sem’i ali olan malumat mezkur dükkanların kısmen münhedim olduğu merkezinde olduğundan icra-yı tahkikat ile neticesinin arz-ı atıyye-i ulya kılınması hakkında şeref-sadır olup 1 Temmuz 310 tarihli reşide-i dest-i tekrîm olan

Her ne kadar Sabah Gazetesi'nin süresiz şekilde kapatılması kararı verilse de sonradan bu karardan vazgeçildi ve gazetenin bir gün süreyle kapatılması kararlaştırıldı<sup>87</sup>. Haberin menşei olan Konstantinopolis Gazetesi ise bir hafta süreyle kapatıldı. Bu karar ve haberin tezkibine ilişkin metin, kararın alındığı gün Saadet ve Tercüman-ı Hakikat gazetelerinde şu şekilde neşredildi: *“Kostantinopolis Gazetesi'nin evvelki günkü nüshasında Mekteb-i Harbiye-i Şahane'nin bir kısmı münhedim olarak yirmi iki kişinin sakatlanmış ve üç kişinin dahi enkaz altında kalarak vefat etmiş olduğuna dair münderiç bulunan fikra kamilen bi-asl ve esası erâcîfkibelinden olmasına ve böyle asl ve esası olmayan bir havadisi bila-tahkik derc ve neşre cüret eylemesine mebni mezkur gazetenin dünkü gündün itibaren bir hafta ve Sabah Gazetesi'nin tedkik ve tahkik etmeksizin mezkur fikrayı dünkü nüshasının ikinci sahifesinin ikinci sütununa nakl ve derc eylediğinden dolayı bir gün müddetle tatil kılınmış oldukları ilan olunur<sup>88</sup>.”* Tatil kararı üzerine 14 Temmuz'da yayınlanmayan

---

tezkire-i hususiye-i dâverenâleriyle tebliğ buyrulan irade-i seniyye-i hazret-i hilafet-penahileri üzerine hemen o gün zikrolunan gazetenin sahib-i imtiyazı Mihran Efendi celb ile istiknah-ı madde eyledik de zikrolunan fıkraları Kostantinopolis Gazetesi'nden naklen derc eylemiş olduğunu ifade eylemesiyle badema bila-tahkik bu gibi hilaf-ı hal neşriyatında bulunmaması zımında tenbihat-ı mukteziye ifa edilmekle beraber keyfiyet Hisar Birinci Daire-i Belediye Müdüriyeti'nden bâ-sual alınan cevapta Perşembe günü saat sekiz buçukta vukubulan hareket-i arzda kazzazlar sokağında evvelce münhedim olan mahallin ittisalinde bir miktar mahal ile perdahçı hanı sokağında kezalik bir mikdar mahallin münhedim olduğu suret-i mahsusa izam kılınan memuriyet-i fenniye tarafından verilen raporda gösterildiği ifade olunmuş ve şu hale nazar-ı intişariyat-ı vakıanın mübalağadan âri olmadığı anlaşılmış olmağla ol babda emr ü ferman hazret-i veliyyü'l-emrindir fi 11 Muharrem sene 312 ve 2 Temmuz sene 310.” (BOA, Y.PRK.ŞH., 4-106.)

<sup>87</sup> “Sabah Gazetesi'nin dünkü nüshasında hilaf-ı vaki olarak Mekteb-i Harbiye-i Şahane'nin bir kısmı münhedim olarak yirmi iki kişinin sakat ve üç kişinin enkaz altında telef olduğunu neşr ve ilan etmesinden dolayı külliyyen tatili hakkında şeref-sadır olup Mabeyn-i Hümayun cenab-ı mülükane katiblerinden Faik Beg Efendi hazretleri tarafından ba-telgraf tebliğ olunan irade-i seniyye-i hazret-i hilafet-penahi Dahiliye Nezaret-i Celilesi'ne tebliğ olunmuş olduğu halde bugün neşr olunan tatilname mezkur gazetenin bir gün müddetle tatil olduğu görülmesi üzerine sebebi sual olunduk da gazetenin bir gün için tatili ahiren şeref-sânih olan irade-i seniyye-i cenab-ı mülükane muktezayı aliyesinden olduğunun Dahiliye Nezaret-i Celilesi müsteşarı beg efendi hazretleri tarafından beyan olduğu ifade olunmağla hak-pay-ı hümayun cenab-ı hilafet-penahiye arz-ı mütemennadır efendim fi 10 Muharrem sene 312 ve fi 2 Temmuz sene 310.” (BOA, Y.A.HUS., 302-95.)

<sup>88</sup> Saadet, No: 3022, 10 Muharrem 1312, s. 1.; Tercüman-ı Hakikat, No: 4811, 10 Muharrem 1312, s. 1-2.



Sabah Gazetesi, ertesi gün söz konusu kararı ilk sayfasında neşretti<sup>89</sup>. İkinci sayfasında da kapatmaya sebebiyet veren haberini; *“Tebligat-ı resmîye kısmımızda muharrer ilanın mütalaasından dahi müsteban olacağı üzere Mekteb-i Fünun-ı hariciye-i Şahane ebniyesince hasar vukuuna dair Kostantinopolis Gazetesi’nden naklen geçen geçen Cuma günkü nüshamızda yazılan fıkra mugayir-i hakikat ve katiyyen bi-esas bulunmuş ve mekteb-i mezkurun resanet ve metaneti berkemal olarak hatta sıvalarında dahi bir guna hasar vukua gelmemiştir.”*<sup>90</sup> şeklinde ayrıca tekzip etti. Şurası da tuhaftır ki aynı haberi veren Tercüman-ı Hakikat Gazetesi’ne bu haber sebebiyle herhangi bir müeyyide tatbik edilmedi.

Görüldüğü üzere asılsız haberlerle kamuoyunda kargaşaya yol açılması sebebiyle yayın yasaklarına müracaat edilmiştir. Bu maksatla bir irade-i seniyye çıkarılarak ahalide korku ve dehşete sebebiyet veren deprem haberleri için *“tahfif-i lisan”* kullanılması emredildi<sup>91</sup>. Taşrada ve yabancı basında çıkabilecek asılsız haberlere ilişkin tedbirler de ihmal edilmedi. Bu maksatla depreme ve sonuçlarına ilişkin bir tamim hazırlanarak bunun taşralara ve sefaretlere gönderilmesi kararlaştırıldı. Tamimde depremin külli bir hasara yol açmayıp resmi ve hususi binalarda cüzi hasara yol açtığı, hızlıca tamir faaliyetlerine başlandığı ve cumartesi gününden beri herhangi bir deprem hissedilmediği ifade edildi<sup>92</sup>. Yine halkta korku ve paniğe sebebiyet verebileceği endişesiyle olsa gerek, İtalya’nın Cenova şehrindeki rasathanenin takviminden nakledilen bir risalede ve Venedik’te basılan bir takvimde 1894 senesi içinde büyük felaketlerin yaşanacağına ilişkin bazı rivayetlerin yer alması sebebiyle bu risale ve takvimin ülkeye girişinin engellenmesi kararlaştırıldı<sup>93</sup>.

Depremden sonra Osmanlı Devleti, yabancı gazetelere de birtakım basın yasakları tatbik etti. Bu tür durumlarda ilgili devletlerde bulunan sefaretler, depreme ilişkin neşredilen haberleri Dersaadet’e bildirmekte ve bunun üzerine gereği yapılmaktaydı. Viyana’da basılan Österreichischen Volkszeitung ile Deutsch Zeitung gazetelerinin *“hareket-i arzdan*

<sup>89</sup> Sabah, No: 1769, 11 Muharrem 1312, s. 1.

<sup>90</sup> Sabah, No: 1769, 11 Muharrem 1312, s. 2.

<sup>91</sup> *“Ahalinin hafv ve dehşeti mucib olmamak üzere hareket-i arz vukuatı hakkında gazetelere tahfif-i lisan ettirilmesi muktezâ-yı irade-i seniyye-i hazret-i hilafet-penahiden olmağla ol babda emr û ferman hazret-i veliyyü'l-emrindir fi 10 Muharrem sene 312 ve fi 2 Temmuz sene 310.”* (BOA, İ.HUS., 26-33.); BOA, BEO, 434-32546.

<sup>92</sup> BOA, İ.HUS. , 26-51. ; BOA, BEO, 437-32742.

<sup>93</sup> BOA, BEO, 444-33257.

dolayı hakan-ı sabıkın Yıldız Saray'ına nakledildiği" şeklindeki haberin sefaret tarafından bildirilmesine üzerine söz konu gazetelerin ilgili nüshasının ülkeye girişi yasaklandı<sup>94</sup>. Depremın devam edeceğine ve bazı kötü şeylerin olacağına dair yazılar neşreden Zanta ve Pöti Jurnal (Petit Journal) gazeteleri de aynı akıbete uğradı<sup>95</sup>. Yine arşiv belgelerinden anlaşıldığına göre Profesör Lapara'nın depremle ilgili bir mütalaasını neşreden *Matin* gazetesinin de ülkeye girişi yasaklanmış ve zihinleri karıştıran yazılar yazan bir kısım gazetelerle ilgili gerekenlerin yapılması için Paris Sefareti'ne ihtar verilmesi söz konusu olmuştur<sup>96</sup>.

## B. Basın Yasaklarının Hukuki Niteliği

Yukarıda bahsi geçen sosyal ve iktisadi hayatın normalleşmesi için yapılan basın yasaklarının/müdahalelerinin hukuki niteliğinin dikkatlice tespit edilmesi gerekmektedir. II. Abdülhamit döneminde gerçekleşen bu müdahaleler, birçok müellif tarafından sansür olarak nitelendirilmiştir<sup>97</sup>. Bu şekilde bir nitelendirme, muhtemelen II. Abdülhamit'in şahsı ve dönemine ilişkin yargıların neticesi sebebiyle mesele üzerinde titizlikle durulmadığından dolayı yapılmıştır.

Fransızca menşeli bir kelime olan sansür lügatte "Mektup ve gazetelerin hükümet memurları tarafından tetkik ve muayenesi."<sup>98</sup>; "Her türlü yayının, sinema ve tiyatro eserinin hükümetçe önceden denetlenmesi işi;

<sup>94</sup> "Viyana'da tab ve neşr olunan 'Oterişin Volikçaytung' ile 'Voliç Çaytung' gazetesinin efrençî teşrin-i evvelin yirmi altısı tarihli sabahki nüshalarının münasebetsiz neşriyatı havi olduklarına dair Viyana sefaret-i seniyesi maslahatgüzarlığından ahz olunan 26 teşrin-i evvel 94 tarihli ve beş yüz otuz dokuz numarolu telgrafnamenin tercümesi leffen arz ve takdim kılınmış ve mezkur nüshaların memalik-i şahaneyeye men'-i idhâli zımında iktifa eden sefaret-i ecnebiye ile dahiliye nezaret-i celilesine icra-yı vesaya olunmuş olmağla emr ü ferman hazret-i men-lehu'l-emrindir fi 27 Rebiülahir sene 1312 ve fi 15 Teşrin-ievvel sene 310." (BOA, Y.PRK.HR., 19-72)

<sup>95</sup> "Dersaadet'te hareket-i arzın devam edeceğine ve birtakım fenalık vukua geleceğine dair neşriyatta bulunmuş olan Zanta ve Pöti Jurnal gazeteleriyle tehyiç-i ezhânî mucib bu gibi neşriyatta bulunan sair gazetelerin memalik-i şahaneyeye duhulünün men' etdirilmesi mukteza-yı irade-i seniyye-i cenab-ı hilafet-penahiden olmağla ol babda emr ü ferman hazret-i veliyyü'l-emrindir fi 19 Muharrem sene 312 ve fi 11 Temmuz sene 310." (BOA, İ.HUS., 27-77.); BOA, BEO, 441-33023.

<sup>96</sup> BOA, HR.TH., 145-10.

<sup>97</sup> KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 31.; ÜREKLİ, İstanbul'da 1894 Depremi, s. 34.; ÖZTİN, s. 9.; KÖKER, s. 4.

<sup>98</sup> KESTELLİ, Raif Necdet: Resimli Türkçe Kamus, Haz. Recep Toparlı vd., 2. Bs., TDK Yay., Ankara 2011, s. 415.

sıkı denetim.; Bu denetleme işini yapan kurul.”<sup>99</sup>; “Her türlü yayının, tiyatro ve sinema eserlerinin, televizyon neşriyatının yayımlanmadan ve gerekli durumlarda mektupların gönderilmeden önce yetkili makamlarca denetlenmesi işi”<sup>100</sup> şeklinde tarif edilmektedir. Tanımlardan da açıkça görüldüğü üzere sansür, her türlü basın denetimi olmayıp denetimin daha nitelikli bir türünü oluşturmaktadır. Her ne kadar kimi müelliflerce her türlü basın yasağının geniş anlamda sansür olduğu ifade edilip<sup>101</sup> basına yapılan her türlü müdahale sansür olarak nitelendirilse de bu tür bir nitelendirme sansürün kapsamını zorlamaktadır. Dolayısıyla ön denetim haricinde gerçekleşen basın yasaklarının sansür olarak nitelendirilemeyeceği kolaylıkla söylenebilir<sup>102</sup>.

1894 İstanbul depreminden sonra basındaki dezenformasyonu önlemeye yönelik olarak yapılan denetim, yukarıda da ifade edildiği üzere sansür olarak nitelendirilemez. Zira tetkik edildiği kadarıyla bu müdahalelerde bir ön denetim söz konusu değildir. Zaten bu yayınlar ön denetime tabi tutulmuş olsaydı herhangi bir müdahaleye de lüzum kalmazdı. Yine yabancı ülkelerde basılıp Osmanlı Devleti’ne gelen gazete ve diğer matbuat için bir ön denetim yapılması da imkan dahilinde değildir. Bu tür yayınlar için söz konusu olan toplatma ve ülkeye girişin engellenmesi müeyyideleri de sansür niteliğinde değildir. Dolayısıyla bu deprem sebebiyle basına yapılan müdahalelerin tamamının “basın yasakları” olarak nitelendirilmesi daha makul olacaktır.

### C. Basın Yasaklarının Neticeleri

<sup>99</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 28.11.2024.

<sup>100</sup> Kubbealtı Lugatı, <https://lugatim.com/s/sans%C3%BCr>, Erişim Tarihi: 26.07.2024.

<sup>101</sup> **ATAMAN**, Bora, “Türkiye’de İlk Basın Yasakları ve Abdülhamid Sansürü, Marmara İletişim Dergisi, Sa. 14, Ocak 2009, s. 29.; Ertuğ’a göre haber ve fikirlerin toplanılmasına ve yayınlanmasına ilişkin her türlü yasaklama sansürdür. Bkz.: **ERTUĞ**, Hasan Refik: Basın ve Yayın Hareketleri Tarihi, C. I, Yenilik Basımevi, İstanbul 1970, s. 198 vd.; Tikveş, hükümetçe yayın öncesi ön denetim olarak tarif ettiğimiz sansür mefhumunu “ön sansür” olarak nitelemiştir. Müellife göre sansür, artık klasik manasını aşmıştır. Dolayısıyla yayın araçlarına yapılan tüm müdahaleler sansür kapsamına dahil edilmektedir. (**TİKVEŞ**, Özcan: Basın ve Basın Dışı Haberleşme Vasıtaları İle Yapılan Yayınlarda Sansür ve 1961 Anayasası, İÜHFİM, C. 30, Sa. 3-4, 1964, s. 723-724.)

<sup>102</sup> Aynı kanaat için bkz.: **BİRİNCİ**, Ali: Hassas Bir Mevzuda Hassasiyetten Uzak Bir Kitap: Başlangıçtan Günümüze Türkiye’de Basın Sansürü, Kebikeç, Sa. 1, 1995, s. 93.; **ÖZTÜRK**, Serdar: Türk Sinemasında İlk Sansür Tartışmaları ve Yeni Belgeler, Galatasaray İletişim, Haziran 2006, s. 55-56.

Depremden sonra oldukça kısa bir süre içinde basında oluşan dezenformasyona karşı harekete geçen hükümetin, yayınları durdurma ve yasaklama silahını kullanarak arzuladığı neticeyi elde ettiği söylenebilir. Sabah Gazetesi'nin kapatılması ve resmi tebligatlar vasıtasıyla yanlış haberlerin tezkibine başlanması üzerine dönemin basınında depreme ilişkin haberlerin sunumunda bariz bir şekilde fark edilebilen bir değişim yaşandı. Gerek tatbik edilen basın yasakları ve gerekse de hükümetin normalleşmeye yönelik telkinlerin etkisiyle basında kamuoyunun moralini yüksek tutmayı gaye edinen ve teskin edici yazılar çıkmaya başladı<sup>103</sup>. Bilhassa bir gün süreyle kapatılan Sabah Gazetesi'nin kapanmadan sonra basılan ilk nüshasında bu tesir bariz bir şekilde görülmektedir. Ehemmiyeti dolayısıyla bu kısmın aynen nakli faydalı olacaktır:

*“Cenab-ı hallâk-ı cihana hamd-ı firâvân olsun şehrimizde vukubulan zelzele ahiren Sakız, Midilli cezireleriyle Atina ve Lizbon şehirlerinde sâha-ârâ-yı zuhur olan hareket-i arziyeye nisbetle cüzîyat kibelinden ve lehü'l-hamd hasarâtı da o nisbetde kâlîl olup bâ-husus bir iki gündür tekerrür edenleri de adeta his olunamayacak derecede ahaf bulunduğu cümlelerin malumu olduğu halde birtakım mahrum-ı iz'ânın kahvelerde, gazinolarda, vapurlarda, tramvaylarda hareket-i arziyeyi sermaye-i kîl û kâl ittihaz ederek “bugün falan saatte bir defa, filan saatte şöyle büyük bir hareket olacakmış, falan yerde bir volkan zuhur etmiş veya edecek imiş” gibi hiçbir fen ve akl-ı selimin tayin edemeyeceği bir şeyi iddia ile halkı tedhiş eylediklerini iştihmette olduğumuzdan her cihetle mugayir-i akl ve hikmet olan bu misillü vâhî sözlere ehemmiyet verilip beyhude huzur ve rahatlarını selb eylememelerini karin-i kirama tavsiye ve ihtara mübaderet eyleriz.*

*Ale'l-husus bazı kimselerin tarafından falan mahalde buhar çıkmakda olduğuna ve refikamızdan Neologos'un yazdığı gibi Ayestefanos'ta deniz sularının iki yüz metre çekildiğine dair neşr ve işâa olunan havadisanın sırferâcîf kibelinden olduğunun ertesi günü meydan-ı alaniyete çıkması ne kadar gülünç bir hal teşkil etmekte olduğunu tayin eylemek güç değildir.*

*Kamilen ve kısmen hasar-dide olan emakin ve mesakin hemen umumen denilecek derecede kimi mugayir-i fen ve hendese olarak inşa edilmiş ve kimi dahi birkaç asır geçirmiş köhne binalardan olmağla düçar-ı inhidam olmaları tabii görünmüş ve fen ve hesaba tatbikan inşa edilen ebniyelerde asla sakatlık eseri görülmemesi dahi buna delil-i kati bulunmuştur.*

*Birkaç asırdan beri sebke eden tecarib-i vefire üzerine ibtina olunarak beyan edilebilir ki mütevaliyen vukû'-yâfte olan hareket-i arziyeye şiddetini ilk defa icra*

*ederek ondan sonrakiler gittikçe kesb-i hıffet eylemiş ve ahiren Yunanistan'ın ekser biladında ve ondan evvel Lizbon'da vukubulan hareket-i arziyye bu iddianın makrun-ı hakikat olduğunu mertebe-i subûta îsâl eylemiştir.*

*Binaberin yine tekrar eyleriz ki birtakım mübalağa-perdâzanın safsatalarına, bazı sebük-mağzanın vâhimelerine inanmayarak herkesin işiyle gücüyle meşgul ve emsal-ı adidesine nisbetle şu suret-i hafifede geçiştirilmesine müteşekkiren cenab-ı halık-ı bîçune secde-gûzar-ı hamd û sena olmaları akl ve hikmete daha ziyade muvafık-ı ahval-ı selamet-bahşadandır<sup>104</sup>."*

Tercüman-ı Hakikat de 14 Temmuz 1894 tarihli nüshasında artık zelzelelerin hafiflediğini ve hanelerini terk edenlerin hanelerine dönmeye başladıklarını ifade etti<sup>105</sup>. Devam eden nüshalarında bu hususu vurgulamaya devam eden gazete, depremlerin devam edeceğine ilişkin asılsız rivayetlerin boş çıktığının artık herkesçe anlaşıldığını ve halkın işiyle gücüyle iştigale başladığını bildirmekteydi<sup>106</sup>. Saadet Gazetesi ise aynı tarihli nüshasında Salı gününden beri birkaç defa gerçekleşen depremlerin artık hafiflediğini okuyucularıyla paylaştı<sup>107</sup>. Aynı gazete bir gün sonra ise artık depremlerin kesildiği ve meydana gelen artçı depremlerin artık hissedilemeyecek derecede hafif olduğuna tekraren vurgu yaparak yarından itibaren mağazaların açılıp eskisi gibi hizmete başlayacaklarını belirtti. Gazeteye göre gerekli tedbirlerin alınması tabii ise de sürekli bir şekilde endişeyi gerektirecek herhangi bir sebep kalmamıştı. Yıkılan binaların çoğu da zaten yıkılmaya yüz tutmuş binalardı. Haberde ayrıca ticaretin, bir beldenin ruhu olduğu hakikatinin unutulmaması gerektiği hatırlatılıyordu. Şiddetli deprem sonrasında meydana gelen depremlerin daha hafif olduğu hakikati de tekrardan dile getirilerek çeşitli mecralarda dile getirilen menfi rivayetlerin fen ve hikmete aykırı olduğu ve bu tür asılsız rivayetlere itibar edilmemesi de okuyuculara aktarıldı<sup>108</sup>. Aynı gazete 16 Temmuz 1894 tarihli nüshasında yine şu hususları kaleme aldı:

*"Halkımızın bir iki günden beri göstermekte olduğu halecan-ı nâ-be-mahal artık pâyân olmuştur diyebiliyoruz.*

*Ümid ederiz ki bugün şehrimizin şekl-i sabıkı avdet edecektir.*

<sup>104</sup> Sabah, No: 1769, 11 Muharrem 1312, s. 2.

<sup>105</sup> Tercüman-ı Hakikat, No: 4811, 10 Muharrem 1312, s. 2.

<sup>106</sup> Tercüman-ı Hakikat, No: 4813, 13 Muharrem 1312, s. 2.

<sup>107</sup> Saadet, No: 3022, 10 Muharrem 1312, s. 1.

<sup>108</sup> Saadet, No: 3023, 11 Muharrem 1312, s. 1.

*Halecan-ı mezkurı nâ-be-mahal olmak üzere ta'vüsifeyliyoruz. Yine tekrar ederiz ki nâ-be-mahaldir. Fakat tahkikatımıza göre mûcebsiz de değildir. Bazı bî-kâr û bâr adamlar vardır ki halkın telaşından istifade etmek isterler, bu gibi arzular mücerred sevk-i tabiat ile olmayıp seyr-i telaştan haz etmek gibi hissiyat neticesi de olabilir. İşte bu sevk ile birtakım herze-gûler bazı işaatta bulundular ki zelzeleden pek çok ziyade kulûb-i halkın darbânını asab-ı nasın tezelsülünü mûceb olmuş oldukları gibi bundan dolayı alemler tatil-i muamelat-zede kalır. Terk-i mesakin ile kırlara bayırlara iltica olunmağa bedeviler gibi yaşamağa kadar sevke mecbur etmişlerdir.*

*Zikr ettiğimiz işaattan biri güya Istranca Dağı'nda bir volkan zuhur etmiş olmasıdır.*

*Bunun sırfeser-i tasdi' olduğuna şüphe olmadığı gibi tahkikat-ı mevsefemiz dahi bunu müeeyyed olup alınan malumat-ı hususiye mezkur dağda bir ormanın kazaen ateş almış olduğu ve volkan gibi hadisatın suret-i katiyyede hilaf-ı hakikat bulunduğunu anlaşılmıştır.*

*Yine güya bazı sevhilde sular birkaç gemiyi ka'r-ı deryaya çekmiş imiş.*

*Güya bazı yerlerde kükürtlü dumanlar çıkmış imiş.*

*Marmara'da yeniden adalar zuhur etmekte ve bazı gayr-ı meskun adalar yanmakta imiş*

*Yine bazı zevzeklerin rivayetince hareket bi'l-ahire daha ziyade iştidad edecek imiş.*

*Hiçbir esas ve hakikate müstenid olmayan şu imiş neticeli sözlerin işaasını mûceb olmak siyaet-i azimedendir.*

*Zerre kadar makuliyete taallukdan beri münasebetsizliklerle herkesi işinden gücünden rahatından mahrum olmağa bais olmak namus ile ol kadar mütebayın bir hadsizlik eseridir ki baislerinin min-indillah azab-ı eşed ile ceza-dide olacakları beyandan müstağnidir<sup>109</sup>.*

Halk arasında dolaşan ve yine şiddetli depremlerin meydana geleceğine ilişkin rivayetlerin menfi neticelerini ortadan kaldırmak ve halkın endişelerini gidermek adına basına tatbik edilen sınırlamalarla yetinilme-  
yerek başka çarelere de müracaat edildi. Coumbary Efendi'ye hazırlatılan ve depremin şiddetinin artık bertaraf olduğuna yönelik rapor<sup>110</sup>,

<sup>109</sup> Saadet, No: 3024, 12 Muharrem 1312, s. 1.

<sup>110</sup> "... zelzeleden üç günden beri eser görülmediği gibi Rasadhane-i Amire'ce ol babda vaki olan müşahadat üzerine tanzim olunan raporda hareket-i arzın şiddet-i zamanı mürur etmiş olduğu ve artık zuhurı muhtemel bulunmadığı beyan olunuyor." (Tercüman-ı Hakikat, No: 4813, 13 Muharrem 1312, s. 2.); "Rasadhane-i Amire Müdürü

gazetelerce dile getirildi. Daha evvel bahsi geçen Louis Sabuncu ve Logofet tarafından hazırlanan raporlar da büyük ihtimalle bu amaca yönelikti<sup>111</sup>. Eginitis tarafından hazırlanan rapor da bu noktada oldukça önemliydi. Zira mütehasıs bir kimse tarafından kaleme alınan bu rapor, depremi ilmi açıdan tetkike tabi tutmuştu. Depremle ilgili spekülasyonların ortadan kaldırılması için Mekteb-i Mülkiye muallimlerinden Halil Edhem Bey de birtakım çalışmalara imza attı. Halil Edhem Bey, evvela Sabah Gazetesi'nde depremle ilgili kaleme aldığı makalesini<sup>112</sup>, cüzi birtakım ilavelerle Hareket-i Arza Dair Birkaç Söz adıyla bir risale şeklinde neşretti. Halil Edhem Bey, depreme ilişkin rivayetlerin yayılması ve bunların gazetelerde neşredilmesi üzerine herkesçe bilinemeyecek bu mesele üzerinde durmaya karar vermişti<sup>113</sup>. Yapılan ilmi çalışma ve yorumların gazetelere aksettirilmek suretiyle kamuoyunun bilgisini sunulması, deprem sebebiyle oluşan olumsuz atmosferi ortadan kaldırma amacını açık bir şekilde ortaya koymaktadır<sup>114</sup>. Fakat tüm bu çabalara rağmen depreme ilişkin spekülasyonlar uzunca bir süre devam etti. Zira depremden tam bir sene sonra bile depremin yıl dönümünde şiddetli bir deprem olacağı rivayeti halkı tedirgin edebilmiştir<sup>115</sup>.

## SONUÇ

Depremler, insan üzerinde bıraktığı maddi ve manevi tesirler hasebiyle tabii afetler içinde ayrı bir ehemmiyete sahiptir. Zira bu afetin insan

---

saadetlü Kombari Efendi hazretleri hareket-i arz hakkında müşahadatını mübeyyen bir rapor tanzim etmektedir. Efendi-yi müşarun-ileyh hareket-i arzın tehlikeli zamanı geçtiği ve artık tekrarı muhtemel bulunmadığını beyan ediyor." (Saadet,, No: 3024, 16 Muharrem 1312, s. 1.)

<sup>111</sup> KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 264-265.

<sup>112</sup> Bkz.: Sabah, No: 1806, 19 Safer 1312, s. 1-3.

<sup>113</sup> "...hareket-i arzın sebab-i zuhuruna dair beyne'n-nas bir takım efkar-ı sahife deve-  
ran etmiş ve hatta efkar-ı mezkureden bazılarını gazetelerle neş ettirmekten de icti-  
nab edilmemiş idi. Bunlar ise Marmara'da volkan patlamış, gazlar buharlar çıkıyor-  
muş, Hayırsız Ada batmış, denizin suları mürekkep gibi kararmış, binlerce palamut  
balığı helak olmuş falan gün zelzele tekerrür edecek imiş gibi her memlekette böyle  
bir hadisenin vukuunu müteakip söylenen sözlerden ibaret olduğu halde akval-i  
mezkurenin mahiyeti bi't-tabi herkesçe takdir olunamayacağı cihetle dai-yi havf ve  
endişe olmak tesirat-ı mütessefesinden hali kalmadığından..." (HALİL EDHEM,  
Hareket-i Arza Dair Birkaç Söz, Mihran Matbaası, İstanbul 1312, s. 3.)

<sup>114</sup> KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 268.

<sup>115</sup> Bkz. ÜREKLİ, İstanbul'da 1894 Depremi, s. 39-40.; KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ, s. 265.

bünyesinde oluşturduğu korku ve panik hissini tarif etmek hiç kolay değildir. Nitekim bu hakikat, 6 Şubat 2023 tarihinde gerçekleşen Kahramanmaraş merkezli depremde bariz bir şekilde kendini göstermiştir. Birçok insanın enkaz altında kalarak hayatını kaybetmesi ya da yaralanması, şehirlerin harabeye dönmesi, ana deprem sonrasında sürekli bir şekilde kendisini hatırlatan artçı depremlerin varlığı; depreme maruz kalanlar üzerinde kalıcı tesirler bırakmaktadır. Deprem sonrasında afetzedelerin yaşadıkları yerleri terk etmesi ve bir daha bu bölgelere dönmek istememesi, normalleşme dönemine girmeyi oldukça zorlaştırmaktadır. Deprem bölgesinde kalanlar ya da kalmak zorunda olanlar da gerçekleşen artçı depremler sebebiyle normal hayat düzenlerine bir türlü dönememektedir. Afet bölgesinde vazife gören kamu görevlileri de birer depremzede olmaları hasebiyle ya bu bölgelerden ayrılmak istemekte ya da çalıştıkları binalara girmekten çekinmektedir. Bahsi geçen hususlar, deprem sonrasında oluşan sayısız sorunlardan yalnızca birkaç tanesidir. Bu sorunlardan da görüldüğü üzere, deprem bölgesinde bozulan kamu düzeninin temini oldukça zor olduğu gibi, uzun bir zaman da almaktadır.

Çalışma içerisinde depremden sonra insanların depremle ilgili her türlü rivayete kulak kesildiği ifade edilmişti. Gerçekten de böyle zamanlarda birçok asılsız rivayet ortada dolaşmaktadır. Depremi yaratmış olduğu korku ve panikten dolayı da birçok insan bu rivayetlere inanabilmektedir. Nitekim ülkemizde yaşanan son elim depremde de birçok asılsız rivayet dilden dile dolaşmıştı. Bilhassa kitle iletişim imkanlarının tesiriyle bu tür rivayetler oldukça kısa zamanda milyonlarca insana ulaşabilmektedir.

1894 İstanbul depreminde, halkın depremle ilgili bilgi ihtiyacını karşılayabileceği yegane kitle iletişim aracı gazetelerdi. Gazeteler de bu zamandaki popüleritesine uygun şekilde depremle ilgili her türlü rivayeti sütunlarına taşımıştı. Birtakım söylemlere dayanan birçok haber, teyit edilmeksizin gazetelerde neşredildi. Bu rivayetlerden bazıları, yeni ve daha şiddetli depremlerin gerçekleşeceğine yönelik olduğu için halkta büyük bir korku ve panik havası oluşmuştu. Bu sebeple gerek ahalinin gerekse de kamu görevlilerinin normal düzenlerine dönmesi zorlaşmaktaydı. Deprem sebebiyle bozulan ve bu tür haberler sebebiyle yeniden temini zorlaşan kamu düzenini tesis etmek maksadıyla dönemin basınına müdahale edildi. Hükümet tarafından depremle ilgili haberlerin verilmesinde yumuşak bir üslubun emredilmesi; bazı yayınlar için uyarı,



kapatma, toplatma ve ülkeye girişin engellenmesi gibi kararlar verilmesi söz konusu olmuştur.

1894 depreminde hükümetçe basın üzerinde gerçekleştirilen faaliyetleri, sansür niteliğinde olmamalarından dolayı basın yasakları şeklinde değerlendirmek daha makuldür. Bu tür müdahaleler, basın ve ifade hürriyeti önünde bir engel oluşturmaktadır. Fakat bu dönemde Kanun-i Esasi'de ifade hürriyeti düzenlenmemiştir. Buna ilişkin Kanun-i Esasi'nin ilk halindeki yegane düzenleme, 12. maddede yer alan "Matbuat kanun dairesinde serbesttir." hükmüdür. Bu noktada da 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi ile 1867 tarihli Karamame-i Ali'nin kastedildiğini daha evvel ifade etmiştik. Dolayısıyla kamu düzenini sağlamak maksadıyla getirilen basın yasakları için hukuku zemin müsaittir.

1894 İstanbul depreminde hükümetçe basına tatbik edilen yasakların, asılsız ve mübalağalı haberler sebebiyle halkta oluşan korku ve paniğin engellenmesi maksadıyla yapıldığı görülmektedir. Günümüzde de bu maksada yönelik hukuki düzenlemeler mevcuttur. Nitekim 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu md. 25/2'ye göre: "Özel maksatla kamunun telaş ve heyecanını doğuracak şekilde asılsız, mübalağalı havadis ve haber yayan veya nakledenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca üç aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin liradan az olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılırlar." Dolayısıyla bozulan kamu düzenini tesis etmek maksadıyla bu tür çarelere müracaat edilebilmektedir. Fakat bu noktada bazı problemler ortaya çıkmaktadır. Mesela getirilen yasaklar, gerçek haberlerin de kamuoyuna aktarılamaması riskini beraberinde getirebilmektedir. Zira kapatma ve diğer yasaklamaların tehdidi altında bulunan basın müesseseleri, doğru nitelikte bulunan haberleri de neşretmeye çekinebilecektir. Nitekim 1894 tarihli deprem sonrasında verilen haberlere ilişkin tekzipler, basın yasaklarından sonra başlamıştır. Dolayısıyla hükümet müdahalesiyle tekzip edilen haberlerin hakikaten asılsız olup olmadıklarının tespiti de zordur. Basın yasaklarının akabinde ise depreme yönelik haberler ılımlı ve kamuoyunu teskin edici bir hal almıştır. Bu hakikat de bizlere, bu dönemde tatbik edilen basın yasaklarının biraz sert olduğunu göstermektedir. Netice itibariyle getirilen bu basın yasakları, depreme ilişkin bilançonun (ölü ve yarası sayısı, hasar gören binaların adedi vs.) tam ve eksiksiz bir şekilde ortaya konulmasını zorlaştırmıştır.

## KAYNAKÇA

### Arşiv Belgeleri:

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA)<sup>116</sup>

### Sürelî Yayınlar:

Basiret: No. 1809.

Düstur: I. Tertip C. 2, I. Tertip C. 3, II. Tertip C. 1.

Sabah: No. 65, 1766, 1767, 1768, 1769, 1773, 1806.

Saadet: No. 3019, 3020, 3021, 3022, 3023, 3024, 3027.

Takvim-i Vekayi: No. 875.

Tercüman-ı Hakikat: No. 4808, 4809, 4810, 4811, 4812, 4815.

### Basılı Eserler:

**AFYONCU, Erhan-METE, Zekai:** 1766 İstanbul Depremi ve Toplum Yaşantısına Tesirleri, Tarih Boyunca Anadolu'da Doğal Afetler ve Deprem Semineri, 22-23 Mayıs 2000, İÜ Edebiyat Fak. Tarih Araştırma Merkezi, 2001.

**AHMED VASIF EFENDİ,** Vasıf Tarihi, C. I, İstanbul 1219.

**ALİ MUZAFFER:** Zelzele Hakkında Malumat, Kasbar Matbaası, İstanbul 1315.

**AMBRASEYS, N.N.-FINKEL, C.F.:** The Seismicity of Turkey and Adjacent Areas: A Historical Review, 1500-1800, Eren Yay., İstanbul 1995.

**AMBRASEYS, N.N.- JACKSON, J.A:** Seismicity of the Sea of Marmara (Turkey) since 1500, Geophysical Journal International, Vol. 141, Issue 3, June 2000.

**AMBRASEYS, N.:** The Earthquake of 10 July 1894 in the Gulf Of Izmit (Turkey) and Its Relation to the Earthquake of 17 August 1999, Journal of Seismology (5), 2001.

**AMİR TEVFİK:** Hareket-i Arz ve Esbab-ı Zuhurı Hakkında Meşahir-i Erbab-ı Fünundan Bazılarının Akvali, Alem Matbaası, Konstantiniyye 1307.

<sup>116</sup> Çalışma içerisinde arşiv belgelerinin künyeleri verildiği için söz konusu belgeler burada ayrıca zikredilmeyecektir.

- ANGELL**, Elizabeth: “Bir Şehir Manzarası: İstanbul’un Tarihinde Depremler”, (içinde) Büyük İstanbul Tarihi Ansiklopedisi, C. I, İSAM Yay., İstanbul 2015.
- ATAMAN**, Bora, “Türkiye’de İlk Basın Yasakları ve Abdülhamid Sansürü, Marmara İletişim Dergisi, Sa. 14, Ocak 2009.
- BİRİNCİ**, Ali: Hassas Bir Mevzuda Hassasiyetten Uzak Bir Kitap: Başlangıçtan Günümüze Türkiye’de Basın Sansürü, Kebikeç, Sa. 1, 1995.
- CEYLAN**, Ayhan: Tanzimat Dönemi Osmanlı Basım ve Yayımında Hukukî Düzen (1839-1876), Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sa. 1, 2006(Bahar).
- CEZAR**, Mustafa: Osmanlı Devrinde İstanbul Yapılarında Tahribat Yapan Yangınlar ve Tabii Âfetler, Türk San’atı Tarihi Araştırma ve İncelemeleri I, İstanbul Güzel Sanatlar Akademisi Türk San’atı Tarihi Enstitüsü Yay., İstanbul 1963.
- DEMİREL**, Fatmagül: II. Abdülhamid Döneminde Sansür, Bağlam Yay., İstanbul 2007.
- EGİNİTİS**, D.: Le Treblement de Terre de Constantinople: du 10 Juillet 1894, Annales de Géographie, 1895.
- ELMAS**, Aykut: Depremi Saraya Anlatmak: İstanbul’da 1894 Zelzele-i Azîmesi ve Louis Sabuncu’nun Depremi Bilimsel Açıdan İzah Girişimi, Kamu Yönetimi Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, Sa. 4, 2023.
- ENGİN**, Vahdettin: “1894 Depreminden Sonra Alınan İlk Önlem Padişaha Özel Sismograf!”, Popüler Tarih, Sa. 1, 2000.
- ENGİN**, Vahdettin: II. Abdülhamit’in Hususi İradeleri Işığında 1894 İstanbul Depremi ve Gündelik Hayata Etkisi, Tarih Boyunca Anadolu’da Doğal Âfetler ve Deprem Semineri, 22-23 Mayıs 2000, Bildiriler, Globus Dünya Basımevi, İstanbul 2001.
- ER**, Turgut: Arşiv Belgeleri Işığında Türkiye’de Sansür (1938-1945), Berikan Yay., Ankara 2014.
- ERTUĞ**, Hasan Refik: Basın ve Yayın Hareketleri Tarihi, C. I, Yenilik Basımevi, İstanbul 1970.
- GEÇİLİ**, Derya: “Osmanlı Devleti’nde Depremlere Karşı Sismografların Kullanılması”, Afet ve Risk Dergisi, , 6(3), 2023.

- GELİBOLULU MUSTAFA ALİ EFENDİ:** Kitabü't-Tarih-i Kühü'l-Ahbar, I. Cilt II. Kısım, Haz. Ahmet Uğur vd., Erciyes Üniv. Yay., Kayseri 1997.
- GRADEVA,** Rossitsa: Osmanlı ve Bulgar Kaynaklarından Orta Balkan Topraklarındaki Depremler (17. ve 18. Yüzyıllar), (içinde) Osmanlı İmparatorluğu'nda Doğal Afetler, Ed. Elizabeth Zachariadou, Çev. Gül Çağalı Güven, Saadet Öztürk, Tarih Vakfı Yurt Yay., İstanbul 2001.
- HALİL EDHEM,** Hareket-i Arza Dair Birkaç Söz, Mihran Matbaası, İstanbul 1312.
- İstanbul Mahkemesi 25 Numaralı Sicil, Haz. Salih Kahriman, Mümin Yıldıztaş, Proje Yönetmeni: M. Âkif Aydın, Ed. Coşkun Yılmaz, Kültür Aş., İstanbul 2019.
- İNUGUR,** M. Nuri: Basın ve Yayın Tarihi, 5. Bs., Der Yay., İstanbul 2005.
- KARAKOÇ SERKİZ,** Matbuat, Matbaalar, Hakk-ı Telif Kanunları, Kitabhane-i Cihan, İstanbul 1339/1342.
- KARAL,** Enver Ziya: Büyük Osmanlı Tarihi, C. III, ty.
- KARNİK,** Vit: Seismicity of the European Area, part 2, D. Reidel Publishing Company, Holland 1971.
- KAYAKIRAN,** Murat Can: Küçük Kıyamet: 1509 İstanbul Depremi, (içinde) Türk Tarihinde Salgınlar ve Afetler, Ed. Musa Şamil Yüksel, Hasan Işık, Astana Yay., Ankara 2021, s. 215-224.
- KESTELLİ,** Raif Necdet: Resimli Türkçe Kamus, Haz. Recep Toparlı vd., 2. Bs., TDK Yay., Ankara 2011.
- KILIÇ,** Orhan: Mühimme Defterlerine Göre XVI. Yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı Devleti'nde Meydana Gelen Depremler, (içinde) Osmanlı V (Toplum), Yeni Türkiye Yay., Ankara 1999.
- KÜÇÜKALIOĞLU ÖZKILIÇ,** Sema: 1894 Depremi ve İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul 2015.
- KOLOĞLU,** Orhan: Osmanlı Basını: İçeriği ve Rejimi, Tanzimat'tan Cumhuriyete Türkiye Ansiklopedisi, C. 1, İletişim Yay., İstanbul 1985.
- KÖKER,** Osman: "Sansüre Uğramış Bir Deprem", Toplumsal Tarih, Sa. 69, Eylül 1999.
- KUDRET,** Cevdet: Abdülhamit Devrinde Sansür, Milliyet Yayınları, 1977.

- MÊNAGE**, V.L.: Edirne’li Rûhî’ye Atfedilen Osmanlı Tarihinden İki Parça, (içinde) Ord. Prof. İsmail Hakkı Uzunçarşılı’ya Armağan, TTK Basımevi, Ankara 1988.
- Osmanlı İmparatorluğu’nda Doğal Afetler, Ed. Elizabeth Zachariadou, Çev. Gül Çağalı Güven, Saadet Öztürk, Tarih Vakfı Yurt Yay., İstanbul 2001.
- ÖZÇEP**, Ferhat-**ORBAY**, Naci: “Yerküre ile Fiziksel İletişim: Cumhuriyetin 75. Yılında Ülkemizde Jeofizik”, İstanbul Üniv. Müh. Fak. Yerbilimleri Dergisi, C. 12, 1999.
- ÖZGER**, Yunus: Sultan II. Abdülhamid Döneminde İstanbul’da Deprem Tahmini Tartışmaları ve Josef Nowack’ın Padişaha Gönderdiği Rapor, History Studies, C. 12, Sa. 1, 2020.
- ÖZTİN**, Feriha: 10 Temmuz 1894 İstanbul Depremi Raporu, TC Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Afet İşleri Genel Müdürlüğü Deprem Araştırma Dairesi Yay., Ankara 1994.
- ÖZTÜRK**, Serdar: Türk Sinemasında İlk Sansür Tartışmaları ve Yeni Belgeler, Galatasaray İletişim, Haziran 2006.
- RAŞİD**: Tarih-i Raşid, Matbaa-yı Amire, İstanbul 1282.
- SAKİN**, Orhan: Tarihsel Kaynaklarıyla İstanbul Depremleri, Kitabevi Yay., İstanbul 2002.
- SARIKAYA**, Samet: “1766 İstanbul Depremi’nin İstanbul Mahkemesi Kararlarına Yansıması”, Ankara Barosu Dergisi, C. 81 (Deprem Özel Sayısı), I. Cilt-Kamu Hukuku, 2023.
- SEZER**, Hamiyet: 1894 İstanbul Depremi Hakkında Bir Rapor Üzerine İnceleme, Tarih Araştırmaları Dergisi, C. XVIII, Sa. 29, 1997.
- SİLAHTAR MEHMED AĞA FINDIKLILI**, Nusretname, Süleymaniye Kütüphanesi.
- SOLAKZADE**, Solakzade Tarihi, Mahmud Beg Matbaası, İstanbul 1397.
- SOYSAL**, H. vd.: Türkiye ve Çevresinin Tarihsel Deprem Kataloğu, TÜBİTAK Yay., İstanbul 1981.
- ŞEM’DÂNÎ-ZÂDE FINDIKLILI SÜLEYMAN EFENDİ**: Mü’r’it-Tevârih II.A, Haz. M. Münir Aktepe, İÜ Edebiyat Fak. Yay., İstanbul 1978.
- TURAN**, Ali: Hukuki Neticeleri İtibariyle Osmanlı Devleti’nde Depremler, (içinde) Deprem Hukuku Boyutlarıyla Değerlendirilmesi, Ed. Tamer Budak, Uğur Aşkın, Adalet Yay., Ankara 2024.

- TİKVEŞ**, Özcan: Basın ve Basın Dışı Haberleşme Vasıtaları İle Yapılan Yayınlarda Sansür ve 1961 Anayasası, İÜHFM, C. 30, Sa. 3-4, 1964.
- ÜREKLİ**, Fatma: Osmanlı Döneminde İstanbul'da Meydana Gelen Afetlere İlişkin Literatür, TALİD, C. 8, Sa. 16, 2010.
- ÜREKLİ**, Fatma: İstanbul'da 1894 Depremi, 2. Bs., İletişim Yay., İstanbul 2000.
- ÜREKLİ**, Fatma: 1894 İstanbul Depremi, İstanbul Araştırmaları, Sa. 5, Bahar 1998.
- YAZICI**, Nesimi: Tanzimat Basını Konusunda Bir Değerlendirme, Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, TTK Basımevi, Ankara 1994.
- YÜCEL**, Erdem: "Tarih Boyunca İstanbul Depremleri", Hayat Tarih Mecmuası, Sa. 6, 1971.

## YAPAY ZEKA SİSTEMLERİ KULLANILARAK YAPILAN İŞLEME FAALİYETLERİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Prof. Dr. Emel BADUR\*

### Öz

Günümüz şartlarında teknolojik gelişmelerin takip edilmesi güç bir hızla gerçekleştiği, dijital ortamın en az yüz yüze ilişkiler kadar günlük hayatın içine girdiği ve bunların sonucunda yapay zeka uygulamalarının hem günlük yaşantı hem de mesleki-ticari faaliyetler çerçevesinde giderek yaygınlaştığı yadsınamaz. Ya-pay zeka sistemleri tarafından toplanan, analiz edilen ve bir takım sonuçlara ulaşılmasını sağlayan -hatta deyim yerindeyse yapay zekayı besleyen- verilerin büyük bir kısmı gerçek kişilere aittir. Yapay zeka alanında yaşanan bu gelişmeler, kişisel verilerin yapa zeka karşısında korunmasını gerekli kılmaktadır. Kişisel verilerin yapay zeka tarafından işlenmesi söz konusu olduğunda, ilgili kişi-nin profillenmesine ve onun hakkında otomatik karar alınmasına özenle yaklaşılması gerekmektedir. KVKK'nın ilgili kişinin haklarının düzenlendiği 11/1/g maddesinde herkesin "İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme" hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

\* Prof. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Prof. Çankaya University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Türkiye.

✉ badur@cankaya.edu.tr • ORCID 0000-0002-5133-8541

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** BADUR, Emel: "Yapay Zeka Sistemleri Kullanılarak Yapılan İşleme Faaliyetlerinde Kişisel Verilerin Korunması", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2525-2560.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

- Kişisel Verilerin Korunması Kanunu • Profilleme • Otomatik karar alma • Algoritmik karar alma • Genel Veri Koruma Tüzüğü

## PROTECTION OF PERSONAL DATA DURING PROCESSING BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS

### Abstract

Nowadays, it's undeniable that technological developments are taking place at a pace that is difficult to follow, that the digital environment has entered into daily life at least as much as face-to-face relationships, and artificial intelligence applications have become increasingly widespread both in daily life and in professional-commercial activities. Most of the data collected and analysed by artificial intelligence systems, which provides certain results - or even feeds artificial intelligence- belongs to real persons. These developments make it necessary to protect personal data against artificial intelligence. When it comes to the processing of personal data by artificial intelligence, the profiling of the data subject and automated decision-making about him/her needs to be approached with care. Article 11/1/g of the PDPL, stipulates that everyone has the right to "object to the occurrence of a result to the detriment of the person himself/herself by analysing the processed data exclusively through automated systems".

### Keywords

- Personal Data Protection Law • Profiling • Automated decision making • Algorithmic decision making • General Data Protection Regulation

## GİRİŞ

Günümüzde yapay zeka sistemleri ve uygulamaları oldukça gelişmiş ve yapay zeka barındıran sistemler hayatın pek çok alanında insanı doğrudan etkiler hale gelmiştir. Yapay zekanın insan ve toplum yaşamını kolaylaştırıcı etkisi, onun gün geçtikçe hayatımızda daha çok yer kaplaması sonucunu doğururken; bu olumlu etki, yapay zeka kullanılırken kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin göz ardı edilmesine sebep olmamalıdır. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında yapay zeka sistemleri aracılığıyla yürütülen veri işleme faaliyetlerinde, kişisel verilerin korunmasına özellikle dikkat edilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kişiyeye, kişisel verilerinin korunmasına dair sağlanan hak, en temel haliyle, kişisel verilerin başkaları tarafından bilinir hale gelmesi ve hatta



bu kişilerin kontrolüne geçmesiyle, verilere sahip olan kişinin, kişisel verileri üzerindeki yitirdiği egemenliği tekrar kurmasına yönelik bir hak olarak değerlendirilebilir. Başka bir ifadeyle kişisel verilerin korunması, kişileri haklarındaki verilerin hukuka uygun olmayan şekillerde işlenmesinden kaynaklanan hak ihlallerinden ve zararlardan koruma amacına yönelmiş, temel ve evrensel ilkelerde somutlaşmış yasal, idari ve teknik önlemleri ifade eder.

Hukuk sistemleri, kişisel verilerin korunmasının hayata geçirilmesi kapsamında kişilerin, kendi verilerinin geleceğini bizzat kendilerinin belirlemelerini bir hak olarak kabul etmiştir. Kişisel verilerin korunması, sadece kişiler hakkındaki bilgilerin değil; bu bilgilerin ait olduğu kişilerin ve bu kişilerin haklarının korunmasını da sağlamaktadır. Bu korumanın insan onuru temel olmak üzere diğer birçok temel hakkın ve kişilik hakkının da korunması kapsamında olduğu gerçeği; kişisel verilerin korunmasının, insan haklarıyla olan ilgisini gösterir. Bir başka ifadeyle kişisel verilerin korunmasını hedefleyen hukuk sistemleri, aslında bizatihi ve soyut bir kavram olarak bilginin değil; bilginin ilişkili olduğu kişinin korunmasını amaçlamaktadırlar.

## I. KİŞİSEL VERİ, İŞLEME VE VERİ SORUMLUSU KAVRAMLARI

Türk Hukukunda doğrudan kişisel veri kavramını konu alan ilk normatif düzenleme, 108 sayılı Sözleşme'nin imzalanması ile kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 108 sayılı "*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunması Sözleşmesi*"ni<sup>1</sup>, 28.01.1981 tarihinde imzalayarak; yürürlük sürecini 30.01.2016 tarihinde, 6669 sayılı Kanun'un kabul edilmesi ile sağlamıştır.<sup>1</sup>

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin hak, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlığı altında düzenlenen 20. maddeye eklenen üçüncü fıkra güvence altına alınmıştır. Kişisel verilerin korunmasına dair 2016 yılında gerçekleştirilen yasama faaliyetiyle, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu<sup>2</sup> (KVKK) mevzuata dahil

<sup>1</sup> Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunması Sözleşmesi (108 sayılı Sözleşme), 29656 sayılı ve 17 Mart 2016 tarihli Resmi Gazete.

<sup>2</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 29677 sayılı ve 7 Nisan 2016 tarihli Resmi Gazete.

edilmiştir. Ancak KVKK'nın yürürlüğe girmesinden önce de hukuk sistemimizde kişisel verilerin korunmasına dair bazı düzenlemeler yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 135 ila 140. maddeleri arasında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, kaydedilmesi, verilmesi ve mevzuatta düzenlenen süre içinde yok edilmemesine dair suçlar kaleme alınmıştır.

### A. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) "Tanımlar" başlıklı 3/1/d maddesinde kişisel veri "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi" kapsayacak genişlikte tanımlanmıştır. Maddenin gerekçesinde<sup>3</sup> kişisel veri kavramı, "Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilmeye özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir." ifadesiyle açıklığa kavuşturulmuştur.

Kişisel verinin bir diğer tanımına da 108 sayılı Sözleşme'nin 2/a maddesinden ulaşılabilmektedir. Anılan maddede "Kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (ilgili kişi) hakkındaki tüm bilgi" kişisel veri olarak tanımlanmıştır. Yapılan açıklamalardan da açıkça anlaşılacağı üzere kişisel veriler, mevzuatımızda sınırlı sayma ilkesi benimsenerek düzenlenmemiş ve örnek olarak sayılması yolu da tercih olunmamıştır.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf> (E. T. 28.04.2024)

<sup>4</sup> Bununla birlikte özel nitelikli kişisel veriler hakkında Kanunun 6/1. maddesinde yer verilen "kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri" ifadesiyle, bazı özel nitelikli kişisel veriler sınırlı sayıda düzenlenirken; kişisel veri örnekleri de yasa metnine dahil edilmiştir.

Bunun nedeni, kişisel verilerin niteliğinin, sayısının ve değişkenliğinin saymayla belirlenmeye uygun olmamasıdır. Benzer bir tercih, kişilik değerlerinin de özel olarak sayılmamasının nedenini oluşturur. Bu sayede gerek kişilik değerlerinin gerekse kişisel verilerin yaşamın dinamik yapısına uygun olarak belirlenebilmesi mümkün kılınır. Özellikle bilişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelerin, her an korunması gereken yeni kişisel verilerin ortaya çıkmasına sebep olması, şaşırtıcı olmayacaktır.

Kişinin toplumdaki diğer fertlerden ayrılmasını sağlayan her türlü bilgi, yapılan kişisel veri tanımının kapsamı içerisine dahil edilmiştir. Kişinin mesleki yaşamında üstlendiği bir unvan, akademik veya sanat eserlerine yapılan yorum ve atıflar, geliri, ödediği vergi, borç ve/veya alacakları, sahip olduğu ödül ya da aldığı derece de kişiye ulaşmada kullanılacak ve gerçek kişiyi belirlenebilir kılmakta zorlanmayı gerektirmeyecek veriler arasındadır.<sup>5</sup>

Yasa koyucu kişisel veri teriminin tanımını yaparken yasama tercihini kapsayıcı olmaktan yana kullanmış ve bu amaçla yalnızca “belirli” değil; “belirlenebilir kişilere” dair kişisel verileri de tanımın kapsamına alma yolunu seçmiştir. Belirli veya belirlenebilir kişilere ait bilgilerin kişisel veri olarak kabulü, bu bilgilerin doğru veya yanlış; gizli ya da açık hatta güncel olmalarına bağlı değildir. Bu bilgiler kişinin parmak izi, DNA dizilimi, iris taraması veya kan grubu gibi nesnel, değişmez ve bilimsel olabileceği gibi; kişinin güvenilir veya borcuna sadık olup olmadığı, itaatkarlığı ya da isyankarlığı, işe yatkınlığı ve çalışma hevesi gibi öznel, değişken ve yoruma açık bilgiler de olabilir.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> **BADUR, Emel:** Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması -KVKK, GVKT ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme-, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 70; **HİZARCI, Emine:** 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 26; **KELLEHER, Denis/ MURRAY, Karen:** EU Data Protection Law, Bloomsbury, London 2019, s. 82, 83.

<sup>6</sup> **AKSOY, Hüseyin Can:** Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2016, s. 14; **AŞIKOĞLU, Şehriban İpek:** Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 9; **DÜLGER, Murat Volkan:** Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul 2020, s. 24; **TAŞTAN, Furkan Güven:** Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 38; **ÖZKAN, Oğulcan:** Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10; **BADUR,** s. 71.

Bir bilginin kişisel veri olarak nitelenmesi için, belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilebilmesi yeterlidir. Bu bilginin elde edilme, üretilme, kaydedilme, saklanma ve aktarılma biçimleri, kişisel veri olarak kabul edilmesi<sup>7</sup> açısından önem taşımaz. Başka bir ifadeyle kişisel verinin yazılı olması, dijital ortamda saklanması, fotoğraf, resim, ses veya hareketli görüntüye ilişkin olması, o verinin kişisel veri niteliğini etkilemeyecektir.<sup>8</sup> Bir görüntünün kişisel veri olarak nitelendirilmesi için, ilgili gerçek kişinin görüntüsü olması da şart değildir. Örneğin bir kişinin çizdiği resim de onun kişisel verisi olarak nitelenebilir.

Kişisel veriler kişinin ekonomik, fiziksel, kültürel, psikolojik veya sosyal özelliklerini betimleyen bilgiler taşımasının yanı sıra vergi, sigorta ya da kimlik numaraları gibi diğer verilerle bağlantı kurulması suretiyle kişiye ulaşılması sonucunu doğuran durumları da içerir. En yaygın kişisel veri örnekleri kişinin adı, sesi, resmi, görüntüsü, kimlik/vergi/sosyal güvenlik/pasaport/iş yeri sicil ve telefon numaraları, adresi, motorlu taşıt plakası, parmak izi, genetik bilgileri, özgeçmiş, yayın ve eser listeleridir. Zira örneklendirilen tüm bu bilgiler, gerek doğrudan gerek dolaylı olarak veri sahibini belirlenebilir kılmaktadır.

Kişisel veri kavramı yakın tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında<sup>9</sup> da “*Kişinin sadece kimliğini ortaya koyan ad, soyad, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bilgilerinden değil aynı zamanda telefon numarası, pasaport numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, öz geçmiş, görüntü ve ses kayıtları, resim, parmak izleri genetik bilgiler ile sağlık bilgileri, e-posta adresi, Internet Protokol (IP) adresi, alışkanlıklar, hobiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi belirlenebilir kılan bütün verilerden oluşmaktadır.*” ifadesiyle açıklanmıştır.

## B. Kişisel Verilerin Türleri

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun kaleme alınış şekli kişisel verilerin ilk bakışta türlere ayrılmadığı fikrini uyandırmaya elverişli olsa

<sup>7</sup> Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus, tüm kişisel verilerin KVKK kapsamında korunduğunu söylemenin mümkün olmadığına ilişkindir. Zira KVKK’nın 28. maddesinde Kanunun uygulanmayacağı bazı istisnalara yer verildiği gibi; ancak Kanunun işleme tanımı içinde kalan faaliyetlere tabi tutulan kişisel verilere koruma sağlanmıştır.

<sup>8</sup> AKSOY, KVK, s. 15.

<sup>9</sup> AYM, K. 2014/1970, T. 22.11.2017.

da; Kanunda hukuka uygun işlemeye dair benimsenen düzenlemeler kişisel verilerin genel ve özel nitelikli olacak şekilde ikili bir ayrıma tabi tutulduğunu göstermektedir. Zira yasa koyucu her iki veri grubu açısından sırasıyla Kanunun 5 ve 6. maddelerinde hukuka uygun işleme sebeplerini ayrı ayrı düzenlemiştir.

Yasa koyucu Kanunun 6. maddesinde “*özel nitelikli kişisel veriler*” ifadesini kullanmak ve maddenin ilk fıkrasında bu verileri sınırlı sayıda olmak üzere saymakla birlikte; bu tür verilerin haricinde kalan verileri bir tür olarak isimlendirmeyi tercih etmemiştir. Ancak kişisel veri türleri arasında bir karışıklığa yer vermemek amacıyla, özel nitelikli (hassas) kişisel veriler dışında kalanların, “*genel nitelikli kişisel veri*” olarak adlandırılmasının uygun olacağı kanaati hasıl olmuştur.

Özel nitelikli kişisel verilerin aksine, genel nitelikli kişisel veri belirlenmesi yasa koyucu tarafından yapılmamıştır. Başka bir ifadeyle Kanun’da genel nitelikli (veya adi) kişisel veri ifadesine yer verilmemiştir. Bununla birlikte özel nitelikli kişisel verilerin dışında kalan yani özel nitelikli kişisel veri olmayan tüm kişisel verileri isimlendirmek için genel nitelikli kişisel veri teriminin kullanılması tercih olunmuştur.

Özel ve genel nitelikli veriler arasındaki en ciddi farklılıklardan ilki özel nitelikli verilerin sınırlı sayma (numerus clausus veya tahdidi) usulüne tabi düzenlenmesine karşın; genel nitelikli veriler hakkında bu ilkenin benimsenmiş olmamasıdır. Böylece bilişim teknolojilerinin gelişmesi ve yapay zekanın da kişisel veri işleminin yaygınlaşması sonucunda gerçek kişileri belirlenebilir kılan veya ilgili kişiye ilişkin olan tüm yeni verilerin; aksine bir düzenleme yapıp özel nitelikli olarak kabul edilmediği sürece bu kapsamda olacağının söylenmesi mümkündür.

Özel ve genel nitelikli veriler arasındaki bir diğer önemli farklılık ise genel nitelikli verilerin bir kısmının aleni veya dışardan kolayca gözlemlenebilir bilgiler olmasına karşılık özel nitelikli verilerin kişinin mahrem alanlarına girmesinin daha yaygın olmasıdır. Bu nedenle özel nitelikli kişisel veriler, hassas kişisel veriler olarak da adlandırılmaktadır. Bu verilerin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi ve işlenmesi, ilgili kişinin ayrımcılığa maruz kalma riskini de arttırmaktadır.

Örneğin kişinin ismi, kimlik/pasaport numarası ve diğer nüfus kayıt bilgileri (medeni hali, doğum yeri, nüfusa kayıtlı olduğu yer vb.), sesi, görüntüsü, bedensel özellikleri (boy, kilo, benleri veya dövme vb.) telefon

numarası, mali/finansal bilgileri (IBAN/ banka hesap/kredi kartı numaraları), internet protokolü (IP) adresi, şifreleri, adresleri genel nitelikli kişisel veriler olarak örneklendirilebilir.

Kanunun 6/1. maddesinde özel nitelikli kişisel veriler “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*” ifadesiyle sayılmışlardır.<sup>10</sup> 108 sayılı Sözleşme’nin 6. maddesinde de “*ırksal kökene, siyasi görüşlere, dini veya diğer inançlara, sağlığa, cinsel yaşama ve mahkumiyetlere ilişkin veriler*” özel nitelikli veri kapsamında düzenlenmişlerdir.

Yapay zeka kullanılarak gerçekleştirilen bir işleme faaliyetin yürütülmesi nedeniyle ilgili kişinin isim, ikametgah, banka hesap numarası ve ekonomik durumu gibi genel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesinin yanı sıra özel nitelikli kişisel verilerinin de işlenmesi mümkündür. Özellikle yüz, iris, parmak izi veya el ayası tanıma ve eşleştirme sistemlerinin kullanılması, sağlık alanında yapay zekanın teşhiste bulunması gibi hallerde kişilerin hem biyometrik hem de sağlık verileri işlenmektedir.

### C. İşleme Kavramı

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında, kişisel verilere uygulanabilecek her işlem değil; sadece yasa koyucu tarafından tanımlanan “işleme” faaliyeti kapsamındaki fiiller yasal korumanın çatısı altına alınmıştır. Bu durum KVKK’nın “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde yer verilen “...tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen ...” ifadesiyle

<sup>10</sup> Özel nitelikli kişisel verilerin tanımları hakkında bkz. **BADUR**, s. 84; **BULUT, Metin**: “Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Ankara 2020, s. 111; **ÖZER DENİZ, Miray**: Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s. 38 vd. Maddede benimsenen sınırlı saymaya kişilerin finansal (mali) verileriyle konum (yer) verilerinin dahil edilmemiş olması eleştirilmektedir. s. 134; **AKSOY, KVK**, s. 32; **BAŞAR, Cemal**: Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 97. Konum verileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNOĞLU, Dilara**: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından Mobil Uygulamalarda Konum Gizliliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 12 vd.; Guide to the Case-Law of the of the European Court of Human Rights, s. 16 vd. [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Data\\_protection\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Data_protection_ENG.pdf), (E. T. 02.02.2024).

vurgulanmıştır. Başka bir ifadeyle kişisel veriye uygulanan fiilin (elde etme, kaydetme veya yayma vb.) tamamen veya kısmen otomatik olmadığı bir durumda, uygulanan fiil bir veri kayıt sisteminin de parçası değilse, Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak bu noktada TCK'da düzenlenen suç tiplerinin hala uygulanabilir olduğu göz ardı edilmemelidir.

KVKK'nın 3/e maddesinde kişisel verilerin işlenmesi, "*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi*" ifadesiyle ve kişisel verilere uygulanabilecek pek çok fiili kapsayacak genişlikte kullanılmıştır.

Özellikle işleme faaliyetinin kapsamına ilişkin bazı fiiller tanıtımda sayıldıktan sonra yer verilen "*gibi*" ifadesi yasa koyucunun amacının, işleme ilişkin fiilleri sınırlı sayıda saymayı amaçlamadığını göstermeye yeterlidir. Maddenin kaleme alınış şekli, kişisel verilerin işlenmesi sırasında uygulanabilecek fiillerin örneklendirilmesi amacının benimsendiği sonucuna ulaşmaya elverişlidir. Bir diğer ifadeyle kişisel verilerin işlenmesi, bu verilerin elde edilmesinden başlanılarak, veriler üzerinde uygulanan tüm işlemleri ifade eder.<sup>11</sup>

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken nokta, işleme kapsamındaki fiillerin "*tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt*

<sup>11</sup> Öğretide de kişisel verilerin işlenmesinin, bu verilerin ele geçirilmesi, kaydedilmesi, sınıflandırılması, aktarılması ve imha edilmesi gibi süreçler içerisinde veriler hakkında gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsayacak şekilde tanımlandığı ifade edilebilir. **KELLEHER/ MURRAY**, s. 95; **BADUR**, s. 88; **MACMILLAN, Mac (Edt. US-TARAN, Eduardo)**: "Data Protection Concepts", European Data Protection Law and Practice, 3. Baskı, IAPP Publication, 2023, s. 103; **WELFARE, Damien/ CAREY, Peter (Edt. CAREY, Peter)**: "Territorial Scope and Terminology", Data Protection A practical Guide to UK and EU Law, 5. Baskı, Oxford 2018, s. 15; **KUNER, Christopher**: European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, Oxford University Press, 2. Baskı, Oxford 2007, s. 75; **ÇEKİN, Mesut Serdar**: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 46; **ÖZDEMİR, Hayrunnisa**: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 135.

*sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla*” gerçekleştirilmesi şartıdır. Yasa koyucu, otomatik işleme kavramını tanımlama yolunu tercih etmemiştir. Buna karşılık otomatik işlemenin tanımına 108 sayılı Sözleşme’nin 2/c maddesinde yer verilmiştir. Anılan hükümde otomatik işleme *“tamamen veya kısmen otomatik yöntemlerce gerçekleştirilen; verilerin kaydı ve bu verilere mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya dağıtılması”* ifadesiyle tanımlanır.

#### D. Veri Sorumlusu

Kişisel verilerin işlenmesinde kararları alan ve bunun karşılığında veri işleme faaliyetinin hukuki sorumluluğunu üzerinde taşıyan kişi yasa koyucu tarafından *“veri sorumlusu”* olarak isimlendirilmiştir. Veri sorumlusu kavramı KVKK’nın 3/1 maddesinde *“kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır. Kimlerin kişisel verilerinin işleneceğine dair kararı verme yetkisi de veri sorumlusundadır.

Veri sorumlusu, hem hangi kişisel verilerin işleneceğine; hem de bu verilerin işleme yöntem ve amaçlarına, saklanma sürelerine ve imha politikalarına dair kararları alan kişidir.<sup>12</sup> Kişisel verilerin hangi hukuka uygunluk sebeplerine dayalı olarak işleneceğine dair belirlemeleri yapma yetkisi veri sorumlusunundur. Zorunlu bir unsur olmamakla birlikte, veri işleme faaliyetinden bir menfaat elde ediliyorsa; elde eden kişi veri sorumlusudur.

Konuya yapay zeka sistemleri aracılığıyla kişisel verilerin işlenmesi açısından yaklaşıldığında, veri sorumlusunun başta KVKK olmak üzere mevzuatta yer alan tüm yükümlülüklerin muhatabı, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bütün ilke ve kuralların uygulayıcısı; ayrıca kişisel verilerin işlenmesi nedeniyle doğan zararların da sorumlusu olduğunun söylenmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle yapay zeka sistemleri aracılığıyla işlenen kişisel verilerin işlenmesi halinde, yapay zekaya ilişkin sistemin geliştiricisi ve/veya sahibinin veri sorumlusu olduğu söylenebilir.

<sup>12</sup> PEKMEZ, Cüneyt: “Overview of the Definitions of Data Controller and Data Processor within the Scope of The Turkish Code of Personal Data Protection (TCDP)”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, S. 67, İstanbul 2019, s. 61; BADUR, s. 104; MACMILLAN, s. 90; WELFARE/ CAREY, s. 18.



Bunlara ek olarak veri sorumlusu, kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemelere uyum sağlanması için gerekli önlemlerin alınmasından, eğer bir veri işleyenle çalışılıyorsa bu kişinin denetimden ve ilgili kişilerin haklarının etkin bir şekilde kullanılmasından sorumludur. Yasa koyucu tarafından yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, veri sorumlusunun kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişisi<sup>13</sup> ya da gerçek kişi olması mümkündür. Veri sorumlusu, kişisel verilerin işlenmesi açısından özerk ve bağımsız bir kişidir. Kurulun ifadesiyle<sup>14</sup> veri sorumlusu, *“kim-seden emir ve talimat almayan, bilakis bir başka kişiye veri işletmesi halinde bu hususta emir ve talimat veren, veri işleme süreçlerinin her anında serbestçe karar verme yetkisine sahip olan”* gerçek veya tüzel kişilerdir.

## II. YAPAY ZEKA SİSTEMLERİ KULLANILARAK YAPILAN İŞLEME FAALİYETLERİ

Yapay zeka sistemleri barındıran uygulamaların, gerek gündelik hayatta gerçekleştirilen rutin faaliyetlerde (internetten market alışverişi yapmak, evde yokken robot süpürgeyi, fırını veya klimayı kontrol etmek vb.); gerekse iş yaşamında en basitinden daha karmaşığına (bir yerden başka bir yere gitmek için navigasyondan faydalanmak, müşteri veya öğrencileri çeşitli kriterlere göre notlandırmak vb.) kadar pek çok işin organize edilmesi ve gerçekleştirilmesi sırasında kullanıldığını görmek mümkündür.

Özellikle telefonlarda, bilgisayar ve tabletlerde, son dönem arabalarda, akıllı ev/ofis/yapı sistemlerinde ve nesnelerin interneti barındıran eşyalarda yapay zeka sistemleri kullanılmaktadır. Yapay zeka sistemlerinin kullanılması, sadece ürünleri (malları) değil; müşterilere sunulan hizmetleri de dönüştürmektedir. Örneğin kredi veya yatırım portföylerinin uygunluğunun belirlenmesinden, sosyal medyada karşımıza çıkacak içeriklerin sıralanmasına, kişiye özel okuma/izleme tavsiyelerinde bulunulmasına kadar pek çok alanda yapay zeka sistemleri kullanılmaya başlanmıştır.<sup>15</sup> Yukarıda verilen örnekler, yapay zeka sistemleri kullanılarak

<sup>13</sup> Tüzel kişi veri sorumluları açısından dikkat edilmesi gereken husus, veri sorumlusunun tüzel kişiliğin içinde kişisel verilerin işlenmesinden sorumlu olan gerçek kişi (çalışan, yönetici vb.) veya organın değil; bizzat tüzel kişiliğin kendisinin olmasıdır.

<sup>14</sup> KVKK, K. 2020/71, T. 30.01.2020. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6874/2020-71>. (E. T. 10.04.2024)

<sup>15</sup> **DÜLGER, Murat Volkan:** “Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması”, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3792207](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792207), s. 4. (E. T. 08.11.2024)

sürdürülen faaliyetlerin sadece çok sınırlı bir kısmını kapsayacak niteliktedir.<sup>16</sup> Bununla birlikte, makalenin konu sınırlaması açısından verilen örneklerin yapay zekanın kullanılma alanlarına değil; kişisel veriler üzerindeki işleme faaliyetlerine ve bunların sonuçlarına özgülmesi gerekli görülmektedir.

KVKK'da da GVKT'de de yapay zekaya ve yapay zeka sistemleri kullanılarak gerçekleştirilen işleme faaliyetlerine ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir. Buna karşılık KVKK'nın 11/1/g maddesinde "*İlgili kişinin hakları*" kenar başlığı altında, herkesin "*İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme*" hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle yasa koyucu, profileme ve otomatik karar alma terimlerini tanımlamadan ve hatta bu terimleri kullanmadan, ilgili kişinin bu konuda bir itiraz hakkı olduğunu düzenlemekle yetinmiştir.<sup>17</sup> Yasa koyucu tarafından KVKK'nın 11/1/g maddesinde kullanılan ifadeyle ilgili kişiye itiraz hakkı tanınan işleme faaliyetinin iki önemli unsurunun "*profileme*" ve "*otomatik karar almaya tabi tutulma*" olmak üzere ele alınması mümkündür.

Öğretide<sup>18</sup> haklı olarak, temel hakları ihlal etme potansiyeli barındıran ve ilgili kişi açısından ciddi sonuçlara yol açabilecek nitelikteki bir işleme faaliyeti olan otomatik kararlara ve profilemeye, işlem sonrasında itiraz etme hakkı tanınmasının, KVKK'nın 1. maddesinde belirtilen amaca

<sup>16</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AKSOY, Ecem**: Yapay Zeka'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 62 vd.

<sup>17</sup> Kurul tarafından hazırlanan sözlükte profileme tanımlanırken, "Kişisel verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla işlemek suretiyle, ilgili kişinin işteki performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketlerine ilişkin hususların analiz edilmesi veya tahmin edilmesi başta olmak üzere söz konusu kişiye ilişkin belirli kişisel özelliklerin değerlendirilmesi şeklindeki kişisel veri işleme biçimi." şeklinde açıklama yapılmıştır. Madde ve Gereğesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, s. 117. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Geregesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu>, (E. T. 04.05.2024)

<sup>18</sup> **BÜYÜKSAGIŞ, Erdem**: "Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı", YÜHFD, C. XVIII, S. 2, İstanbul 2021, s. 535.

uygun olmadığı ileri sürülmüştür. Zira hakkında salt algoritmalar<sup>19</sup> vasıtasıyla bir karara varılan ilgili kişi, çoğu zaman kararın neden ve hangi ölçütler göz önüne alınarak verildiğini dahi bilmeyeceğinden, itiraz hakkını kullanamayacaktır.<sup>20</sup>

### A. Profilleme

Profilleme (veya profil çıkarma) terimi, GVKT'nin aksine KVKK'da tanımlanması tercih olunmamış bir terimdir. Profilleme ilgili kişinin bir takım davranış ve hareket özelliklerine dair verilerin (işteki başarı, sınav notları, ekonomik durum, sağlık, alış veriş tercihleri, ilgi alanları, kredibilitesi, sıklıkla bulunduğu konumlar vb.) analiz veya tahmin edilmesiyle ulaşılan çıkarımlara dair her türlü otomatik karar alma suretiyle gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyetidir.<sup>21</sup> Günümüzde yapay zeka sistemleri kullanılarak gerçekleştirilen profilleme faaliyetlerinin özellikle sağlık, bankacılık, sigortacılık ve reklamcılık sektörlerince kullanıldığı söylenebilir.<sup>22</sup>

Her profilleme faaliyeti, otomatik bir veri işleme sürecini gerektirir ve ilgili kişinin kişisel özelliklerinin değerlendirilmesi amacını taşır.<sup>23</sup> İlgili kişinin profili belirlendikten sonra, bu belirleme kişi hakkında ileride

<sup>19</sup> Algoritmanın tanımı ve yapay zekanın bileşenlerinden biri olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AKSOY**, Yapay Zeka, s. 64.

<sup>20</sup> Yapay zeka sistemlerinin, mahremiyet ve özel hayat üzerindeki etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **DÜLGER, Murat Volkan**: "Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?", Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 142, Ankara 2018, s. 84.

<sup>21</sup> Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, s. 6, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en>, (E. T. 10.04.2024)

<sup>22</sup> **DÜLGER**, Algoritmik, s. 6.

<sup>23</sup> Konu hakkında bkz. **AKSOY, Hüseyin Can**: "Kişisel Verilerin Korunması Yönüyle Algoritmik Karar Verme", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 4, S. 2, Ankara 2022, s. 69-87; **ERDOĞAN, İrmak**: Yapay Zeka ve Profilleme Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 77 vd.; **KELLEHER/ MURRAY**, s. 103; **KAYA, İslam Safa/ TOLUN, Yüksel**: Türkiye'de ve Avrupa'da Kişisel Verilerin İşlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 53, 125; **ÖZGÜL, Nurullah**: "İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde Yeni Bir Sorun Alanı: Algoritmik Profilleme", Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, C. 5, S. 9, s. 83-115; **CAYGIN, Fatmanur/ YAVUZ, Can**: "Yapay Zeka ve Çocuk Haklarına Kısa Bir Bakış", İBD, C. 94, S. 3, İstanbul 2020, s. 218-229; **BADUR**, s. 98; **KELLEHER/ MURRAY**, s. 224.

verilecek otomatik kararların temelini oluşturabilir. Profillemenin arama motorlarının ve sosyal medya sitelerinin çalışma modellerinin ayrılmaz bir parçası olduğu da belirtilmektedir.<sup>24</sup>

Üstelik ilgili kişi hakkında yapılan profillemeye sonucunda, yapay zeka sistemi tarafından kişi hakkında yeni bir kişisel veri üretilmektedir. İlgili kişi hakkındaki verilerin gerçeği yansıtmaması veya objektif olması ya da sübjektif bir değerlendirmenin sonucunu taşıması, kişisel veri nitelenmesi açısından önem taşımadığından; profillemeye sonucunda ulaşılan “kredi puanı veya sigorta riski yüksek/düşük; çalışkan/tembel ya da başarılı/başarısız” gibi sonuçlar da o kişi hakkındaki kişisel veriler olarak nitelenmeye uygundur.

Profillemeye GVKT'nin 4/4. maddesinde, “bir gerçek kişinin işteki performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketlerine ilişkin hususların analiz edilmesi veya tahmin edilmesi başta olmak üzere söz konusu gerçek kişiye ilişkin belirli kişisel özelliklerin değerlendirilmesi için kişisel verilerin kullanımını içeren her türlü otomatik kişisel veri işleme” biçimine karşılık gelecek şekilde tanımlanmıştır.

Üye devletler açısından doğrudan bir bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 23.11.2010 tarihinde, CM/Rec (2010)13 sayılı ve “Profillemeye Uygulamaları Kapsamında Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı”<sup>25</sup> başlıklı bir metin hazırlamıştır.<sup>26</sup> Türkiye Cumhuriyeti de üye devletlerden ve 108 sayılı Sözleşmenin taraflarından biri olması nedeniyle söz konusu Tavsiye Kararının muhatabıdır.

<sup>24</sup> BADUR, s. 99; KELLEHER/ MURRAY, s. 226; KUNER, Christopher/ BYGRAVE, Lee A./ DOCKSEY, Christopher: The EU General Data Protection Regulation: A Commentary, Oxford University Press, Oxford 2021, s. 97; PETKOVA, Bilyana/ BOEHM, Franziska (Edt. SELINGER, Evan/ POLONETSKY, Jules/ TENE, Omer): “Profiling and the Essence of the Right to Data Protection”, The Cambridge Handbook of Consumer Privacy, Cambridge University Press, Cambridge 2018, s. 291; WELFARE/ CAREY, s. 23.

<sup>25</sup> <https://rm.coe.int/16807096c3> (E. T. 14.04.2024)

<sup>26</sup> Resmi olmayan Türkçe çeviri metni için bkz. <https://rm.coe.int/profillemeye-uygulamalar-kapsam-nda-kisisel-verilerin-otomatik-isleme/1680a4396d> (E. T. 14.04.2024)

Anılan kararda “*Profil*” bir kişinin sınıflandırılmasını (kategorisini karakterize eden) sağlayan ve bu kişiye uygulanması amaçlanan veri dizisi; “*Profilleme*” ise özellikle kişiyle ilgili kararlar alınması ya da söz konusu kişinin kişisel tercihlerini, davranışlarını ve tutumlarını analiz veya tahmin etmek amacıyla bir profilin bir kişiye uygulanmasını içeren otomatik veri işleme (karar alma) tekniği olarak tanımlanmıştır.

Tavsiye kararının giriş kısmında, profilleme uygulamalarının, şeffaflıktan yoksun, hatta “*görünmez*” olmasının ve önceden belirlenmiş varsayımsal kuralların otomatik bir şekilde uygulanmasının sebebiyet verebileceği yanlışlıkların hak ve özgürlüklere yönelik önemli riskler yaratabileceğinin göz önünde bulundurulduğuna dikkat çekmiştir. Profillemenin -meşru şekillerde yapılsa bile- uyarı ve özel koruma tedbirleri olmadan kullanılmasının, insan onuruna, ekonomik ve sosyal haklar da dahil olmak üzere diğer temel hak ve özgürlüklere ciddi biçimde zarar verebileceği hususu, üye devletlere hatırlatılmıştır.

Tavsiye Metninin 3/A/3.5. maddesinde kendi adlarına özgür, spesifik ve bilgilendirilmiş şekilde rıza veremeyen herkesi kapsayacak bir ifadeyle, bu durumdaki kişilere yönelik profilleme uygulamaları kapsamında kişisel verilerin toplanması veya işlenmesinin, söz konusu işlemin ilgili kişinin meşru menfaatine olduğu veya üstün bir kamu yararının bulunduğu haller dışında yasaklanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. İlgili kişinin meşru menfaatinin olduğu veya üstün bir kamu yararının bulunduğu hallerde gerçekleştirilecek profillemeler için de kanunla uygun güvenceler getirilmelidir.

Profillemeye ilişkin işleme faaliyetlerinden önemli bir kısmı, kişilerin girdiği internet sitelerine yerleştirilen çerezler (cookies) aracılığıyla yapılmaktadır. İnternet sitelerine yapılan her ziyarette kişiler, ziyaret ettiği sitelerde izler bırakmaktadır. Rakam ve harflerden oluşan bu izler (çerezler) takip edilerek kişinin profili çıkarılmakta ve profillenen özellikleri doğrultusunda ilgili kişiye mal ve hizmet sağlayıcıları tarafından öneriler ve reklamlar yapılmaktadır.<sup>27</sup> Çerez kullanan siteler, hem ilgili kişiye bu

<sup>27</sup> Çerezler ve KVKK’ya uygun kullanılmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AYÖZGER ÖNGÜN, A. Çiğdem:** Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 244; **KESER, Yıldırım:** “Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza”, SÜHFD, C. 28, S. 3, Konya 2020, s. 1196; **AKSOY, Hüseyin Can/ HALICIOĞLU, Mesut:** “AB ve Türk Hukuklarında Çerezler, Kişisel”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 3, S. 1, Ankara 2021, s. 61-88; **İŞİK, Alper:** “Fransız Veri Koruma

davranışlarına dair aydınlatma yapmakta hem de her siteye girişte çerez kullanımı için rıza istenmektedir. Üstelik çoğu zaman ilgili kişiye çerezleri kabul etmeden internet sayfasının tamamını görüntüleyebilme veya sitede ziyaretini sürdürebilme imkanı da tanınmamaktadır.

Çerez kullanımına ilişkin yukarıda açıklanan şekilde alınan rızaların (yapılan aydınlatmanın, metinlerini okudum/anladım şeklinde kutucukların tıklanmasıyla sayfada ilerlenebilmesinin) KVKK kapsamında geçerli olduğu söylenemez. Buna rağmen sadece çerezlerden yola çıkarak kişinin doğrudan belirlenebilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, kişisel verilerin kullanılması anlamında rızanın alınmasının gerekli olmadığı; aksi halde gereksiz rıza yorgunluğuna sebebiyet verilebileceği de ileri sürülen görüşlerdendir.<sup>28</sup>

Buna karşılık Keser'in<sup>29</sup> de haklı olarak belirttiği üzere, çerezleri yerleştiren veri sorumlusunun ek bazı verileri kullanarak, kişilerin kimliğini belirleyebilmesi durumunda, çerezlerin ve bunlardan yola çıkılarak gerçekleştirilen profillemenin kişisel verilerin korunması hukukunun altına gireceği tartışmasızdır. Özellikle şirketlerin, çerez teknolojilerini kullanarak kullanıcıların kişisel bilgilerini elde edebildikleri ve bu bilgilerle kullanıcıları tanımlayan dijital profiller oluşturabildikleri göz önüne alındığında konunun çocuklar açısından önemi daha anlaşılır olmaktadır.

Meseleye çocukların profillenmesi açısından yaklaşıldığında, profillemeye ve otomatik karar almanın, ilgili kişi olan çocuk açısından içerdiği risklerin, bir yetişkinin ilgili kişi olmasına kıyasla daha fazla olduğunun kabulü gerekir. Bunun ilk sebebi veri sorumlusu tarafından ilgili kişi çocukken yapılan profillemenin, bu kişiyi hayatı boyunca takip etmesinin ve ömrünün yetişkinlik dönemine dair de etkiler doğurmasının mümkün olmasıdır.

Bir diğer önemli neden de çocukların rıza gösterecekleri profillemeye veya otomatik karar alma faaliyetlerinin kapsam ve sonuçlarını tam olarak algılayarak konuya ilişkin özgür iradeye dayalı rıza açıklamalarının

---

Otoritesinin (CNIL) Google Kararı ve Türk Hukuku Bağlamında Çerezler", AS-BÜHFD, C. 4, S. 2, Ankara 2022, s. 762-797; Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7353/Çerez-Uygulamaları-Hakkında-Rehber>. (E. T. 05.05.2024).

<sup>28</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **KESER**, s. 1197.

<sup>29</sup> **KESER**, s. 1197.

zorluğudur.<sup>30</sup> Örneğin çocuklar üzerinde çevrimiçi oyunlarda gerçekleştirilen profillemeye aracılığıyla, harcama yapma olasılığı en yüksek olan oyuncularını belirlemek ve onlara kişiselleştirilmiş önerilerde bulunmak veya bir pazarlama uygulaması için çocuğun olgunluğuna karşılık gelmeyen kişiselleştirilmiş duyurular sağlamak mümkündür.<sup>31</sup>

## B. Otomatik Karar Alma

Otomatik karar alma, ilgili kişinin elde edilen kişisel verilerinin, önceden belirlenmiş kriterlere dayalı olarak ve otomatik bir veri işleme sürecine tabi kılınarak, kişi hakkında bazı sonuçlara varılması şeklinde tanımlanabilir.<sup>32</sup> Otomatik karar almanın en yaygın örneklerinden biri, otomatik hız ölçümü yapılan yollarda sürücünün belli noktalardan geçiş zamanlarının hesaplanması suretiyle hızının tespit edilmesi ve sınırların üzerinde olduğuna otomatik olarak karar verilmesi halinde cezalandırılmasıdır.

Otomatik karar alma sistemlerinde yapay zekanın insan kaynakları alanında kullanıldığına da şahit olmak mümkündür. Özellikle verilen iş ilanına çok sayıda başvurunun olduğu durumlarda, adayların özgeçmişlerinin ilk elemesinin (mezun olunan Üniversite, fakülte, bölüm veya not ortalaması, iş deneyimi vb. kriterlere dayalı olarak) yapay zeka sistemli bir algoritma üzerinden yapıldığı durumlar otomatik karar alma örneği olarak düşünülebilir.

Özellikle anlaşılabilir (hatta şeffaf) olmayan algoritmalar nedeniyle ortaya çıkan veri asimetrisi, ilgili kişilerin kendi kişisel verileri üzerindeki kontrol haklarını ihlal edebilir niteliktedir. Bu durumda ilgili kişinin kişi-

<sup>30</sup> Özellikle profillemeye sonrasında, çocukların profillerine uygun reklamların -bu verilerin reklam verenlerle de paylaşılması suretiyle- profillenen çocuğun karşısına çıkarılması, akla ilk gelen sakıncalardan biridir. Diğer olumsuz etkiler için bkz. **ESEN BAYGÜNEŞ, Merve**: “Dijital Ortamda Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması”, BÜHFD, C. 7, S. 1, Ankara 2021, s. 169.

<sup>31</sup> **PERSANO, Federica**: “GDPR and Children Rights in EU Data Protection Law”, European Journal of Privacy Law & Technologies, C. 11, Özel Sayı, Torino 2020, s. 34.

<sup>32</sup> **BADUR**, s. 98; **WELFARE/ CAREY**, s. 23; **LLOYD-JONES, Heledd/ CAREY, Peter (Edt. CAREY, Peter)**: “The Rights of Individuals”, Data Protection A Practical Guide to UK and EU Law, 5. Baskı, Oxford University, Oxford 2018, s. 149; **PETKOVA/ BOEHM**, s. 286; Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, s. 6. <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en>, (E. T. 10.04.2024)

sel verilerinin işlenmesine yönelik olarak açıkladığı rıza iradesinin geçerliliği de sorgulanabilir hale gelmektedir. Özellikle algoritmik kararların kapalı (kara) kutu etkisi<sup>33</sup>, öncelikle veri sorumlusunun aydınlatmasını; sonrasında da aydınlatmaya dayalı olarak oluşturulan ve özgür iradeye dayanan rızanın geçerliliğini sakatlayan bir durum olarak ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca profillemeye veya algoritmik kararlar yaratılan durumun geri döndürülmesinin mümkün olmayabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>34</sup>

GVKT'nin 15/1/h ve 22. maddelerinde ilgili kişilerin haklarının profillemeye ve otomatik karar alma süreçlerinden korunmasına karşı etkin bir koruma sağlanmaya çalışılmıştır. İlgili kişi profillemeye de dahil olmak üzere otomatik karar alma süreçlerinin varlığı; bu işlemler sırasında benimsenen (izlenen) yönteme ilişkin anlamlı bilgiler ve söz konusu işlemin öngörülebilir sonuçlarına ilişkin bilgilendirilme hakkına sahip kılınmıştır. Ayrıca ilgili kişiye kendisiyle ilgili hukuki sonuçlar doğuran<sup>35</sup> veya benzer şekilde kendisini ciddi şekilde etkileyen<sup>36</sup> otomatik karar alma süreçlerine rızası haricinde tabi olmama hakkı tanınmıştır. Konuya ilişkin

<sup>33</sup> “Yapay zeka tarafından çıktı üretmek için girdiler üzerinde yapılacak işlemler ‘öğrenme’ adı verilen aşamada gerçekleştirilen çok sayıda istatistiksel değerlendirme sonucunda yazılım tarafından belirlendiğinden ve kullanılan tekniğe göre değişmekle birlikte özellikle gelişmiş örneklerde bu işlemler insanlar tarafından anlaşılabilir veya okunabilir olmadığından, bu modellerin üreteceği çıktılar insanlar tarafından tam anlamıyla öngörülebilir değildir. Bu durum çoğunlukla kara kutu problemi (black box problem) olarak adlandırılmaktadır.” **AKSOY RETORNAZ, Eylem/ GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: “Yapay Zekada Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulanmasındaki Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler”**, Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış, Ankara 2023, s. 414.

<sup>34</sup> **BÜYÜKSAGIŞ**, s. 535.

<sup>35</sup> İlgili kişi hakkında hukuki sonuç doğuran kararlar, kişinin hukuki hak ve yükümlülüklerini veya hukuken tabi olduğu statüyü belirleyecek etkiler içerirler. Örneğin kişinin hakkında alınan böyle bir karar sonrasında bir ülkeye giriş yapması veya bir sözleşmeye taraf olması engellenebilir. Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, s. 21, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en>, (E. T. 10.04.2024); **KUNER/ BYGRAVE/ DOCKSEY**, s. 99.

<sup>36</sup> Bu durumda alınan karar ilgili kişi hakkında hukuki sonuç doğurmasa da bu kişiyi önemli ölçüde etkilemekte yani ilgili kişinin içinde bulunduğu koşullar, sergilediği davranışlar veya yaptığı seçimler üzerinde sonuç doğuracak etkiler göstermektedir. Bu etkiden söz edilebilmesi için, kararın ilgili kişi üzerinde “uzun süreli veya kalıcı bir etkiye sahip olması ya da kişinin dışlanmasına ve/veya ayrımcılığa uğramasına yol açması” gerekir. Örneğin ilgili kişinin yapmış olduğu iş başvurusunun otomatik reddi bu



olarak dikkatli yaklaşılması gereken nokta, ilgili kişi hakkında verilecek kararın, hukuki sonuç doğurmaya benzer etkiler göstermesinin gerekli olmasıdır.

29. Madde Çalışma Grubu<sup>37</sup> olarak adlandırılan AB yetkili organının hazırladığı raporda<sup>38</sup> GVKT'nin Başlangıç kısmınının 71. paragrafından yola çıkarak çocukların profillenmeleri söz konusu olduğunda Tüzüğün 22/2. maddesinde yer verilen istisnalara<sup>39</sup> dayanılmaması yönünde görüş açıklamıştır. Başka bir ifadeyle Tüzüğün "*İlgili kişinin kendisi ile ilgili hukuki sonuçlar doğuran veya benzer biçimde kendisini kayda değer şekilde etkileyen profillenmeler de dahil olmak üzere yalnızca otomatik işleme faaliyetine dayalı bir karara tabi olmama*" hakkına ilişkin 22/1. maddesinin çocuklar söz konusu olduğunda istisnasız şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Özellikle ilgili kişilerin sigorta risk ve primlerinin belirlenmesinde, iş başvurusu yapan adayların özgeçmişlerinin incelenme ve elenmesinde, tüketici kredisi almak için başvuran kişilerle sözleşme yapılıp yapılmamasının seçilmesinde algoritmik yazılımlarla verilen otomatik kararlar

---

kapsamda değerlendirilebilir. Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, s. 22, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en>, (E. T. 10.04.2024); KUNER/ BYGRAVE/ DOCKSEY, s. 99.

<sup>37</sup> Metinde söz edilen 29. Madde Çalışma Grubu GVKT ile yürürlükten kaldırılan kişisel verilerin korunması hakkında AB Direktifinin 29. maddesiyle kurulduğundan bu adı almıştır. Açıklanan nedenle resmi isimlendirmesi "*Kişisel Verilerin İşlenmesine Dair Bireylerin Korunması Hakkında Çalışma Grubu*" olsa da; öğretici ve uygulamada "*29. Madde Çalışma Grubu (Article 29 Working Party)*" ifadesiyle kısaltılarak kullanılmaktadır. Söz konusu çalışma grubu, sadece Direktifin değil; Direktif sonrasında yürürlüğe giren GVKT'nin de üye devletler arasında yeknesak biçimde uygulamasına hizmet eden raporlar kaleme almıştır. 29. Madde Çalışma Grubu, GVKT'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, yerini GVKT'nin 94/2. maddesi uyarınca kurulan "*Avrupa Veri Koruma Otoritesine*" bırakmıştır.

<sup>38</sup> Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, s. 28, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en>, (E. T. 10.04.2024)

<sup>39</sup> GVKT'nin 22/2. maddesinde, "*ilgili kişiyle veri sorumlusu arasında bir sözleşme kurulması veya uygulanması için gerekli olması; veri sorumlusunun tabi olduğu ve ilgili kişinin hakları ile özgürlükleri ve meşru menfaatlerinin güvence altına alınması amacıyla uygun tedbirlerin de belirtildiği Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde izin verilmesi veya ilgili kişinin açık rızasına dayanması durumlarında profilleme de dahil olmak üzere otomatik karar alma süreçlerinin işletebileceği*" düzenlenmiştir.

söz konusu olmaktadır. İlgili kişiler hakkında yeni bir hukuki durum yaratan veya benzer şekilde önemli bir durum meydana getiren algoritmik kararlar, insan denetiminden geçirildikten sonra uygulamaya konmalıdır.<sup>40</sup>

### III. YAPAY ZEKA SİSTEMLERİ KULLANILARAK YAPILAN İŞLEME FAALİYETLERİNDE ÖZEN GÖSTERİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Bir veri işleme faaliyetinin yapay zeka sistemleri kullanılarak gerçekleştirilmesi halinde, ilgili kişilerin kişisel verilerinin ve özel yaşamlarının korunması, mahremiyetlerine saygı gösterilmesi açısından özen gösterilmesi gereken bazı durumlar bulunmaktadır. Bu kapsamda yapay zeka sistemleri tarafından yapılan işlemlerde, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu olan temel ilkelere uygun davranılmasının garanti altına alınması ilk gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle yapay zeka sistemleri tarafından gerçekleştirilen profillemeye ve otomatik karar alma uygulamalarında, yapay zekanın genellemelere dayalı olan önyargılı tutumlarının sonuca ulaşmak üzerindeki etkisinin önlenmesi bir zorunluluktur.

Ayrıca yapay zeka sistemleri tarafından yapılan işlemlerde kullanılan yazılımların ve algoritmaların anlaşılması ve kavranması güç olan formüller barındırması (kara kutu etkisi), ilgili kişilere bu tür işleme faaliyetlerine ilişkin olarak yapılan aydınlatmaları da zorlaştırmakta; hatta etkisiz hale getirmektedir. Aydınlatmaya ilişkin yaşanan hukuki sorunların, bu aydınlatmalara dayalı olarak alınan rızaların da hukuka uygunluğunu tartışmaya açık hale getirmesi mümkündür.

#### A. Genel İlkelere Uygun İşleme

Yapay zeka kullanılarak yapılan işleme faaliyetlerinde özen gösterilmesi gereken öncelikli husus, KVKK'nın 4. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu olan temel ilkelere uygun hareket edilmesinin sağlanmasıdır. Bu temel ilkelere göre "*kişisel verilerin işlenmesi hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun; doğru ve gerektiğinde güncel olmalı; kişisel veriler belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmeli; işlendikleri*

*amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalı; ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza” edilmelidir.*<sup>41</sup>

Bu ilkelere kişisel verilerin türleri arasında bir ayırım yapılmadan ve bu verilerin herhangi bir hukuka uygunluk sebebi uyarınca işlenmesi sırasında riayet edilmesi gerekir. Genel ilkeler verilerin işlenmesindeki her aşamayı ve her türlü veri işleme faaliyetini kapsamaktadır.<sup>42</sup> Kişisel verilerin yapay zeka tarafından işlenmesi sırasında, bu temel işleme ilkelerine uygun davranılması, veri sorumlusu tarafından gerçek kişilerin denetimine tabi kılınarak nihai bir kontrol sağlanmalıdır.

Ayrıca KVKK’da yer verilmeyen bazı başka ilkelerin GVKT’de düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan biri GVKT’nin 5/1/a maddesinde, kişisel verilerin işlenmesi ilkesi olarak açıkça kaleme alınan şeffaflık (transparency) ilkesidir. Bu ilkeyle sağlanması amaçlanan en önemli hedefin, ilgili kişinin kişisel verilerinin hangi veri sorumlusu tarafından ve hangi amaçla işlendiğinin istisnasız şekilde öğrenilebilmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir.<sup>43</sup> Özellikle yapay zeka tarafından profillemeye ve oto-

<sup>41</sup> KVKK’nın 4/2. maddesinde belirlenen ilkeler, 108 sayılı Sözleşmenin 5. maddesinde “Verilerin Niteliği” başlığı altında düzenlenen kurullarla uyumludur. 108 sayılı Sözleşmede, işlenecek kişisel verilerin “*adil bir şekilde ve yasal yoldan elde edilmesi; belirli ve meşru amaçlar için kaydedilmesi ve bu amaca aykırı kullanılmaması; kaydedilme amaçlarına uygun ve sadece gerektiği kadar verinin saklanması; verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olması; ilgili kişinin kimliğini belirtecek şekilde, ancak kaydedilme amacını sağlamak için gerekli olan süre kadar saklanması*” gerektiği düzenlenmiştir.

<sup>42</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **BADUR**, s. 114 vd; **CAREY, Peter (Edt. CAREY, Peter)**: “Data Protection Principles”, Data Protection A practical Guide to UK and EU Law, 5. Baskı, Oxford 2018, s. 32-41; **DÜLGER**, KVKH, s. 261; **OĞUZ, Sefer**: “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri”, Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi, C. 12, S. 3, Ankara 2018, s. 121-138; **KIRATLI, Metin**: “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Temel İlkeleri”, Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 219-237; **TURGUT BİLGİÇ, Ezgi**: “Genel Veri Koruma İlkelerinin Yapay Zekâ Karşısında Uygulanabilirliği Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 57, Ankara 2024, s. 247-282; **YÜCEDAĞ, Nafiye**: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 1, S. 1, Ankara 2019, s. 47-63; **BAŞKAYA, Fatma/KARACAN, Hacer**: “Yapay Zekâ Tabanlı Sistemlerin Kişisel Veri Mahremiyeti Üzerine Etkisi: Sohbet Robotları Üzerine İnceleme”, Bilişim Teknolojileri Dergisi, C. 15, S. 4, Ankara 2022 s. 481-491.

<sup>43</sup> **CAREY**, s. 33; **DÜLGER**, KVKH, s. 271; **KELLEHER/ MURRAY**, s. 139; **KUNER/ BYGRAVE/ DOCKSEY**, s. 68.

matik karar alma türünde işlemlerin yapıldığı her durumda, verisi işlenen ilgili kişilere söz konusu şeffaflık sağlanabilir olmalıdır. Bu da algoritmik kararlara dayanak teşkil eden, algoritmaların ilgili kişilerce öğrenilebilir olmasına imkan tanınmasını gerekli kılar.<sup>44</sup>

Anayasa Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında<sup>45</sup> “Kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme ve bu verilere erişme hakkı Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça öngörülmesi olan güvencelerdir. Kişisel verilerin şeffaflığı ilkesi de bu güvencelerin sağlanmasını gerektirmektedir.” ifadesini kullanmak suretiyle, KVKK’da açıkça yer verilmeyen bu ilkeye atf yapmıştır.

### B. Aydınlatma ve Rızaya İlişkin Hususlar

Kişisel verilerin yapay zeka karşısında korunması için, özellikle dikkatli olunmasını gerektiren bir diğer husus da yapay zeka sistemleri tarafından veri işleminin ilgili kişinin rızasına dayalı olarak gerçekleştirildiği durumlarda, aydınlatmaya ve rızanın serbest irade sonucunda oluşmasına özen gösterilmesi gerekliliğidir. Kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesindeki temel kural, bu işlemin ilgili kişinin rızasına dayanmasıdır. Kişisel verilerin işlenmesinde rızanın önemi, Anayasa’nın kişisel verilerin korunmasına ilişkin 20/3. maddesinde “Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.” ifadeyle yer verilen kuralda da rızaya yapılan vurgudan anlaşılabilir.

Kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesiyle ilgili temel kural KVKK’nın “Kişisel verilerin işleme şartları” kenar başlıklı 5/1. maddesinde “Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.” ifadesiyle ortaya konulmuştur. Yasa koyucu, KVKK’nın 6/3/a maddesinde de özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi açısından, ilk hukuka uygunluk sebebi olarak ilgili kişinin rızasını esas almıştır. Bir işleme türü olan kişisel verilerin ak-

<sup>44</sup> Yapay zekanın nasıl veri elde ettiğinin ve işleme sonucunda nasıl karar verdiğinin veya iç işleyişinin anlaşılabilmesi ve gözlemlenememesi “kara kutu (black box)” olarak adlandırılmaktadır. Bu terim, kişisel verilerin algoritmik hesaplama içine girmesi ve üretilen çıktının neye göre verildiğinin bilinmemesi durumunu da kapsar. Özellikle yorumlanması zor karmaşık hesaplamaları içeren yapay zeka işlemleri için geçerli olan kara kutu sorunu, yapay zekanın istenmeyen sonuçlar üretmesi halinde, bunların düzeltilmesini zorlaştırır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TURGUT BİLGİÇ**, s. 262.

<sup>45</sup> AYM, K. 2018/6161, T. 28.06.2022.

tarılması için de yasa koyucu tarafından aynı kuralın benimsenmesi suretiyle, kişisel verilerin yurt içine aktarılması için KVKK'nın 8/1. maddesinde ilgili kişinin rızası aranmıştır.

Aydınlatma sadece KVKK'nın 10. maddesi kapsamında veri sorumlusu tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük değil; aynı zamanda ilgili kişinin rızasının serbest iradeye dayalı olarak oluşmasının da önkoşuludur. Zira hangi kişisel verilerinin, hangi amaç ve yöntemlerle işleneceğini; bu işlemenin sonuçlarını ve olası etkilerini aydınlatma sayesinde öğrenen bir kişi bu faaliyeti açıklayacağı rıza iradesi ile hukuka uygun kılabilir.

Kurul<sup>46</sup> aydınlatmayı, “veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilirliği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ile ilgili kişinin diğer haklarının neler olduğu konusunda kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi tarafından ilgili kişiye yapılan bilgilendirme” olarak tanımlamıştır. Aydınlatma yükümlülüğünün temelinde şeffaflık ilkesinin yer aldığı söylenmesi de mümkündür.<sup>47</sup> Veri işleme süreci ne kadar teknik, kapsamlı ve karmaşıkça, veri sorumlusunun bilgilendirme yükümlülüğü aynı oranda ciddileşir.<sup>48</sup>

Kişisel verilerin yapay zeka sistemleri aracılığıyla işlenmesi halinde, ortaya çıkan başlıca güçlük aydınlatmaya ilişkin olmaktadır. Yapay zeka sistemlerinin kara kutu etkisi, aydınlatmanın içeriğinin anlaşılabilirliğini düşürmekte; bu da işlemeye ilişkin rıza açıklamalarının serbest irade

<sup>46</sup> Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, s. 104. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu> (E. T. 04.06.2024)

<sup>47</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AŞIKOĞLU, Şehriban İpek:** “Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü -Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda-”, KVKKD, C. 1, S. 2, Ankara 2019, s. 43. “Kullandığı veya maruz kaldığı teknolojinin nasıl çalıştığı konusunda bilgi sahibi olmayan bir kişinin verilerinin işlenmesiyle ilgili nasıl bir risk değerlendirmesi yapıp rızasını ona göre verebileceği önemli bir sorudur.” **GÜLTEKİN VARKONYİ, Gizem:** “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Kapsamında Gerçek Kişilerin Kişisel Sosyal Robot Kullanımından Doğabilecek Sorumluluklar”, KVKKD, C. 2, S. 2, Ankara 2020, s. 19-29.

<sup>48</sup> **BADUR**, s. 153.

sonucu oluşmaması (sakatlanması) ihtimalini yükseltmektedir. Özelikle yapay zeka sistemleri tarafından yapılan işlemlerde, ilgili kişilerin hangi verilerinin hangi amaçlarla işlendiğine yönelik şeffaflığın sağlanması hukuka ve dürüstlük kurallarına uygunluğa, ölçülülüğe ve hesap verebilirliğe bağlı kılınması için zorunlu görülmektedir.

Yapay zeka sistemleri aracılığıyla işlenen kişisel verilere yönelik yapılan aydınlatmada amaç doğru şekilde belirlenmiş olsa bile amacın ilgili kişiye sunulmasında kullanılacak olan dilin anlaşılabilir olmasına ayrıca özen gösterilmelidir.<sup>49</sup> Kurul tarafından hazırlanan yapay zeka sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilen veri işleme faaliyetine yönelik Tavsiyelerde<sup>50</sup> de “Uygulama ile etkileşime giren kişiler, kişisel veri işleme faaliyetinin gerekçeleri, kişisel verilerin işlenmesinde kullanılan yöntemlerin detayları ile muhtemel sonuçları hakkında aydınlatılmalı ve gerekli haller için etkili bir veri işleme onay mekanizması tasarlanmalıdır.” ifadesiyle hukuka uygun işleme açısından aydınlatma ve rızanın önemine dikkat çekilmiştir.

GVKT'nin 35/1. maddesinde “Veri koruma etki değerlendirmesi” kenar başlığı altında düzenlenen hükümde “**Özellikle yeni teknolojiler kullanıldığında ve işleme faaliyetinin mahiyeti, kapsamı, bağlamı ve amaçları dikkate alındığında bir işleme türünün gerçek kişilerin hakları ve özgürlükleri açısından yüksek bir riske sebebiyet vermesinin muhtemel olduğu hallerde veri sorumlusu, işleme faaliyetinden önce, öngörülen işleme faaliyetlerinin kişisel verilerin korunmasına olan etkisine ilişkin bir değerlendirme yapar.**” ifadesi kullanılmıştır.

KVKK'da karşılığı bulunmayan bu hüküm gereğince yapay zeka sistemlerini kullanarak işleme faaliyetinde bulunan veri sorumluları, işleme sürecin gerekliliğini, kapsamını, süresini, hukuka uygunluk sebep-

<sup>49</sup> Örneğin çevrim içi video platformunun yapay zeka sistemi kullanarak yürüttüğü işleme faaliyetine yönelik olarak “yapay sinir ağları ve derin öğrenme yöntemleri kullanılarak oluşturulacak istatistiksel çıktılar ile kişilerin ilgi alanları ve izleme geçmişi arasındaki bağlantının hesaplanması sonrasında en ilgili olan içeriklerin belirlenmesi ve uygulama ara yüzünde ilgi derecesine göre kullanıcıya sunulması” ifadesiyle yaptığı aydınlatma, ilk bakışta belirlilik açısından uygun görülebilse de; ifadenin içerdiği teknik terimler ve uzunluğu sebebiyle ilgili kişinin kafasının karışması sonucunu doğurabilecek ve aydınlatma amacına ulaşamayacaktır. AKSOY RETORNAZ/ GÜÇLÜTÜRK, s. 430.

<sup>50</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zeka-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasına-Dair-Tavsiyeler> (E. T. 06.05.2024)

lerini, orantılılığını, şeffaflığını ve işlemenin sonuçlarını kullanılan teknolojinin etkisini de göz önünde bulundurarak, ilgili kişilerin hak ve özgürlüklerine ilişkin oluşabilecek riskler açısından değerlendirmekte ve bu riskleri minimize etmeye yoğunlaşmaktadırlar. Türk Hukuku açısından da yapay zeka sistemleri kullanarak veri işleyen veri sorumluları, veri koruma etki değerlendirmesi yaparak; kişisel verilerin işlenmesinden önce işlemeye risklerin ve bunları minimize edecek tedbirlerin belirlenmesini sağlayabilirler.<sup>51</sup>

Öğretide<sup>52</sup> yapay zeka sistemlerinin geldiği seviye itibarıyla, yapay zekanın kişisel veri olarak nitelenemeyen verilerden veya anonimleştirilmiş verilerden yola çıkarak yürüttüğü faaliyet sonucunda kişisel veri üretmesinin de mümkün olduğu hususuna dikkat çekilmektedir. Üstelik böyle bir durumda işlenen ve ilgili kişileri doğrudan belirlenebilir kılan olası tahminler karşısında bu kişilerin korunma yöntemlerine ilişkin belirsizlikler bulunmaktadır. Bu durum, yapay zeka sistemleri karşısında, kişisel verilerin anonimleştirilmesini etkisizleşmesi sonucunu doğurmaya elverişlidir.

### C. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun Tavsiye Metni

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken son nokta, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından hazırlanan “*Yapay Zeka Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler*”<sup>53</sup> adlı rehberdir. Anılan metinde Kurul tarafından yapılan tavsiyeler, “*Genel Tavsiyeler*”; “*Geliştiriciler, Üreticiler ve Servis Sağlayıcılar İçin Tavsiyeler*” ve “*Karar Alıcılar İçin Tavsiyeler*” olarak ayırlamaya tabi kılınmıştır.

<sup>51</sup> **BURHAN, Begüm Tuğçe:** “Yapay Zekâ Sistemlerinde Veri Koruma Yaklaşımları”, *Kişisel Verilerin Korunmasına Uzman Bakış*, Ankara 2023, s. 434.

<sup>52</sup> **ABUDUREYIMU, Yiliyaer/ OĞURLU, Yücel:** “Yapay Zeka Uygulamalarının Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Doğurabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 20, S. 41, İstanbul 2021, s. 774; **ÇAVUŞOĞLU, Gökçe Filiz:** *Kişisel Verilerin Yapay Zekayla İşlenmesinden Doğan Özel Hukuk Sorunları, Yetkin Yayınları*, Ankara 2021, s. 78; **KOTİL ÖĞRETMEN, Zeynep:** *Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Yapay Zeka*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 87; **NARBAY, Şafak/ KIRAZLI, Şerife Nur:** “Otonom Araçlarda Yapay Zeka, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Sonuçları”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, Sakarya 2023, s. 51.

<sup>53</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zeka-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasına-Dair-Tavsiyeler> (E. T. 06.05.2024)

Genel Tavsiyeler kısmında yapay zeka uygulamalarının geliştirilmesi ve uygulanması sürecinde ilgili kişilerin temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi, insan hakları ve temel özgürlüklerin özellikle de insan onurunun korunmasının gözetilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Yapay zeka sistemleriyle kişisel verilerin işlendiği hallerde veri toplama çalışmalarının kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan bir yaklaşım içerisinde genel veri işleme ilkelerine uyularak, veri güvenliği yaklaşımına riayet edilerek gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kurula göre yapay zeka sistemleri aracılığıyla kişisel verilerin işlenmesinde, potansiyel risklerin önlenmesi ve azaltılması üzerine odaklanan, insan haklarını, demokrasinin işleyişini, sosyal ve etik değerleri de göz önünde bulduran bir bakış açısı benimsenmelidir.

Yapay zekanın kullanıldığı işleme faaliyetlerinde de “kontrol prensibinden”<sup>54</sup> ödün verilmemelidir. Kişisel veri işleme temelli yapay zeka çalışmalarında, kişisel verilerin korunması açısından yüksek risk öngörülüyorsa, mahremiyet etki değerlendirmesi uygulanmalı ve veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğuna bu çerçevede karar verilmelidir. Yapay zeka sistemleri geliştirilirken ve uygulanırken özel nitelikli kişisel veriler de işleniyorsa hem bu tür veriler için geçerli olan hukuka uygunluk sebeplerine hem de teknik ve idari tedbirlere daha sıkı şekilde uyulmalıdır. Yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi ve uygulanmasında aynı sonuca kişisel veri işlenmeksizin ulaşılabiliyorsa; verilerin anonim hale getirilmesi sağlanmalıdır.

Rehberin, “Geliştiriciler, Üreticiler ve Servis Sağlayıcılar İçin Tavsiyeler” kısmında yapay zeka sistemlerinin tasarımında, ulusal ve uluslararası normlara uygun ve kişisel veri mahremiyetini esas alan bir yaklaşımın benimsenmesi; uygun risk önleme ve azaltma tedbirlerine uyulması; kişisel verilerin elde edilmesinden başlayarak işlemenin her aşamasında, temel hak ve özgürlüklerin gözetilmesi ve ilgili kişiler hakkında oluşabilecek ayrımcılık riski veya önyarguların önlenmesi gerekliliklerine vurgu

<sup>54</sup> İlgili kişinin, kendisine ait kişisel veriler üzerinde sahip olduğu hak, kişisel verilerinin işlenmesi sürecinde belirleyici olma yetkisinin de bu kişide olmasını gerekli kılmaktadır. Kişinin rıza vermek (veya esirgemek ya da geri almak) suretiyle verileri üzerinde sahip olduğu yetkiye “kontrol prensibi” adı da verilmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. LAZARO, Christophe/ LE METAYER, Daniel: “Control Over Personal Data: True Remedy of Fairy Tale”, SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society, C. 12, S. 1, 2015, [https://script-ed.org/wp-content/uploads/2015/06/lazaro\\_metayer.pdf?d=11192022](https://script-ed.org/wp-content/uploads/2015/06/lazaro_metayer.pdf?d=11192022). (E. T. 10.06.2024); Badur, s. 133.



yapılmıştır. Yapay zeka sistemlerini geliştiren, üreten veya servis sağlayanlar veri minimizasyonunu gerçekleştirmeli ve geliştirilen modelin doğruluğunu sürekli şekilde izlenmelidirler. Özellikle bağlamından koparılmış algoritma<sup>55</sup> modelleri, bireyler ve toplum üzerinde olumsuz etkilere sebep olma riski açısından dikkatle değerlendirilmelidir.

Yapay zeka sistemlerini geliştiren, üreten veya servis sağlayanlar bu sistemlerin kişisel verileri analiz etme ve kullanma gücünü göz önünde bulundurarak, ilgili kişilerin ulusal ve uluslararası mevzuattan doğan haklarını korumalıdır. İlgili kişilerin otomatik işlemeye dayalı olarak kendilerini etkileyecek bir karara maruz kalmamalarını sağlayacak ürün ve hizmetlerin tasarlanmasına özen gösterilmelidir. Ayrıca Kurul tarafından kişilerin yapay zeka sistemleriyle sunulan önerilerin sonucuna güvenmeme özgürlüğünün korunması hususuna vurgu yapılmış ve algoritmaların veri koruma hukuku yönünden hesap verebilir nitelikte olmasının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. İlgili kişilere veri işlemeyi durdurabilme hakkı tanınmalı ve yapay zeka sistemleri açısından da kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesinin yolları tasarlanmalıdır.

Son olarak Kurul, “*Karar Alıcılar İçin Tavsiyeler*” başlığı altında “*hesap verebilirlik ilkesine*”<sup>56</sup> vurgu yapmış ve işlemenin tüm aşamalarında bu ilkenin gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Karar alıcılar, yapay zeka sistemlerinin farklı bir bağlam veya amaç için kullanılıp kullanılmadığını izlemek üzere yeterli kaynak ayırmalı ve özellikle karar alma süreçlerinde insan müdahalesinin rolünü tesis etmelidir. Bireylerin, yapay zeka uygulamaları ile sunulan önerilerin sonucuna güvenmeme özgürlüğü korunmalıdır. Ayrıca ilgili kişilerin yapay zeka sistemlerini ve etkilerini anlama konusunda farkındalığının artırılması amacıyla dijital okuryazarlık ve eğitim kaynaklarına yatırım yapılmalıdır.

<sup>55</sup> “Bağlamından koparılmış algoritma, başlangıçta belirli bir yapay zeka modeli için tasarlanmış algoritmaların amacı dışında farklı bir amaç ya da yapay zeka modelinde kullanılmasını ifade eder.”

<sup>56</sup> GVKT'nin 5/2/g maddesinde veri sorumlusunun tüm ilkelere uygun davranmakla yükümlü olduğu ve ilkelere uygun davranmadığı durumlarda sorumluluğunun gündeme geleceği belirtilmiştir. Bu ilke, hesap verebilirlik ilkesi olarak anılmaktadır.

## D. AB Yapay Zeka Tüzüğü

Bu başlık altında incelenmesi gerekli görülen temel hukuki düzenleme Avrupa Birliği (AB) Hukukuna ilişkindir. AB Komisyonu yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanılmasına ilişkin bir hukuki çerçeve düzenlemek amacıyla AB Yapay Zeka Tüzüğü Teklifi metnini 21.04.2021 tarihinde açıklamış ve AB Yapay Zeka Tüzüğü (AI Act) 13.06.2024 tarihinde AB Parlamentosu ve AB Konseyi'nce resmi olarak kabul edilerek; 01.08.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>57</sup> Anılan Tüzük, Türk Hukuku yönünden bağlayıcılık taşımamakla birlikte; yapay zeka sistemlerine ilişkin hukuki düzenleme yapılması ve bu kapsamda kişisel verilerinde yapay zeka karşısında korunmasına ilişkin hükümler barındırması açısından önemli bir adımdır.<sup>58</sup>

Tüzüğün temel konusunu yapay zeka sistemleri oluşturmaktadır. Tüzüğün tanımlara ilişkin 3/1. maddesinde yapay zeka sistemi, *“değişen seviyelerde özerklikle çalışmak üzere tasarlanmış, kurulundan sonra uyarlanabilirlik gösterebilen ve açık veya örtülü hedefler için, aldığı girdiden, fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktılarını nasıl üreteceğini çıkaran makine tabanlı bir sistem”* olarak tanımlanmıştır. Tüzükte yapay zeka sistemleri risk tabanlı bir yaklaşımla *“kabul edilemez riskli, yüksek riskli, sınırlı riskli ve düşük riskli”* olmak üzere dört kategoriye ayrılmıştır.

AB bu düzenleme ile yapay zeka teknolojilerinin Avrupa değerlerini, demokratik toplum yapısını ve temel hakları ihlal etmeden ekonomiye ve topluma saptayacağı katkıları en üst seviyeye taşımaya hedeflemektedir. Bu çerçevede risk temelli bir yaklaşımla hazırlanan metin, topluma zarar verme potansiyeli yüksek olan insan davranışlarını yönlendirme, insanların zafiyetlerini kullanma veya biyometrik sınıflandırma

<sup>57</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L\\_202401689](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401689) (E. T. 06.11.2024). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru**: “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış”, TAAD, C. 13, S. 51, Ankara 2022, s. 19-46.

<sup>58</sup> Tüzük tarafından getirilen yapay zeka sistemleri ile ilgili düzenlemeler, AB pazarına sunulan veya kullanması AB’de bulunan kişileri etkileyen mal ve hizmetler açısından, AB içinde yerleşik olan ve olmayan tüm kamu ve özel sektör kişileri açısından bağlayıcı niteliktedir (Tüzük md. 2). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AK-SOY, Yapay Zeka**, s. 218.

gibi işlemlere sahip yapay zeka sistemlerinin kullanımını yasaklamaktadır.

Tüzüğün Giriş kısmının 69. paragrafında özel hayatın ve kişisel verilerin korunması hakkının, yapay zeka sistemlerinin tüm yaşam döngüsü boyunca garanti altına alınması gerektiği kaleme alınmıştır. Bu bağlamda, GVKT'de belirtildiği gibi, veri minimizasyonu ve tasarımla ve varsayılan olarak veri koruma ilkeleri, kişisel veriler yapay zekayla işlendiğinde de geçerlidir. Bu ilkelere uyumu sağlamak için yapay zeka sağlayıcıları tarafından alınan önlemler, yalnızca anonimleştirme ve şifrelemeyi değil; aynı zamanda algoritmaların kişisel verilere uygulanmasına izin veren ve bu Tüzükte öngörülen veri yönetimi gerekliliklerini ihlal etmezsiniz, ham veya yapılandırılmış kişisel verilerin aktarımı veya kopyalanması olmaksızın yapay zeka sistemlerinin eğitilmesine izin veren teknolojinin kullanımını da içerebilir.

Tüzüğün 10/5. maddesinde yüksek riskli yapay zeka sistemleri açısından, özel nitelikli kişisel verilerin yapay zeka sistemlerinde kullanılmasına, önyargının tespiti ve düzeltilmesi için izlenmesi gerekli olduğu ölçüde ve gerçek kişilerin temel hak ve özgürlükleri için uygun güvencelere tabi kılınması şartıyla izin verilmiştir. Bu durumda bile özel nitelikli kişisel veriler işlenirken, veri güvenliğine özel önem verilecek; bu veriler başka aktarılmayacak veya başka bir şekilde yetkisiz kişilerce erişilemeyecek halde saklanacaktır. Madde kapsamında işlenen özel nitelikli kişisel veriler, yanlışlık düzeltildiğinde veya kişisel veriler saklama süresinin sonuna geldiğinde (hangisi önce gerçekleşirse) silinecektir.

Tüzüğün Giriş kısmının 54. paragrafında biyometrik verilerin özel nitelikli kişisel veriler arasında da hassas bir niteliğe sahip olduklarının altı çizilerek, ilgili Birlik hukuku ve ulusal hukuk kapsamında kullanımlarına izin verildiği ölçüde, biyometrik sistemlerin yüksek riskli olarak sınıflandırılması uygun bulunmuştur. Gerçek kişilerin uzaktan biyometrik tanımlanmasına yönelik yapay zeka sistemlerinin teknik yanlışlıklarının, yanlış sonuçlara yol açabileceği ve ayrımcı etkiler doğurabileceği belirtilmiştir. Bu tür yanlış sonuçlar ve ayrımcı etkilere dair riskler özellikle yaş, etnik köken, ırk, cinsiyet veya engellilikle ilgilidir. Bu nedenle uzaktan

biyometrik tanımlama sistemleri, oluşturdukları riskler göz önünde bulundurularak yüksek riskli olarak sınıflandırılmalıdır.<sup>59</sup>

Tüzüğün 50/2. maddesi gereğince yapay zeka sistemleri aracılığıyla duygu tanıma yapılması veya biyometrik kişisel verilerin kullanılması suretiyle sınıflandırma gerçekleştirilmesi halinde, buna maruz kalan gerçek kişiler sistemin işleyişi hakkında bilgilendirecektir.<sup>60</sup>

## SONUÇ

Yapay zeka sistemleri vasıtasıyla kişisel verilerin işlenmesinin olası riskler barındırdığı yönünde genel bir kabul bulunmaktadır. Yapay zeka sistemlerinin kişisel verilerini işlediği ilgili kişilere yönelik olarak ayrımcılık yapılması endişesi başta olmak üzere, kişisel veri gizliliğinin ihlali, veri minimizasyonu ilkesinin göz ardı edilmesi, şeffaflık ve hesap verilebilirlik gibi temel veri işleme ilkelerine riayet edilememesi gibi kişisel verilerin hukuka uygun şekilde işlenmesi için gerekli olan hususların ayrıca dikkate alınması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Yapay zeka karşısında kişisel verilere etkin koruma sağlanabilmesinin önündeki bir diğer engel, yapay zeka sistemlerinin işleyişine dair bilgilerin kapalı kutu yapısında olmasındadır. Başka bir ifadeyle yapay zekanın hangi kişisel verileri hangi algoritmalara tabi tutarak işlediği ve ne gibi bileşenlerin etkisiyle kişisel veri niteliği taşıyan hangi sonuçlara ulaştığı anlaşılması zor süreçler içermektedir. Bu durum yapay zeka sistemleri vasıtasıyla yapılan işleme faaliyetlerinin hukuka aykırılık barındırıp barındırmadığı konusunda belirleme zorlukları yaratmaktadır.

Kişisel verilerin yapay zeka sistemleri vasıtasıyla işlenmesindeki temel hukuki meselelerden bir diğeri de yine kapalı kutu etkisiyle bağlantılı olana aydınlatma ve rıza sorunlarıdır. Veri sorumluları tarafından karmaşık algoritmalara dayalı yapay zeka sistemleri aracılığıyla işlenen kişisel

<sup>59</sup> Bu sınıflandırma, kimlik doğrulama da dahil olmak üzere biyometrik doğrulama için kullanılması amaçlanan ve tek amacı belirli bir gerçek kişinin iddia ettiği kişi olduğunu teyit etmek ve bir hizmete erişim sağlamak, bir cihazın kilidini açmak veya tesislere güvenli erişim sağlamak amacıyla gerçek bir kişinin kimliğini doğrulamak olan yapay zeka sistemlerini hariç tutmaktadır.

<sup>60</sup> Ancak bu yükümlülük, üçüncü tarafların hakları ve özgürlükleri için uygun güvençelere tabi olarak ve AB yasalarına uygun olarak, cezai suçları tespit etmek, önlemek veya araştırmak için yasalarca izin verilen biyometrik sınıflandırma ve duygu tanıma için kullanılan yapay zeka sistemleri açısından geçerli olmayacaktır.

verilere yönelik aydınlatma yükümlülüğünün ifası sırasında, bu algoritmaların işleyiş mantığının (veya programının ya da yöntemin) ilgili kişilere -kural olarak onların da anlayabileceği ifadelerle- açıklanması gerekmektedir.

Yapay zeka sistemleri kullanılarak gerçekleştirilmesi muhtemel kişisel veriler henüz elde edilirken, bu duruma ilişkin yukarıda belirtilen şekilde aydınlatma yapıldıktan sonra; ilgili kişilerin kişisel verilerinin bu şekilde işlenmesine rıza göstermelerine imkan tanınmalıdır. Hatta bu noktada ilgili kişilerin, veri sorumlusu tarafından kişisel verilerinin, yapay zeka sistemleri marifetiyle işlenip işlenmemesine yönelik ayrı ayrı rıza verebilmelerine olanak tanınmalıdır.

## KAYNAKÇA

- ABUDUREYIMU, Yiliyaer/ OĞURLU, Yücel:** "Yapay Zeka Uygulamalarının Kişisel Verilerin Korumasına Dair Doğurabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 20, S. 41, İstanbul 2021, s. 765-782.
- AKSOY, Ecem:** Yapay Zeka'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022. (Yapay Zeka)
- AKSOY, Hüseyin Can:** Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2016. (KVKK)
- AKSOY, Hüseyin Can:** "Kişisel Verilerin Korunması Yönüyle Algoritmik Karar Verme", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 4, S. 2, Ankara 2022, s. 69-87. (Algoritmik)
- AKSOY, Hüseyin Can/ HALICIOĞLU, Mesut:** "AB ve Türk Hukuklarında Çerezler, Kişisel", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 3, S. 1, Ankara 2021, s. 61-88.
- AKSOY RETORNAZ, Eylem/ GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi:** "Yapay Zekada Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulanmasındaki Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler", Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış, Ankara 2023, s. 413-438.
- AŞIKOĞLU, Şehriban İpek:** "Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü -Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda-", KVKKD, C. 1, S. 2, Ankara 2019, s. 41-65. (Aydınlatma)
- AŞIKOĞLU, Şehriban İpek:** Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018. (Büyük Veri)
- AYÖZGER ÖNGÜN, A. Çiğdem:** Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- BADUR, Emel:** Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması -KVKK, GVKT ve AİHM Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme-, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

**BAŞAR, Cemal:** Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

**BAŞKAYA, Fatma/KARACAN, Hacer:** “Yapay Zekâ Tabanlı Sistemlerin Kişisel Veri Mahremiyeti Üzerine Etkisi: Sohbet Robotları Üzerine İnceleme”, Bilişim Teknolojileri Dergisi, C. 15, S. 4, Ankara 2022 s. 481-491.

**BULUT, Metin:** “Özel Bir Hukuksal Koruma ve Veri Kategorisi Alanı: Hassas Kişisel Veriler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Ankara 2020.

**BURHAN, Begüm Tuğçe:** “Yapay Zeka Sistemlerinde Veri Koruma Yaklaşımları”, Kişisel Verilerin Korunmasına Uzman Bakış, Ankara 2023, s. 429-444.

**BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem:** “Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı”, YÜHFD, C. XVIII, S. 2, İstanbul 2021, s. 529-541.

**CAREY, Peter (Edt. CAREY, Peter):** “Data Protection Principles”, Data Protection a Practical Guide to UK and EU Law, 5. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2018, s. 32-41.

**CAYGIN, Fatmanur/ YAVUZ, Can:** “Yapay Zeka ve Çocuk Haklarına Kısa Bir Bakış”, İBD, C. 94, S. 3, İstanbul 2020, s. 218-229.

**ÇAVUŞOĞLU, Gökçe Filiz:** Kişisel Verilerin Yapay Zekayla İşlenmesinden Doğan Özel Hukuk Sorunları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

**ÇEKİN, Mesut Serdar:** Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

**DÜLGER, Murat Volkan:** “Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 142, Ankara 2018, s. 82-87. (Yapay Zeka)

**DÜLGER, Murat Volkan:** Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul 2020. (KVKH)

**DÜLGER, Murat Volkan:** "Algoritmik Karar Verme ve Veri Koruması", [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3792207](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792207). (E. T. 08.11.2024) (Algoritmik)

**ERDOĞAN, İrmak:** Yapay Zeka ve Profilleme Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**ESEN BAYGÜNEŞ, Merve:** "Dijital Ortamda Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması", BÜHFD, C. 7, S. 1, Ankara 2021, s. 165-182.

**GÜLTEKİN VARKONYİ, Gizem:** "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Kapsamında Gerçek Kişilerin Kişisel Sosyal Robot Kullanımından Doğabilecek Sorumluluklar", KVKD, C. 2, S. 2, Ankara 2020, s. 19-29.

**HİZARCI, Emine:** 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

**IŞIK, Alper:** "Fransız Veri Koruma Otoritesinin (CNIL) Google Kararı ve Türk Hukuku Bağlamında Çerezler", ASBÜHFD, C. 4, S. 2, Ankara 2022, s. 762-797.

**KAYA, İslam Safa/ TOLUN, Yüksel:** Türkiye'de ve Avrupa'da Kişisel Verilerin İşlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

**KELLEHER, Denis/ MURRAY, Karen:** EU Data Protection Law, Bloomsbury, London 2019.

**KESER, Yıldırım:** "Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza", SÜHFD, C. 28, S. 3, Konya 2020, s. 1181-1215.

**KIRATLI, Metin:** "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Temel İlkeleri", Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 219-237.

**KOTİL ÖĞRETMEN, Zeynep:** Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Yapay Zeka, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

**KUNER, Christopher:** European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, Oxford University Press, 2. Baskı, Oxford 2007.



**KUNER, Christopher/ BYGRAVE, Lee A./ DOCKSEY, Christopher:** The EU General Data Protection Regulation: A Commentary, Oxford University Press, Oxford 2021.

**LAZARO, Christophe/ LE METAYER, Daniel:** "Control Over Personal Data: True Remedy of Fairy Tale", SCRIPTed: A Journal of Law, Technology and Society, C. 12, S. 1, 2015, [https://scripted.org/wp-content/uploads/2015/06/lazaro\\_metayer.pdf?d=11192022](https://scripted.org/wp-content/uploads/2015/06/lazaro_metayer.pdf?d=11192022). (E. T. 10.06.2024)

**LLOYD-JONES, Heledd/ CAREY, Peter (Edt. CAREY, Peter):** "The Rights of Individuals", Data Protection A practical Guide to UK and EU Law, 5. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2018, s. 122-154.

**MACMILLAN, Mac (Edt. USTARAN, Eduardo):** "Data Protection Concepts", European Data Protection Law and Practice, 3. Baskı, IAPP Publication, 2023, s. 81-105.

**NARBAY, Şafak/ KİRAZLI, Şerife Nur:** "Otonom Araçlarda Yapay Zeka, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Sonuçları", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, Sakarya 2023, s. 49-66.

**OĞUZ, Sefer:** "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri", Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi, C. 12, S. 3, Ankara 2018, s. 121-138.

**ÖZDEMİR, Hayrunnisa:** Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

**ÖZER DENİZ, Miray:** Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bundan Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.

**ÖZGÜL, Nurullah:** "İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde Yeni Bir Sorun Alanı: Algoritmik Profillemeye", Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, C. 5, S. 9, s. 83-115.

**ÖZKAN, Oğulcan:** Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

**PEKMEZ, Cüneyt:** "Overview of the Definitions of Data Controller and Data Processor within the Scope of The Turkish Code of Personal

Data Protection (TCDP)", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, S. 67, İstanbul 2019, s. 59-71.

**PERSANO, Federica:** "GDPR and Children Rights in EU Data Protection Law", *European Journal of Privacy Law & Technologies*, C. 11, Özel Sayı, Torino 2020, s. 32-42.

**PETKOVA, Bilyana/ BOEHM, Franziska (Edt. SELINGER, Evan/ POLONETSKY, Jules/ TENE, Omer):** "Profiling and the Essence of the Right to Data Protection", *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, Cambridge University Press, Cambridge 2018 s. 285-300.

**TAŞTAN, Furkan Güven:** *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

**TEKİNOĞLU, Dilara:** *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Açısından Mobil Uygulamalarda Konum Gizliliği*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

**TURGUT BİLGİÇ, Ezgi:** "Genel Veri Koruma İlkelerinin Yapay Zekâ Karşısında Uygulanabilirliği Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 57, Ankara 2024, s. 247-282.

**WELFARE, Damien/ CAREY, Peter (Edt. CAREY, Peter):** "Territorial Scope and Terminology", *Data Protection A practical Guide to UK and EU Law*, 5. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2018, s. 1-31.

**YÜCEDAĞ, Nafiye:** "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 1, S. 1, Ankara 2019, s. 47-63.

**YÜKSEL, Armağan Ebru:** "Avrupa Komisyonu'nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış", *TAAD*, C. 13, S. 51, Ankara 2022, s. 19-46.

## SÜRESİ İÇERİSİNDE YENİLENMEYEN MARKANIN AKİBETİ

Bahaeddin BERBER\*

### Öz

Teşebbüsler, mal ve hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamak amacıyla markalarını kullanmaktadırlar. Marka hakkı, on yıllık süre ile korunmaktadır. Ancak patent, faydalı model ve tasarımdan farklı olarak koruma süresi onar yıllık sürelerle uzatılabilmektedir. Marka sahibi, belirtilen süreler içerisinde markasını yenilemediği takdirde marka hakkı ileriye etkili olarak sona ermektedir. Kanun koyucu, marka hakkı yenilenmeme sebebiyle sona eren eski marka sahibine, eski markası ile aynı veya benzer ve aynı veya benzer mal ve hizmetler açısından yapılacak başvurulara itiraz edebilme hakkı tanımıştır. Çalışmada eski marka sahibinin, yeni marka başvurusuna itiraz hakkı ve yenilenmeme sebebiyle sona eren markanın davalar ile lisans sözleşmesine etkisi ele alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler

• Marka • Yenileme • Hükümsüzlük • Markaya Tecavüz • Lisans Sözleşmesi

\* KTO Karatay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli YL Öğrencisi, Konya, Türkiye | KTO Karatay University, LLM Student in Private Law, Konya, Türkiye.

✉ berberbahaeddin@gmail.com • ORCID 0009-0008-3825-6438.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BERBER, Bahaeddin: "Süresi İçerisinde Yenilenmeyen Markanın Akıbeti", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2561-2580.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## FATE OF A TRADEMARK THAT IS NOT RENEWED IN DUE PERIOD

### Abstract

Undertakings use trademarks to distinguish their goods and services from those of other undertakings. The trademark right is protected for a period of ten years. However, unlike patents, utility models and designs, the protection period can be extended for a period of ten years. If the trademark owner fails to renew the trademark within the specified periods, the trademark right expires with prospective effect. The legislator has granted the former trademark owner, whose trademark right has expired due to non-renewal, the right to object to applications for the same or similar signs that are used in respect to (or applied for) same or similar goods and services as the former trademark. In this study, the right of the former trademark owner to object to the new trademark application and the effect of the trademark expired due to non-renewal on lawsuits and license agreements are discussed.

### Keywords

• Trademark • Renewal • Nullity • Trademark Infringement • Licence Agreement

### GİRİŞ

Teşebbüsler, mal ve hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamak amacıyla işaretler kullanmaktadır. İşaretler, ayırt ediciliğe haiz ve sicilde gösterilebilir nitelikte ise marka olarak tescil edilebilir. Tescilli markalar, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m.23/1 gereğince on yıl süre ile korunmaktadır. Marka hakkının koruma süresi onar yıllık sürelerle ilanihaye uzatılabilmektedir. Markanın yenilenmesi, yenileme talebi ve ücretin ödendiğine dair belgenin koruma süresinin sona ermesinden önceki altı ay içerisinde TÜRKPA-TENT'e sunulması ile mümkündür. Koruma süresi sona erdikten sonra ise; altı aylık dönem içerisinde ek ücret ödemek suretiyle marka yenilenebilir. Yenileme işlemi yapılmadığı takdirde marka hakkı ileriye etkili olarak sona ermektedir.

Kanun koyucu, yenilenmeme sebebiyle marka hakkı sona eren eski marka sahibine, eski markasıyla aynı veya benzer ve aynı veya benzer mal veya hizmetler için yapılacak marka başvurularına itiraz hakkı tanımıştır. Ancak bu hak iki yıllık süre ve kullanım şartı ile sınırlandırılmıştır.

Ortak veya garanti markaları açısından bu süre üç yıl olup kullanım şartı da aranmamaktadır.

Marka hakkı, iradi olarak yenilenmeyebilir. Ancak bilgisizlik veya ihmâl neticesinde de markanın yenilenmemesi söz konusu olabilir. Bu hâlde eski marka sahibinin haklarının çerçevesi daha büyük önem kazanmaktadır. Bu kapsamda eski marka ile aynı veya benzer marka tescil başvuruları, eski markaya ilişkin markaya tecavüz, markanın hükümsüzlüğü ve markanın iptali davaları açısından ne tür sonuçlarının olacağı bu çalışmada ele alınmıştır. Ek olarak markanın yenilenmemesinin lisans sözleşmelerine etkisi de incelenmiştir.

## I. GENEL OLARAK MARKA VE KORUMA SÜRESİ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m.4'e göre marka, teşebbüslerin<sup>1</sup> mal ve hizmetlerinin birbirinden ayrılmasını sağlayan ve sicilde gösterilebilir nitelikte olan her türlü işarettir<sup>2</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı üzere markadan bahsedebilmek için öncelikle bir işaretin bulunması gerekmektedir. İşaret ifadesi sözlükte *"bir anlam yükletilen ve bir şeyi bildirmeye, anlatmaya yarayan şekil, anlamlı iz"* anlamına gelmektedir<sup>3,4</sup>. Markanın tescilinden önce de var olması sebebiyle işaret, markadan daha geniş bir kavramdır<sup>5</sup>. Yani her marka bir işarettir ancak her işaret marka

<sup>1</sup> Teşebbüs kavramının yerindeliği ile ilgili tartışmalar için bkz. **KAYA**, Arslan, Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2024, s. 44-45; **ÇAĞLAR**, Hayrettin, Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 11 dn. 38,

<sup>2</sup> SMK m.4: "Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir."

<sup>3</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 15.08.2024).

<sup>4</sup> *Karasu* marka hukuku açısından işareti *"bir teşebbüsü çağrıştıran, hedefkitleyi teşebbüse bağlayan bir simge"* olarak tanımlamıştır. (**SULUK**, Cahit/**KARASU**, Rauf/**NAL**, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 156.)

<sup>5</sup> **KAYA**, s. 45. **YASAMAN**, Hamdi/**AYOĞLU**, Tolga/**YUSUFOĞLU BİLGİN**, Fülürya/**MEMİŞ KARTAL**, Pınar/**YÜKSEL**, Sinan H./**YASAMAN**, Zeynep, Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2021, s. 105; **ÇOLAK**, Uğur, Türk Marka Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2023, s. 28; **KARASU** (SULUK/**NAL**), s. 156; **ÇETİN**, Emre, Marka Hukukunda Nispi Red Nedenleri ve Hükümsüzlük Davaları, Ankara 2023, s.

değildir<sup>6</sup>. Nitekim tescilsiz markalar için de işaret ifadesi kullanılmaktadır<sup>7</sup>. Her türlü sözcük, şekil, renk, harf, sayı, ses<sup>8</sup> vb. işaret sicilde gösterilebilir olması şartıyla marka olabilir. Marka olacak işaret, yukarıda sayılan unsurlardan birden fazlasının bir araya gelmesi şeklinde de olabilir<sup>9</sup>.

Marka olacak işaretin ayırt edici niteliğe de sahip olması gerekmektedir. Bahsi geçen ayırt edicilik unsuru doktrinde soyut ve somut ayırt edicilik olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>10</sup>. Soyut ayırt edicilik, işaretin mal veya hizmet fark etmeksizin ayırt edici olup olmamasıdır<sup>11</sup>. Örneğin bir sayfalık bir metin soyut ayırt ediciliğe sahip değildir<sup>12</sup>. Somut ayırt edicilik ise markanın tescilinin istendiği sınıftaki mal ve hizmetler açısından ayırt ediciliğe sahip olup olmamasıdır<sup>13</sup>. Örneğin “*apple*” sözcüğü telefon ve teknolojik aletler için somut ayırt ediciliğe sahipken, gıda ürünleri açısından somut ayırt ediciliğe sahip değildir<sup>14</sup>. Marka başvurusunun, soyut

28; TAŞKIN, Duygu, Markanın Tescili ve Marka Hakkının Sona Ermesi, Ankara 2022, s. 20.

6 YASAMAN/YASAMAN (AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL), s. 106; ÇOLAK, s. 28; KAYA, s. 46; KARASU (SULUK/NAL), s. 156; ÇETİN, s. 28; TAŞKIN, Bedriye İlkiz Tuana, Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Davaları, Ankara 2024, s. 21.

7 KARASU (SULUK/NAL), s. 156; TAŞKIN, Markaya Tecavüz, s. 21.

8 Bu sayım tahdidi değildir. (KAYA, s. 47.)

9 AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/YILDIZ, Burçak/İMİRLİOĞLU, Dilek, Sinaî Mülkiyet Hukuku, Ankara 2021, s. 27; ÇAĞLAR, s. 12; DURCEYLAN, M. Mekin, Marka Hakkına Tecavüz Halleri, Ankara 2022, s. 31.

10 Soyut ayırt ediciliğin marka olabilirliğin, somut ayırt ediciliğin ise tescil edilebilirliğin şartı olduğu yönünde bkz. ÇAĞLAR (AYHAN /YILDIZ/İMİRLİOĞLU), s. 28.

11 ÇAĞLAR (AYHAN /YILDIZ/İMİRLİOĞLU), s. 27; KAYA, s. 52; DURCEYLAN, s. 41; GÜNEŞ, İlhami, 6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2024, s. 104; SARI, Onur, Türk ve Abd Hukuku Bağlamında Marka Hakkı Edinme Süreci, Ankara 2020, s. 132. Soyut ayırt edicilikten işaretin marka olarak tescil edilip edilemeyeceğinin anlaşılması gerektiği yönünde bkz. ÇOLAK, Uğur, Türk Marka Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2023, s. 31; İMİRLİOĞLU, Dilek: “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2017, s. 94.

12 KARASU (SULUK/NAL), s. 156.

13 ÇOLAK, s. 30-31; ÇAĞLAR (AYHAN /YILDIZ/İMİRLİOĞLU), s. 27; KAYA, s. 52; İMİRLİOĞLU, s. 94; ÇETİN, s. 29; GÜNEŞ, s. 105; KARASU (SULUK/NAL), s. 157; TAŞKIN, Markaya Tecavüz, s. 22; DURCEYLAN, s. 42.

14 SARI, s. 132.

veya somut ayırt ediciliğe sahip olmaması SMK m.5/1 -b gereği mutlak ret sebebidir. Ancak ayırt ediciliğe sahip olmayan işaret, kullanım neticesinde marka başvurusu yapılan sınıftaki mal ve hizmetler açısından ayırt edicilik kazanmışsa SMK m.5/2 gereği marka başvurusunun reddine karar verilemeyecektir<sup>15</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere işaretin marka olarak kabul edilebilmesi için ayırt edici olması gerekmektedir. Ancak işaretin tek başına ayırt edici olması marka olarak tescili açısından yeterli değildir. Marka olacak işaretin aynı zamanda sicilde gösterilebilir olması da gerekmektedir. Markanın sicilde nasıl gösterileceği Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.7’de açıklanmıştır. İlgili yönetmelik maddesinin ikinci fıkrasında ses markaları açısından “*elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kaydının*” ve mümkünse nota ile gösteriminin de başvuruda sunulması gerektiği düzenlenmiştir. Nitekim devam eden fıkralarda üç boyutlu markalara, renk markalarına ve hareket markalarına ilişkin düzenleme de yapılmıştır.

İzah edilen şartları sağlayan ve tescil engeli bulunmayan işaret için TÜRK PATENT kurumuna marka başvurusunda bulunulabilecektir. Başvuru üzerine kurum tarafından önce şekli inceleme yapılacaktır. Şekli eksikliğin bulunması hâlinde eksikliğin giderilmesi adına başvuru sahibine iki aylık süre verilmektedir (SMK m.15/1). Eksiklikler giderilmezse başvuru işleminden kaldırılır (SMK m.15/3). Şekli incelemeyen başarılı bir şekilde geçen marka başvuruları, kurum tarafından SMK m.5 açısından incelenir. Mutlak tescil engeli bulunmayan marka başvurusu bültende yayımlanır (SMK m.16). Yayımdan itibaren iki ay içerisinde ilgili kişiler, marka başvurusuna SMK m.5 ve m.6’daki tescil engellerine dayanarak itiraz edebilir (SMK m.18/1). Başvuru sahibinin görüşleri de alınmak suretiyle kurum itiraz hakkında karar verir (SMK m.19). Kurum tarafından verilen karara karşı zarar görenler, bildirim tarihinden itibaren iki ay içerisinde kurula itiraz edilebilir (SMK m.20). Kurul tarafından verilecek karar, kurumun nihai kararıdır (SMK m.21/4). Kurul kararlarına karşı iki ay

<sup>15</sup> Hükmün gerekçesine bakıldığı takdirde kanun koyucunun, bu düzenleme ile esasen ayırt ediciliği bulunmayan işarete ayırt edici nitelik kazandırarak marka hâline getiren müteşebbisi korunmak istediği anlaşılmaktadır.

içinde Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde kararın iptali talebiyle dava açılabilir (5000 sayılı Patent ve Marka Vekilliği ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun m.15/C).

Marka başvurusunda bulunulan işaret, yukarıdaki aşamaları başarılı bir şekilde geçtiği takdirde TÜRKPATENT kurumu tarafından marka olarak tescil edilir<sup>16</sup>. Başvuru sahibinin elde ettiği marka hakkı, sahibine inhisari yetkiler veren gayri maddi nitelikteki bir mutlak haktır<sup>17</sup>. Marka hakkı, başvuru tarihinden itibaren on yıl boyunca korunur. Patent, faydalı model ve tasarımdan farklı olarak markanın koruma süresi onar yıllık sürelerle yenilenebilir (SMK m.23/1). Marka, tescilli olduğu bütün sınıflarda yenilenmek zorunda değildir. Marka sahibi, markasını sadece belirli sınıflarda yenileyebilir (SMK m.23/3). Yenileme talebinin<sup>18</sup>, marka sahibi<sup>19</sup> tarafından yenileme süresi sona ermeden önceki altı aylık dönem içerisinde yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilgiyle birlikte yapılması gerekmektedir. Bu süre içerisinde yenileme talebi yapılmaz veya ücreti ödenmezse, koruma süresinin sonundan itibaren altı aylık dönem içerisinde ek ücret ödemek suretiyle marka yenilenebilir (SMK m.23/2). Kanun koyucunun, SMK m.23/5'te bir ayırım yapmaması sebebiyle koruma süresi dolduktan sonraki altı aylık dönemde yapılan yenilemelerde de koruma süresi açısından bir kesinti söz konusu olmayacaktır<sup>20</sup>. Markanın

<sup>16</sup> Marka niteliğine haiz işaretlerin tescili zorunlu değildir. Ancak bu hâlde işaret sahibi SMK'da düzenlenen korumadan faydalanamaz. İşaret haksız rekabet hükümlerine göre korunur.

<sup>17</sup> Marka hakkının hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KAYA**, s. 105-115; **ÇOLAK**, s. 11; **TAŞKIN**, s. 59 vd.; **SARI**, s. 56 vd.; **DURCEYLAN**, 29-30; **BOZGEYİK**, Hayri, Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 8-9. "Marka hakkı, sahibine inhisari yetkiler veren ve gayri maddi bir nitelik arz eden smai mülkiyet hakkıdır." Y. 11. HD, 20.4.2016, E. 2015/9675, K. 2016/4394, (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.08.2024).

<sup>18</sup> Yenileme talebinin, "markanın koruma süresini on yıl daha uzatan şekli bir değişiklik işlemi" olduğu yönünde bkz. **KAYA**, s. 628.

<sup>19</sup> Ortak markalar açısından işletmelerden birisinin talebi SMK m.23/4 gereği yeterlidir.

<sup>20</sup> SMK m.23/5: "Yenileme, önceki koruma süresinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren hüküm ifade eder. Yenileme, sicile kaydedilir ve Bültekte yayımlanır."



yenilenmemesi hâlinde marka hakkı ve koruması kendiliğinden sona erecektir<sup>21</sup>. Marka hakkının sona ermesi ileriye etkili sonuç doğurur<sup>22</sup>.

## II. MARKANIN YENİLENMEMESİNDEN SONRA ORTAYA ÇIKABİLECEK DURUMLAR HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRME- LERİMİZ

### A. Yenilenmeyen Marka ile Aynı veya Benzer Marka Başvurusunda Bulunulması

#### 1. Eski Marka Sahibi Tarafından Başvurulması

Marka hakkı, yenilenmeme sebebiyle sona erdiğinde eski marka sahibi, yeniden aynı veya benzer işaret için marka başvurusunda bulunabilir<sup>23</sup>. Zira SMK m.5 ve m.6'da yenilenmeyen marka için tekrar başvuruda bulunulamayacağı düzenlenmemiştir. Nitekim bir Yargıtay kararında da eski marka sahibinin, yenilenmeme sebebiyle sona eren markasını başkası adına bir tescil olmadığı sürece tekrar tescil ettirebileceği belirtilmektedir<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> **ÇAĞLAR** (AYHAN /YILDIZ/İMİRLİOĞLU), s. 115. TÜRK PATENT uygulamasında bu durumda "müddet" tabirinin kullanıldığı yönünde bkz. **ÇOLAK**, s. 568; **KAYA**, s. 624. "müddet" tabirinin kullanıldığı kararlar için bkz. İstanbul BAM, 16. HD, 3.4.2024, E. 2022/1046, K. 2024/618; İstanbul BAM, 16. HD, 22.2.2024, E. 2022/646, K. 2024/337, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.08.2024).

<sup>22</sup> **KAYA**, s. 624; **TAŞKIN**, s. 136; **GÜNEŞ**, s. 628; **DURCEYLAN**, s. 66.

<sup>23</sup> **ÇAĞLAR** (AYHAN /YILDIZ/İMİRLİOĞLU), s. 115; **DURCEYLAN**, s. 66.

<sup>24</sup> "...tescilli bir markanın varlığına karşı davacının bu markayla ayırt edilemeyecek derecede benzer bir markayı (...+şekil) 29. sınıftaki aynı mallar yönünden tescil ettirmesi mümkün değildir. Her ne kadar davacı adına daha önceden tescilli 2002/30096 sayılı "... Gıda Tekstil Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti." markası 29. sınıf mallar yönünden tescilli ise de, söz konusu markanın koruma süresi 22/11/2012 tarihi itibarıyla sona ermiş ve yenilenmemiş olmakla, davacı tarafın 556 sayılı KHK 8/son maddesi ve 35/2. maddesi dikkate alındığında 2 yıl içerisinde hükümden düşen markası ile aynı/benzer bir markanın başkalarınca tesciline karşı çıkabilme imkanı bulmakta olup, davadışı .. Gıda Maddeleri San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan "... ibareli 14.02.2013 tarihli 2013/13535 sayılı marka başvurusunun 29. sınıf mallar yönünden tescil edilmiş olması karşısında, davacı bu marka başvurusuna itiraz edip hükümsüz kılınmasını sağlamadıkça bu marka ile ayırt edilemeyecek kadar benzer olan başvuru konusu markanın 29. sınıf mallar yönünden tescili mümkün olmadığından TPE YİDK'nin 29. sınıf mallara ilişkin davacının marka başvurusunun reddine dair kararı doğru olduğu halde yazılı gerekçeyle davanın bu sınıf mallar yönünden kabulü doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." Y. 11. HD, 11.4.2018, E. 2016/10625, K. 2018/2592, (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.08.2024).

## 2. Üçüncü Kişi Tarafından Başvurulması

### a. Markanın Sona Ermesinden İtibaren İki Yıl İçerisinde Yapılan Başvurular Açısından

Yenilenmeme sebebiyle sona eren marka veya benzeri için marka sahibi dışındaki kişiler de tescil başvurusunda bulunabilir. Ancak eski marka sahibi, eski markasıyla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetler için koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl<sup>25</sup> içerisinde yapılan marka başvurularına SMK m.6/8 gereği itiraz edebilir<sup>26</sup>. Eski marka sahibinin SMK m.6/8'deki nispi ret sebebine dayanarak itirazda bulunabilmesi için koruma süresinin sona ermesinden itibaren başlayan iki yıllık süre içerisinde markayı kullanmış<sup>27</sup> olması gerekmektedir<sup>28</sup>. SMK m.6/8'de hem önceki marka ile aynı veya benzer mal veya hizmetler için itiraz edilebileceğinden bahsedilmiş hem de itiraz için işaretin kullanılması şartı aranmıştır. Bu durumda eski marka sahibinin, eski markasının tescilli olduğu ancak kullanmadığı sınıflarda yapılan marka başvurusuna itiraz edip edemeyeceği belirsizdir. Kullanma şartının aranması sebebiyle eski marka sahibinin, eski markasının tescilli olduğu sınıflardan sadece kullandığı sınıflar açısından itirazının sonuç doğurması

<sup>25</sup> Ortak ve garanti markaları açısından bu süre SMK m.6/7 gereği üç yıldır.

<sup>26</sup> Çolak, kanun koyucunun yenilenmeyen markanın hemen başkası tarafından tescili ile ortaya çıkabilecek bazı sakıncaların önüne geçmek adına bir geçiş süresi öngördüğünü ifade etmektedir. (ÇOLAK, s. 556.)

<sup>27</sup> Kanun koyucu, ortak ve garanti markaları açısından kullanma zorunluluğu getirmiştir.

<sup>28</sup> "...davacı şirket adına tescilli bulunan "F1" asıl unsurlu marka yasal süre sonunda yenilenmemesi nedeniyle 20.04.2009 tarihinde sona ermiş olup işbu dava 15.02.2010 tarihinde yani 556 sayılı KHK'nın 8. maddesinin son bendinde belirtilen 2 yıllık süre içinde açılmıştır. Ancak, markanın sona ermesinden itibaren dava tarihini de kapsayacak şekilde 2 yıllık süre içerisinde davacı tarafından markanın kullanıldığı ispat edilemediği gibi, alınan bilirkişi raporlarında da davacıya ait markanın 2006 yılından beri kullanılmadığı belirlenmiştir. Bu durumda, dava tarihi itibarıyla davacının dava konusu marka üzerinde üstün ve korumaya değer bir hakkı bulunduğundan sözedilemeyeceğine göre..." Y. 11. HD, 22.04.2015, E. 2014/11395, K. 2015/5621; "...somut uyumsuzluk bakımından 556 sayılı KHK'nın 42/1-b maddesi uyarınca davacı kullanımının bulunup bulunmadığını hususu tartışılmaksızın eksik inceleme ve değerlendirme sonucunda davanın kısmen kabulü doğru olmamış bu nedenle kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Y. 11. HD, 12.12.2013, E. 2012/17706, K. 2013/22777, (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.08.2024).

gerektiği kanaatindeyiz<sup>29</sup>. Zira kullanmama sebebiyle markanın iptalinde de kısmi kullanım hâlinde markanın kullanıldığı mal ve hizmetler açısından iptal talebi reddedilirken, markanın kullanılmadığı mal ve hizmetler açısından ise markanın iptali söz konusu olmaktadır<sup>30</sup>. Nitekim bu çözüm dürüstlük kuralına da uygundur. Çünkü eski marka sahibine sanki tescilli marka sahibiymiş gibi hak tanınması doğru değildir. Ancak doktrinde kullanım şartının kaldırılması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

Markanın kullanım şartına ilişkin olarak uygun düştüğü ölçüde SMK m.9 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira SMK m.9 markanın kullanılma yükümlülüğüne ilişkin tek kanuni düzenleme olup hükmün uygulanmasına ilişkin pek çok emsal nitelikte yargı kararı da bulunmaktadır. SMK m.9 gereği işaretin de ciddi<sup>32</sup> olarak kullanılması gerekmektedir. Ekonomik yarar sağlamayan, salt markanın kullanıldığı algısını oluşturmaya yönelik sembolik<sup>33</sup> kullanımlar ciddi

<sup>29</sup> Aynı yönde bkz. ÇETİN, s. 141; SARI, s. 323.

<sup>30</sup> YASAMAN, Hamdi/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya/MEMİŞ KARTAL, Pınar/YÜKSEL, Sinan H./YASAMAN, Zeynep, Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2021, s. 2025; ÇOLAK, s. 1277. "Somut olayda, dava konusu "BİFA NEGRİLLO TÜRK MALI" markasının, dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık süre içinde sadece "bisküvi" emtiası için ciddi kullanımı bulunduğu, "gofret" ve "kraker" emtiası yönünden hiç kullanımı bulunmadığı mahkemenin de kabulünderdir. Bu durumda mahkemece, "gofret" ve "kraker" emtiasına ilişkin olarak 556 Sayılı KHK'nin 42/1-(c) bendi ve aynı maddenin son fıkrası uyarınca dava konusu markanın kısmen hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekirken..." Y. 11. HD., 30.04.2013, E. 2012/10228, K. 2013/8675, (Lexpera, Erişim Tarihi: 27.11.2024). Bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, s. 406-410.

<sup>31</sup> KARASU (SULUK/NAL), s. 199; KAYA, s. 626.

<sup>32</sup> Uluslararası literatürde kullanılan "genuine use" ifadesinin çevirisinin "ciddi kullanım" değil "gerçek kullanım" olduğu yönünde bkz. CAM, Esen: "Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın "Gerçek Kullanım" Problemi", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 2, S. 2, 2016, s. 29; YÖRDEM, Yılmaz/BİÇİMLİ, Emrah: "Markanın Kullanım Yükümlülüğü ve Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 51, 2022, s. 182. "...bir markanın yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin dolmasından sonra marka sahibince markasının aynısı veya benzerinin 2 yıl içinde aynı veya benzer mal ve hizmetler için başkası tarafından yapılan marka başvurusuna itiraz edebileceği düzenlenmiş ise de, marka sahibinin söz konusu itirazda bulunabilmesi için, 10 yıllık kullanım süresi dolmuş ve yenilenmemiş markayı halen ve fiilen ciddi surette kullanmaya devam ettiğini ispat etmesi gerekir." Y. 11. HD., 5.2.2020, E. 2019/2820, K. 2020/994, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.08.2024).

<sup>33</sup> Markanın iptalini engellemek adına birkaç seferlik gerçekleştirilen kullanımların ciddi olmadığı yönünde bkz. SÖNMEZ, Numan Sabit: "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet

kullanım olarak değerlendirilemez<sup>34</sup>. Kullanımı ispat yükü de eski marka sahibi üzerindedir. Uygulamada faturalar, reklam harcamaları, kataloglar, broşürler, sosyal medya paylaşımları, satış tutarları ve fuar görüntüleri ciddi kullanımın ispatı için kullanılmaktadır<sup>35</sup>. Ancak ciddi kullanımın<sup>36</sup> ispatı her somut olay açısından farklı olacaktır<sup>37</sup>. Eski marka sahibi, ciddi kullanımını ispat edemediği takdirde itirazının veya hükümsüzlük davasının reddine karar verilmesi gerekmektedir<sup>38</sup>.

---

Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 76, S. 1, 2018, s. 298; **ÇOŞĞUN**, Gizem, Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması, Ankara 2018, s. 40.

- <sup>34</sup> **UZUNALLI**, Sevilay: “Kullanma Zorunluluğu Bağlamında Tekrar Marka ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 9, S. 1, 2023, s. 96; **BÜYÜKKILIÇ**, Gül: “Yargı Kararları Işığında Markanın Ciddi Kullanımı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, s. 270.
- <sup>35</sup> “Sunulan deliller 8 adet ürün görselinden ibaret olup, sunulan görseller üzerindeki ambalaj ve katalog tarihlerin her zaman düzenlenmesinin mümkün olduğu, bu tarihlerin ispatına yönelik ayrıca bir delil sunulmadığı, ayrıca sunulan görsellerin beşinin Dairemizin önceki kararında hüküm altına alınan “zeytin, zeytin ezmeleri” mallarına ilişkin olmayıp, turşu ürününe ilişkin bulunduğu gibi esasen sunulan delillerin, uyulan bozma ilamında belirtilen tarihler arasında markanın ciddi surette kullanıldığını ispata da yeterli bulunmadığı...” Ankara BAM, 20. HD, 2.12.2020, E. 2020/656, K. 2020/1084, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.08.2024).
- <sup>36</sup> Bazı yargı kararlarında “ciddi ve pazar payı yaratmaya elverişli kullanım” ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadenin kullanıldığı kararlar için bkz. Y. 11. HD, 12.1.2015, E. 2014/14250 K. 2015/65; Ankara BAM, 20. HD, 5.10.2023, E. 2021/1267 K. 2023/1193, (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.08.2024).
- <sup>37</sup> Mal veya hizmetin bulunduğu piyasa, pazar cirosu ve işletmenin büyüklüğü gibi değerlendirmede kullanılacak diğer objektif ölçütler için bkz. **BÜYÜKKILIÇ**, s. 274.
- <sup>38</sup> “Bölge Adliye Mahkemesince, 6769 sayılı SMK’nın 25/1. maddesinin yollamasıyla 6/8. maddesi uyarınca, tescilli markanın yenilenmeye sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde, başvurusu yapılan ve bu markayla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren markalar hakkında, önceki marka sahibi tarafından, bu iki yıllık süre içinde markanın kullanılmış olması şartıyla hükümsüzlük isteminde bulunabileceği, ancak davacı tarafca dava konusu markanın kullanıldığına dair herhangi bir delil ibraz edilmediği, dosya kapsamına göre davacının dava konusu markayı kullandığını ispat edemediği gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esas yönünden reddine karar verilmiştir...ONANMASINA...” Y. 11. HD, 29.3.2022, E. 2020/7699, K. 2022/2540, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.08.2024). Benzer yöndeki diğer bir karar için bkz. İzmir 1. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 30.6.2021, E. 2019/148, K. 2021/108, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.08.2024).

Sınai Mülkiyet Kanunu m.6/8'deki şartlar sağlanmasına rağmen marka başvurusuna eski marka sahibi tarafından yapılan itiraz TÜRKPATENT tarafından kabul edilmezse eski marka sahibi, YİDK kararının iptali veya hükümsüzlük davası açabilir<sup>39</sup>.

Eski marka sahibinin, yenilenmeme sebebiyle sona eren markayı kullandığı iki yıllık süre zarfı içerisinde üçüncü kişi tarafından yapılan marka başvurusuna bu süreçte itiraz etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Peki iki yıllık süre geçtikten sonra eski marka sahibi, bu iki yıllık süreçte tescil başvurusunda bulunulan yeni markaya karşı hükümsüzlük davası açabilecek midir? Burada eski marka sahibinin, işareti iki yıllık süreden sonra kullanıp kullanmadığına göre ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Eski marka sahibi, işareti iki yıllık süreden sonra kullanmışsa yeni marka aleyhine hükümsüzlük davası açması dürüstlük kuralına aykırıdır. Keza bu durumda eski marka sahibinin, hükümsüzlük davası açmasında hukuki yararının olmaması sebebiyle davanın, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.114/1-h gereği dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>40</sup>. Eğer eski marka

<sup>39</sup> **KAYA**, s. 625. "Mahkemece uyulan bozma ilanı, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının "... ibareli markasının 27.06.1997 başvuru tarihli olup 01. sınıf mal ve hizmetler bakımından tescilli iken 10 yıllık koruma süresinin bittiği 27.06.2007 tarihinde tescilin yenilenmediği, davalıya ait "... markasının ise 01 ve 35. sınıf mal ve hizmetler bakımından tescil edilmiş olup tescil başvuru tarihinin 27.11.2007 olduğu, 556 sayılı KHK'nın md. 8/son hükmüne göre, davacının markasının koruma süresi 27.06.2007 tarihinde sona ermişse de davacının marka üzerinde 27.06.2009 tarihine kadar öncelik hakkı olduğu, alınan bilirkişi raporuna göre bu dönemde kullandığı, bu durumda davalının tescil başvuru tarihinin henüz davacının markasının 2 yıllık ek koruma süresi geçmeden yapıldığı belirlenmekle davacının isteminde haklı olduğu, buna göre davacı markasının koruma sınırları içerisinde kalan mallar ile davalı markasındaki benzer nitelik arzeden sınıflar ile ilgili hükümsüzlük kararı verilebileceği gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile davalı markasının tescil edildiği 1. sınıf mal ve hizmetler içinde yer alan "sanayide, bilim sahasında, fotoğrafçılıkta, tarım, bahçecilik ve ormancılıkta kullanılan kimyasallar" ile 35. sınıf mal ve hizmetler içinde yer alan "müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri (belirtilen hizmetler perakende, toptan satış mağazaları, elektronik ortamlar, kataloglar ve benzeri diğer yöntemler ile sağlanabilir)" ile ilgili mal ve hizmet sınıfları itibarıyla kısmen hükümsüzlüğüne karar verilmiştir...ONANMASINA..." Y. 11. HD, 25.04.2017, E. 2015/14759, K. 2017/2417, (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.08.2024).

<sup>40</sup> Her ne kadar davada SMK m.6/8 uygulanmamış olsa da İstanbul BAM 16. HD. vermiş olduğu bir kararında müddet marka sahibinin hukuki yararı bulunması hâlinde hükümsüzlük davası açabileceğini "Davacı SMK 6/8 maddesine dayalı hükümsüzlük talebinde bulunmuş ise de; davalının marka başvurusu, davacı markasının koruma süresi içinde

sahibi, işareti iki yıllık süreden sonra da kullanmaya devam etmişse yeni markanın tescilinden itibaren ne kadar sürenin geçtiğine bakılması gerekmektedir. Yeni markanın tescilinden itibaren beş yıl geçmemişse eski marka sahibi, hükümsüzlük davası açabilir. Fakat yeni markanın tescilinden itibaren beş yıl geçmişse artık eski marka sahibi, SMK m.6/8'e dayanarak hükümsüzlük davası açamaz. Buradaki beş yıllık süre açısından SMK m.25/6'da düzenlenmiş olan sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin hüküm kıyasen uygulanmalıdır. Zira ilgili hükümde tescilli marka sahibinin, kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği sonraki tarihli markaya karşı beş yıl süreyle sessiz kaldığı takdirde kendi markasını hükümsüzlük sebebi olarak ileri süremeyeceği düzenlenmiştir<sup>41</sup>. Tescilli marka sahibinin, beş yıllık süre geçtikten sonra kural olarak hükümsüzlük davası açmadığı durumda eski marka sahibi evleviyetle hükümsüzlük davası açamayacaktır.

### **b. Markanın Sona Ermesinden İtibaren İki Yıl Geçtikten Sonra Yapılan Başvurular Açısından**

Kanun koyucu, SMK m.6/8'deki nispi ret sebebinin sadece markanın yenilenmeme sebebiyle sona ermesinden sonraki iki yıllık süre içerisinde yapılan marka başvuruları için öngörmüştür. Yenilenmeyen marka için iki yıl geçtikten sonra üçüncü kişiler tarafından yapılacak marka başvurusu hakkında bir düzenleme yapılmamıştır. *Kaya*, eski marka sahibinin, işareti kullanmaya devam etmesi koşuluyla iki yıl geçtikten sonra yapılan marka başvurularına karşı gerçek hak sahipliğine (SMK m.6/3) dayalı olarak itirazda bulunabileceğini kabul etmektedir<sup>42</sup>. *Çolak* da şartların varlığı hâlinde eski marka sahibinin SMK m.6/3'e dayanarak tescilin hükümsüzlüğünü talep edebileceğini kabul etmektedir<sup>43</sup>. İstanbul BAM 16. HD. de

---

*olmakla anılan madde iş bu uyuşmazlıkta uygulanamayacaktır. Davacının dava tarihi itibarı ile tescilli markası mevcut değil ise de; hukuki yararın mevcut ise hükümsüzlük davası açabilir."* şeklinde ifade etmiştir. İstanbul BAM, 16. HD, 22.2.2024, E. 2022/646, K. 2024/337, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.08.2024).

<sup>41</sup> Kötü niyetli tescil bu hükmün istisnasıdır.

<sup>42</sup> **KAYA**, s. 626-627.

<sup>43</sup> **ÇOLAK**, s. 570.

eski marka sahibinin, SMK m.6/3 gereği gerçek hak sahipliği itirazında bulunabileceğine karar vermiştir<sup>44</sup>.

Biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü kanun koyucu, eski marka sahibinin itiraz hakkını iki yıl ile sınırlandırmıştır. Mefhumu muhalifinden kanun koyucunun, eski marka sahibine, markayı kullansa da iki yıllık süre geçtikten sonra üçüncü kişiler tarafından yapılacak marka başvurularına itiraz hakkı vermek istemediği anlaşılmaktadır. Zira kanun koyucu bu amacı taşımamış olsaydı SMK m.6/8 hükmünü hiç düzenlemez ve yenilememeye rağmen eski markasını işaret olarak kullanan kişi, SMK m.6/3 gereği gerçek hak sahipliğini ileri sürebilirdi. SMK m.6/8 düzenlemesi sebebiyle eski marka sahibinin, gerçek hak sahipliğine dayanarak tescile itiraz edemeyeceği veya hükümsüzlük davası açamayacağı kanaatindeyiz.

### B. Tecavüz Davası Açısından

Marka hakkı sahibi, SMK m.29'da sayılan hâllerden birisinin gerçekleşmesi durumunda SMK m.149 vd. hükümlerine göre markaya tecavüz davası açabilir. Eğer marka yenilenmeme sebebiyle sona ermişse eski marka sahibi, işareti kullanmaya devam etse de markaya tecavüz davası açamaz. Zira tescilli bir marka söz konusu değildir. Ancak haksız rekabet hükümlerine göre koruma sağlanabilir<sup>45</sup>. Marka süresi sona ermeden önce gerçekleşen tecavüz fiilleri için marka hakkı yenilenmeme sebebiyle sona erdikten sonra da markaya tecavüz davası açılabilir<sup>46</sup>.

Eski marka sahibi, yenilenmeme sebebiyle marka hakkı sona erdikten sonra tekrar marka başvurusunda bulunmakla birlikte marka henüz

<sup>44</sup> "...davacının müddet durumundan sonraki marka girişimlerine düzenli olarak TPMK nezdinde müdahale ettiği ve ibareyi korumak üzere harekete geçtiği, 2005 yılından itibaren gerek ülkemizde gerek diğer ülkelerde marka konusunda aktif çabaların bulunduğu, davalının ise markaları dünyanın farklı ülkelerinde bilinir hale gelen marka için gerek tescil gerek web sitesi kayıtları açısından ancak 2016 yılından itibaren girişimlerde bulunduğu, buna göre davacının ... markası üzerinde eskiye dayalı gerçek hak sahipliği bulunduğu, bu nedenle SMK m. 6/3 ve 6/8 maddeleri gereği davalı adına tescilli 2016/11076 markasının hükümsüzlük koşulunun doğduğu anlaşıldığından davalı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesinde isabetsizlik yoktur..." İstanbul BAM, 16. HD, 3.4.2024, E. 2022/1046, K. 2024/618, (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.08.2024).

<sup>45</sup> GÜNEŞ, s. 630.

<sup>46</sup> GÜNEŞ, s. 628.

tescil edilmemişse de markaya tecavüz davası açılacaktır. Fakat bu davada mahkemenin TÜRKPATENT'in kararını bekletici mesele yapması gerekmektedir<sup>47</sup>. Çünkü marka koruması, başvurunun ilanından itibaren başlamaktadır<sup>48</sup>. TÜRKPATENT, tescil kararı verirse mahkeme markaya tecavüz açısından değerlendirme yapabilecektir. TÜRKPATENT, marka başvurusunun reddine kararı verirse mahkeme davanın reddine karar vermelidir. Ancak davacı bu ihtimale karşı terditli olarak haksız rekabete ilişkin taleplerde de bulunabilir<sup>49</sup>.

Markanın koruma süresi içerisinde açılan markaya tecavüz davasının sürdüğü esnada markanın yenilenmeme sebebiyle sona ermesi de mümkündür. Bu hâlde mahkeme davanın açıldığı tarihe göre tecavüzün var olup olmadığına karar verecektir. Zira markanın hükümsüzlüğüne<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Kanundan kaynaklanan bekletici mesele yapma zorunluluğu olduğu yönünde bkz. ÇOLAK, s. 574.

<sup>48</sup> SMK m.7/4: "Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez.". Hükümde her ne kadar tazminat davasının açılacağı belirtilmişse de diğer davaların da açılması mümkündür (ÇOLAK, s. 574.).

<sup>49</sup> Marka tescilinin söz konusu olduğu hâllerde markaya tecavüzden bağımsız olarak (aralarında aslilik ferilik ilişkisi kurulmadan) haksız rekabete ilişkin taleplerde bulunulması hâlinde markaya tecavüz olsa da Yargıtay haksız rekabetyönünden davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir. "...markaların kendi özel yasası niteliğindeki 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (mülga 556 sayılı Marka KHK) hükümleriyle korunması ve 6102 sayılı TTK'nın 55/1-a-4 maddesindeki düzenleme karşısında, Dairenin bu konudaki eski içtihatlarını sürdürme imkanı kalmadığından, Bölge Adliye Mahkemesince, davacının tescilli markasının benzerinin, tescil kapsamındaki ilaç emtiasında kullanılması şeklindeki davalı eyleminin TTK'nın 55/1-a-4.maddesi uyarınca aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğine ilişkin gerekçesi yerinde görülmediğinden, hükmün bu kısım yönünden temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir." Y. 11. HD, 14.3.2022, E. 2019/5189, K. 2022/1852, (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.08.2024). Kümülatif koruma ilkesini kabul eden Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay HGK., 18.1.2022, E. 2019/372, K. 2022/10, Yargıtay 11. HD., 28.12.2022, E. 2021/4883, K. 2022/9613, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.11.2024).

<sup>50</sup> Markaya tecavüz davalarında, dava konusu olan markaya ilişkin hükümsüzlük davaları bekletici mesele yapılmaktadır. Eğer davacıya ait marka hakkında hükümsüzlük kararı verilirse tecavüz davasının reddi gerekmektedir. Zira markanın hükümsüzlüğüne ilişkin karar geçmişe etkilidir (ÇOLAK, s. 806; TAŞKIN, Markaya Tecavüz, s. 178.). "...şayet davaya dayanak.. nolu davacı markası hükümsüz kılınmış ise 556



karar verilmesinden farklı olarak markanın yenilenmeme ile sona ermesinde marka ileriye etkili olarak sona ermektedir<sup>51</sup>.

### C. Hükümsüzlük ve İptal Davası Açısından

Yenilenmeyen marka aleyhine hükümsüzlük ve iptal davası açılmaz<sup>52</sup>. Zira tescilli bir marka söz konusu değildir. Ancak hükümsüzlük veya iptal davası (başvurusu) açıldıktan sonra yenilenmeme ile markanın sona ermesi de mümkündür. Bu hâlde markanın sona ermesi hükümsüzlük ve iptal davalarını etkilemeyecektir. Zira hükümsüzlük davasının kabulü hâlinde marka geriye etkili olarak ortadan kalkmakta ve marka koruması hiç doğmamış kabul edilmektedir<sup>53</sup>. İptal dava ve başvurularının kabulü hâlinde ise marka dava/başvuru tarihinde<sup>54</sup> ortadan kalkmaktadır. Yani davaların kabulü hâlinde markanın sona erme tarihi ve sebebi değişmekte veya marka hiç doğmamış kabul edilmektedir. Ancak davanın reddi hâlinde marka yenilenmeme sebebiyle sona erecektir.

### D. Lisans Sözleşmesi Açısından

Marka hakkı, hukuki işlemlere konu olabilir<sup>55</sup>. Bunlardan en yaygın lisans sözleşmesidir. Marka sahibi, lisans sözleşmesi ile markasını kullanma hakkını lisans alana vermektedir<sup>56</sup>. Lisans alan da karşılığında bir bedel ödemektedir<sup>57</sup>.

---

*sayılı KHK'nın 44. maddesi uyarınca hükümsüzlük kararı geçmişe etkili olacağından artık hükümsüz kılınan bir markaya tecavüzdən bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Bu itibarla mahkemeye, davacı adına tescilli..... nolu markanın hükümsüz kılınıp kılınmadığının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken..."* Y. 11. HD, 12.1.2016, E. 2015/1982, K. 2016/135.

<sup>51</sup> KAYA, s. 624; TAŞKIN, s. 136; GÜNEŞ, s. 628; DURCEYLAN, s. 66.

<sup>52</sup> GÜNEŞ, s. 630.

<sup>53</sup> ÇOLAK, s. 1340.

<sup>54</sup> Kuralın istisnası SMK m.27/2 hükmünde "Ancak talep üzerine, iptal hâllerinin daha önceki bir tarihte doğmuş olması hâlinde iptal kararının bu tarihten itibaren etkili olacağına karar verilebilir." şeklinde ifade edilmiştir. İstisnaya ilişkin örnek için bkz. ÇOLAK, s. 1340-1341.

<sup>55</sup> ÇAĞLAR, s. 99; KAYA, s. 117.

<sup>56</sup> Lisans alanın, nispi hakkının olduğu ancak sicile tescil edilmesi hâlinde kuvvetlenmiş ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir bir hak olduğu yönünde bkz. GÜNEŞ, s. 258.

<sup>57</sup> GÜNEŞ, s. 259. Lisans sözleşmesinin tanımı için bkz. ÖZEL, Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 43-44; AKAL, A. Selim, Türk Hukukunda Marka

Marka lisans sözleşmelerine ilişkin görüşmeler esnasında veya sözleşmenin ifa edildiği süreç içerisinde marka yenilenmeme sebebiyle sona erebilir. Lisans sözleşmesine ilişkin görüşmeler esnasında markanın yenilenmeme sebebiyle sona ermesi hâlinde, diğer şartların da var olması durumunda culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında menfi zarar eski marka sahibinden istenebilir<sup>58</sup>. Lisans sözleşmesinin ifasına başlanmasından sonra markanın yenilenmemesi sebebiyle sona ermesi durumunda lisans sözleşmesi kendiliğinden sona erer<sup>59</sup>. Marka sahibi, lisans bedelini peşin olarak almışsa markanın kullanılmadığı süreye ilişkin bedeli lisans alana iade etmelidir<sup>60</sup>. Eğer lisans alan tarafından lisans bedeli peşin olarak ödenmemişse markanın iptalinden sonraki döneme ilişkin olan borcu sona erecektir. Lisans bedelinin dışında lisans alanın, markanın yenilenmemesi sebebiyle lisans sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan zararlarından da lisans veren, TBK m.112 gereğince sorumludur<sup>61</sup>. Bu kapsamda lisans alan, müspet zararının giderilmesini lisans veren talep edebilir<sup>62</sup>. Lisans alan, müspet zarar kapsamında lisans veren fiili zararını ve yoksun kaldığı kârı isteyebilir<sup>63</sup>.

---

Hakkının Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi, İstanbul 2022, s. 23; **GÜVENÇ ULUÇLAR**, Selvi Nazlı, Marka Lisans Sözleşmesi ve Markanın Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016, s. 5.

<sup>58</sup> Markanın iptalinin lisans sözleşmesine etkisine ilişkin değerlendirme için bkz. **BOYALI**, Melisa Bahar: “Marka Hakkının Hükümsüzlüğü ve İptalinin Marka Lisans Sözleşmelerine Etkisi”, TAM Akademi Dergisi, C.3, S. 1, s. 113-114.

<sup>59</sup> **ÇAĞLAR** (AYHAN /YILDIZ/İMİRLİOĞLU), s. 115-116; **KAYA**, s. 627; **GÜVENÇ ULUÇLAR**, s. 88.

<sup>60</sup> **ÖZEL**, s. 139; **GÜVENÇ ULUÇLAR**, s. 54.

<sup>61</sup> **GÜVENÇ ULUÇLAR**, s. 54. Sonraki imkânsızlık hâllerinde kusurlu olan borçlunun TBK m.112 gereğince sorumlu olacağı yönünde bkz. **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 346; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2018, s. 1081. Böyle bir durumda lisans alanın lisans sözleşmesi gereğince ödeme yükümlülüğünün ortadan kalktığı ancak önceden toplu ödeme yapılmışsa fazladan ödenen kısma ilişkin ödemeyi geri isteyebileceği yönünde bkz. **ÇAĞLAR** (AYHAN /YILDIZ/İMİRLİOĞLU), s. 116; **KAYA**, s. 627.

<sup>62</sup> **ÖZEL**, 153; **AKAL**, s. 93.

<sup>63</sup> **AKAL**, s. 94; **ÖZEL**, s. 153.

Lisans alan, markanın yenilenmemesi sebebiyle sona ermesinden kaynaklı olarak meydana gelen zararı ve illiyet bağıını ispat etmekle yükümlüdür<sup>64</sup>. Ancak lisans veren, markanın yenilenmemesi sebebiyle sona ermesinde kusurlu olmadığını ispat ettiği takdirde lisans alanın zararını giderme yükümlülüğü ortadan kalkar<sup>65</sup>.

## SONUÇ

Marka sahibi, marka hakkını yenilemediği takdirde marka hakkı ileriye etkili olarak sona ermektedir. Kanun koyucu, marka hakkı sona ermiş olmasına rağmen iki yıllık süre içerisinde üçüncü kişiler tarafından yapılacak eski marka ile aynı veya benzer ve aynı veya benzer mal ve hizmetlere ilişkin marka başvurularına eski marka sahibinin itiraz edebileceğini düzenlemiştir. SMK m.6/8'deki bu düzenleme vasıtasıyla hem eski marka sahibi hem de tüketiciler korunmuştur. Eski marka sahibinin itiraz hakkı, işareti markanın sona ermesinden sonra da kullanmış olmasına bağlıdır. Kullanım şartı açısından uygun düştüğü ölçüde SMK m.9 hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

İki yıllık süre içerisinde yapılan marka başvurularına eski marka sahibinin, daha sonra hükümsüzlük davası açabilmesi açısından da hukuki yararın var olup olmadığı ve sessiz kalma suretiyle hak kaybına ilişkin SMK m.25/6 hükmü dikkate alınmalıdır.

İki yıllık süre geçtikten sonra üçüncü kişiler tarafından yapılacak marka başvuruları açısından eski marka sahibinin, diğer şartların da bulunması hâlinde SMK m.6/3 gereği gerçek hak sahipliği itirazında bulunabileceği bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir. Ancak eski marka sahibine ilişkin özel düzenlemenin bulunması sebebiyle SMK m.6/3 hükmünün eski marka sahipleri açısından uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Yenilenmeme sebebiyle sona eren marka, işaret olarak kullanılmaya devam edildiği takdirde haksız rekabet hükümlerine göre korunur. Marka sona ermeden önce açılan tecavüz davalarında da dava tarihindeki duruma göre karar verilmesi gerekmektedir.

<sup>64</sup> ÖZEL, s. 153. Tazminatta denkleştirmeye ilişkin ayrıca bkz. AKAL, s. 94; ÖZEL, s. 153.

<sup>65</sup> Markanın hükümsüzlüğü açısından yapılan aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AKAL, s. 94-95.

Yenilenmeme sebebiyle sona eren marka aleyhine hükümsüzlük veya iptal davası (başvurusu) yapılamaz. Ancak hükümsüzlük veya iptal davası (başvurusu) açıldıktan sonra yenilenmeme sebebiyle marka sona ererse bu davayı konusuz bırakmayacaktır. Zira hükümsüzlük davasının kabulü hâlinde marka koruması hiç doğmamış olacaktır. İptal kararı verilmesi hâlinde ise marka dava/başvuru tarihinden itibaren ileriye etkili sona ermektedir. Ancak hükümsüzlük veya iptal davası reddedilirse marka yenilenmeme sebebiyle sona erecektir.

Lisans sözleşmesine ilişkin görüşmeler esnasında yenilenmeme sebebiyle markanın sona ermesi hâlinde şartları varsa culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olur. Lisans sözleşmesinin ifasına başlandıktan sonra yenilenmeme sebebiyle markanın sona ermesi hâlinde ise marka sahibi TBK m.112 gereği sorumludur.

**KAYNAKÇA**

- AKAL**, A. Selim: Türk Hukukunda Marka Hakkının Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi, İstanbul 2022.
- AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**YILDIZ**, Burçak/**İMİRLİOĞLU**, Dilek: Sinaî Mülkiyet Hukuku, Ankara 2021.
- BOYALI**, Melisa Bahar: “Marka Hakkının Hükümsüzlüğü ve İptalinin Marka Lisans Sözleşmelerine Etkisi”, TAM Akademi Dergisi, C.3, S. 1, s. 104-118.
- BOZGEYİK**, Hayri: Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- BÜYÜKKILIÇ**, Gül: “Yargı Kararları Işığında Markanın Ciddi Kullanımı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, s. 267-277.
- CAM**, Esen: “Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın “Gerçek Kullanım” Problemi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 2, S. 2, 2016, s. 27-41.
- ÇAĞLAR**, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2015.
- ÇETİN**, Emre: Marka Hukukunda Nispi Red Nedenleri ve Hükümsüzlük Davaları, Ankara 2023.
- ÇOLAK**, Uğur: Türk Marka Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2023.
- ÇOŞĞUN**, Gizem: Sinaî Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması, Ankara 2018.
- DURCEYLAN**, M. Mekin: Marka Hakkına Tecavüz Halleri, Ankara 2022.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018.
- GÜNEŞ**, İlhami: 6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2024.
- GÜVENÇULUÇLAR**, Selvi Nazlı: Marka Lisans Sözleşmesi ve Markanın Hükümsüzlüğünün Lisans Sözleşmesine Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016.
- İMİRLİOĞLU**, Dilek: “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2017, s. 87-114.
- KAYA**, Arslan: Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2024.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2018.

**ÖZEL**, Çağlar: Marka Lisansı Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2015.

**SARI**, Onur: Türk ve ABD Hukuku Bağlamında Marka Hakkı Edinme Süreci, Ankara 2020.

**SÖNMEZ**, Numan Sabit: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 76, S. 1, 2018, s. 273-304.

**SULUK**, Cahit/**KARASU**, Rauf/**NAL**, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020.

**TAŞKIN**, Bedriye İlkiz Tuana: Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Davaları, Ankara 2024. (Markaya Tecavüz).

**TAŞKIN**, Duygu: Markanın Tescili ve Marka Hakkının Sona Ermesi, Ankara 2022.

**UZUNALLI**, Sevilay: “Kullanma Zorunluluğu Bağlamında Tekrar Marka ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 9, S. 1, 2023, s. 93-115.

**YASAMAN**, Hamdi/**AYOĞLU**, Tolga/**YUSUFOĞLU BİLGİN**, Fülürya/**MEMİŞ KARTAL**, Pınar/**YÜKSEL**, Sinan H./**YASAMAN**, Zeynep: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2021.

**YASAMAN**, Hamdi/**AYOĞLU**, Tolga/**YUSUFOĞLU BİLGİN**, Fülürya/**MEMİŞ KARTAL**, Pınar/**YÜKSEL**, Sinan H./**YASAMAN**, Zeynep: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2021.

**YÖRDEM**, Yılmaz/**BIÇIMLI**, Emrah: “Markanın Kullanım Yükümlülüğü ve Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 51, 2022, s. 173-200.

## CEZA MUHALEMESİNDE DÜŞME KARARLARININ SUÇSUZLUK KARİNESİNE ETKİSİ

Arş. Gör. Dr. Bekir BOGA\*

### Öz

Ceza muhakemesinde bir suçun ispatı, hâkimin veya mahkemenin her türlü şüpheden arınmış kanaatini gerektirmektedir. Böyle bir kanaat hasıl olmadıkça sanık hakkında mahkûmiyet hükmü verilebilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan mahkûmiyet hükmü olmadığı müddetçe sanığın suçlu olarak kabul edilmesi de yasaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 2. fırfasında açıkça belirtilen bu kural Türk Hukukunda genellikle masumiyet karinesi olarak isimlendirilmektedir. Ceza muhakemesinde mahkeme bazı hallerde sanık hakkındaki suç şüphesi ile ilgili bir karara varmamakta, sanığın ne suçlu ne de suçsuz olduğuna ilişkin bir kanaat paylaşmamaktadır. Bu çalışmada masumiyet karinesi ile ilgili iki farklı sorun ele alınmaktadır. Birinci olarak ceza mahkemesinin suç şüphesine ilişkin olumlu veya olumsuz bir kanaate varamadığı durumlarda yargılama konusu olay ile ilgili diğer hukuk disiplinleri sanığın sorumluluğunu kabul edebilecek midir? İkinci olarak ise sanığın ceza mahkemesinden üzerindeki suç şüphesinin tamamen kaldırılmasını isteme hakkı bulunmakta mıdır?

\* Arş. Gör. Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Res. Ass. Dr., Necmettin Erbakan University Faculty of Law Criminal Law and Criminal Procedure Law Department, Konya, Türkiye.

✉ bboga@erbakan.edu.tr • ORCID 0000-0002-0894-8969.

- ✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** BOGA, Bekir: "Ceza Muhakemesinde Düşme Kararlarının Suçsuzluk Karinesine Etkisi", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2581-2610.
- ✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

• Masumiyet Karinesi • Hüküm • Beraat Kararı • Düşme Kararı • Aklanma Hakkı

## IMPACT OF DISMISSAL OF THE CASE ON PRESUMPTION OF INNOCENCE IN CRIMINAL PROCEDURE

### Abstract

In order to punish a perpetrator, the criminal court needs to be absolutely convinced of an offence in criminal procedure. The court cannot render judgment of conviction unless it proves the offence. On the one hand everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law according to article 6 paragraph 2 of Europa Human Rights Convention. The rule is called as "masumiyet karinesi" in Turkish Law. The criminal court does not determine whether the accused is guilty in some cases of criminal procedure. In this article we attempt to solve two different problems regarding with the presumption of innocence. First, can other law department yield that the accused is guilty in cases the criminal court does not prove any offence? Second, has the accused the right of exculpation in criminal procedure.

### Keywords

• Presumption of Innocence • The Judgment • Acquittal Verdict • Dismissal of the Case Verdict • The Right of Exculpation

## GİRİŞ

Suç şüphesinin öğrenilmesiyle başlayan ceza muhakemesi söz konusu şüphe hakkında soruşturma veya kovuşturma makamlarının verdikleri karar ile sona ermektedir. Şüphe soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından değerlendirilmektedir. Cumhuriyet savcısı, gerçekleştirdiği araştırma sonucunda suç şüphesini kamu davasını açmak adına yeterli görürse iddianame düzenleyerek ceza davası açmaktadır. Bu noktadan itibaren şüphe ile ilgili karar verme yetkisi ceza mahkemesine aittir. Ceza mahkemesi söz konusu şüpheyi bertaraf ederek maddi gerçeğe ulaşacak ve bu maddi gerçek uyarınca karar verecektir. Ceza mahkemesinin bu kararı kanunda hüküm olarak adlandırılmaktadır. Ancak ceza mahkemesi her halükârda maddi gerçeği tespit ederek hüküm vermemektedir.

Geçmişte yaşanmış bir olayın tekraren yaşatılması mümkün olmadığından maddi gerçeğin tespitinde birtakım vasıtaların kullanılması



gerekir. Bu vasıtalar ceza muhakemesinde delil olarak adlandırılmaktadır. Yargılama makamının görevi bu delillerden yola çıkarak maddi gerçeği tespit etmektir. Ancak suçun saklanması, gizlilik içerisinde işlenmesi, zamanla delillerin kaybolması gibi etkenler düşünüldüğünde bunun o kadar da kolay bir iş olmadığı anlaşılacaktır. Bazı hallerde bu ve benzeri etkenlere bağlı olarak maddi gerçeğe ulaşılamamaktadır. Bazı hallerde ise kanun koyucu çeşitli mülahazalarla maddi gerçeğe ulaşılmamasından sarf-nazar ederek ceza muhakemesinin sonuçlandırılmasını istemektedir. Bu durumlarda suçsuzluk karinesi kuralının uygulanması ile ilgili bazı sorunlar oluşmaktadır. Zira bu durumlarda şüpheye binaen sanığa bir suç isnat edilmiş olmakta, ancak mahkemece söz konusu şüphe ile ilgili kesin bir kaniya varılmamaktadır. Suçsuzluk karinesi çerçevesinde her ne kadar sanık bu gibi durumlarda suçsuz kabul edilse de mantık kuralları ve yaşam gerçeği karşısında mahkemenin verdiği hüküm sanığı ne masum ne de suçlu yapmaktadır. Bu makalede özellikle düşme kararlarının bu çerçevede oluşturduğu uygulama sorunları ele alınmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle suçsuzluk karinesi ve düşme kararlarına ilişkin genel bilgiler verilecek sonrasında ise uygulamada karşılaşılan iki farklı sorun AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde çözüme kavuşturulmaya çalışılacaktır.

## I. SUÇSUZLUK KARİNESİ ve CEZA MUHAKEMESİNDE DÜŞME HÜKMÜNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

### A. Suçsuzluk Karinesi

Suç isnadında bulunulan kişi hukuk düzeninin öngördüğü en ağır yaptırım türü olan ceza<sup>1</sup> tehdidi ile karşı karşıyadır. Bu nedenle suç isnadına ilişkin uyuşmazlığın çözülmesi ayrı bir hassasiyeti ve özeni gerektirmektedir. Buna bağlı olarak ceza muhakemesinde birçok ilke kabul edilmiştir. Ancak ceza yargılamasında tek sorun sanığın ceza tehdidinde maruz kalması değildir. Bir suç isnadı altında bulunmak dahi kişinin onur,

<sup>1</sup> Ceza en son çaredir. Bu nedenle haksızlık karşısında ceza öngörülebilmesi için haksızlığın cezaya müstahak olması gerekir. **ARTUK**, Mehmet Emin/ **GÖKCEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, M. Emin/ **ÇAKIR**, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2023, s. 57; **KOCA**, Mahmut/ **ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı Ankara 2021, s. 42; **AKBULUT**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2023, s. 91, 101.

şeref ve saygınlığını zedeleyebilir. Kişinin bir cezai tatbikata uğraması bile bu anlamda onun haklarına ciddi bir müdahaleyi gerektirmektedir. Ancak hukuk düzeninin gerekleri çerçevesinde kişi suçlu olsa da olmasa da cezai takibatın yapılması gerekecektir. Ortada bir şüphe varsa bu şüphenin doğrulanması veya yanlışlanması için ceza soruşturması ve kovuşturmasının yürütülmesi gerekir. Dolayısıyla suçsuz kişilerin de cezai takibata uğraması mümkündür. Her ne kadar bu ihtimal dikkate alınarak ceza kovuşturmasından vazgeçilmeyecek olsa da ceza muhakemesi sürecinin kişiye verebileceği bu zararın mümkün olduğunca asgari düzeye indirici kurallara yer vermek gerekir<sup>2</sup>. Suçsuzluk karinesi bu kuralların en önemlisidir ve öncelikle belirtilmesi gerekir<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> İfade ettiğimiz hususlar suçsuzluk karinesi ile oldukça yakından ilişkili olan lekelenmeme hakkına işaret etmektedir. Suçsuzluk karinesinde suç şüphesi altında bulunan kişinin suçlu olmadığı varsayımından hareket edilmekte böylelikle kişinin suçlu muamelesi görmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Lekelenmeme hakkında bundan da öte kişinin şeref ve saygınlığının korunması hedeflenmektedir. **KARA**, Eyüp, Lekelenmeme Hakkı, Adalet Dergisi, S. 43, 2012, s. 190; Suç ile itham edilen kişinin hakkında karar verilmeye kadar her türlü maddi ve manevi saldırıdan korunması gerekir. Lekelenmeme hakkı sanığın şeref ve saygınlığının korunmasını gerektirir. Bu kapsamda lekelenmeme hakkı, masumiyet karinesi ve soruşturmanın gizliliği ilkesi gibi kurullarla beraber incelenmektedir. **GÜLSÜN**, Ramazan, İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı, International Journal Of Legal Progress, C. 1, S. 2, 2015, s. 25 vd.

<sup>3</sup> Suçsuzluk yerine masumluk veya masumiyet ifadesi de kullanılmaktadır. Ancak bazı yazarlar özellikle suçsuzluk ibaresinin kullanılmasının daha doğru olacağını ileri sürmektedirler. Bunun nedeni teorik bir görüş ayrımına dayanır. Bir görüş suçsuz sayılmanın masum sayılma anlamına geleceğini ancak söz konusu masumlüğün kesin olmadığını bir varsayıma dayandığını ifade etmektedir. Bu görüş suçsuzluk karinesi yerine masumluk karinesi ifadesini de kullanabilmektedir. **YÜCE**, Turhan Tufan, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 1, 1988, s. 160; “Ünver/Hakeri” de koruma tedbirlerinin soyut olarak suçsuzluk karinesi ile çeliştiğini belirterek bu görüşe taraf olmuşlardır. **ÜNVER**, Yener/ **HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı Ankara 2015, s. 33. Buna karşılık aksi yönde olan görüş suçsuzluk ile masumiyetin aynı şeyi ifade etmediğini savunmaktadır. Sanık ne suçlu ne de masum sayılan kişidir. Bu yüzden kendisine yönelik bir takım ceza muhakemesi işlemleri uygulanmaktadır. Buna karşılık sanığın suçlu sayılmaması onun suçsuz sayılmasına tekabül etmektedir. Bu nedenle masumiyet karinesi yerine suçsuzluk karinesi kavramının kullanılması gerekir. **FEYZİOĞLU**, Metin, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 137-138; **ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 58, 2005, s. 44;

Karine terim anlamıyla bilinen bir husustan bilinmeyen bir hususu çıkarmak anlamına gelmektedir<sup>4</sup>. Bu itibarla karineler belirli varsayımlar üzerinden ispatın gerçekleştirilmesini sağlamaktadırlar. Suçsuzluk karinesi sanığın suçunun mahkeme tarafından tespit edilmediği durumlarda suçlu sayılmamasını sağlayan bir varsayım kuralıdır<sup>5</sup>. Bu kural tabi olarak ancak bir suç isnadının varlığı halinde uygulama alanı bulur<sup>6</sup>. Hakkında suç isnadı bulunmayan kişinin böyle bir kuraldan yararlanma ihtiyacı zaten söz konusu değildir. Suçsuzluk karinesi bu açıdan aynı zamanda bir haktır<sup>7</sup>. Suç isnadı altında bulunan kişilerin suçlu sayılmama hakları vardır. Bu kişilere karşı suçlu muamelesi yapılması bu hakkın ihlali anlamına gelir.

Suçsuzluk karinesi en başta yargı makamlarının riayet etmesi gereken bir kural ve haktır. Sadece ceza yargısında değil diğer yargılamalarda da suçsuzluk karinesi ilkesine dikkat edilmelidir. Ceza yargısında yargı makamları suçluluğu sabit olmayan kişilere yönelik peşin bir hükümlerle suçlu muamelesinde bulunamazlar. Bu durum kişinin yargılanmadan mahkûm edilmesi anlamına gelecektir. Bu nedendir ki suçsuzluk karinesinin en ağır ihlali ceza yargısı makamlarının gerçekleştirdiği ihlaldir. Ceza yargısı makamları şüpheli veya sanığın suçluluğunu peşinen kabul edecek eylemlerden kaçınmalıdır<sup>8</sup>. Bu sadece suçsuzluk karinesinin değil tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde yargılanma hakkının da ihlal

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2018, s. 178.

<sup>4</sup> BİRTEK, Fatih, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 500; PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, 8. Baskı, Ankara 2014, s. 255.

<sup>5</sup> FEYZİOĞLU, s. 138-139; ÜZÜLMEZ, s. 43.

<sup>6</sup> ÜZÜLMEZ, s. 45; Diğer bir görüş ise Anayasa'nın sadece suçsuzluk karinesini suç isnadının bulunduğu durumlarla sınırlı kabul etmediğini suç isnadı bulunmaksızın kamu otoritelerince kişiye suçlu muamelesinin yapılmasının da suçsuzluk karinesini ihlal edeceğini belirtmektedir. Ancak söz konusu yazarlar AİHS'de suçsuzluk karinesinin yalnızca suç isnadının varlığı hallerinde uygulanan bir kural olarak düzenlendiğini kabul etmektedirler. YILDIRIM, Akif, Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Masumiyet Karinesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 111, 2015, s. 119; FEYZİOĞLU, s.141.

<sup>7</sup> FEYZİOĞLU, s. 157; ÜZÜLMEZ, s. 70; ÜNVER/ HAKERİ, s. 31.

<sup>8</sup> FEYZİOĞLU, s. 148-149

edilmesi anlamına gelir. Diğer yargı makamları ise ceza mahkemeleri tarafından suçu sabit olmayan kişi hakkında kişinin suç işlediğini kabul ederek karar veremeyeceklerdir. Zira bu durum kişinin suçlu muamelesi görmesi anlamına gelir.

Yargı makamları dışındaki resmi makamların da suçsuzluk karinesine uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda resmi makamlar yaptıkları açıklamalarda hakkında soruşturma bulunan bir kişinin suçu işlediğini ifade edemezler. Veya kişinin suçu işlediğinden bahisle işlem tesis edemezler<sup>9</sup>.

Diğer üçüncü kişilerin de suçsuzluk karinesine uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Bu husus özellikle basın-yayın faaliyetleri açısından ele alınmaktadır. Basın-yayın organları bazı hallerde hakkında soruşturma ve kovuşturma bulunan kişileri suçu işlemiş kişi olarak kamuoyuna yansıtmaktadırlar. Bu durum suçsuzluk karinesinin ihlaline neden olabilmektedir. Bunu engellemek üzere devletin mevzuatında gerekli düzenlemeleri yapması gerekmektedir<sup>10</sup>.

Suçsuzluk karinesi, bir suç ithamının yapılmasıyla birlikte işlerlik kazanan bir kuraldır. Suç ithamından sadece şüpheliye yapılan bir sözlü veya yazılı itham anlaşılmalıdır. Bir kişinin gözaltına alınması, tutuklanması gibi kişinin durumunu etkileyen hallerde de suç ithamının varlığı AİHM tarafından kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Mahkemenin vereceği hükümler sanığın suçu işlediği sabit olarak kabul ediliyorsa artık suçsuzluk karinesi ilkesinin uygulanma imkânı ortadan kalkar<sup>12</sup>. Başka bir ifadeyle mahkeme tarafından suçu işlediği sabit olduğu kabul edilen kişi suçsuz sayılma hakkına sahip değildir. Buna karşılık sanığın suçu işlediğini kabul etmeyen bütün ceza muhakemesi hükümleri açısından suçsuzluk karinesine hükümden sonra da riayet edilmesi gerekmektedir. Ceza

<sup>9</sup> CENTEL/ ZAFER, s.179.

<sup>10</sup> ÜZÜLMEZ, s. 53-54.

<sup>11</sup> AİHM içtihatlarında bu hususta ilgili iç hukukla bağlı kalmamakta ve bu şekilde kısıtlar geliştirmektedir. ÜZÜLMEZ, s. 47. Fakat iç hukukumuz açısından kişinin durumunu etkileyen koruma tedbirinde kişiye hakkındaki suç isnadının anlatılacağına dair hükümlerin mevcut olduğunu da belirtmemiz icap eder. (Bkz. CMK m.90/4, 147/1-b).

<sup>12</sup> YILDIRIM, Masumiyet Karinesi, s.120.

mahkemesinin beraat veya düşme gibi kararlarından sonra kişiye suçlu muamelesi yapmak, suçsuzluk karinesinin ihlali anlamına gelecektir.

## B. Ceza Muhakemesinde Düşme Hükümü

Ceza muhakemesinde hüküm, uyuşmazlığı çözen ve sona erdiren mahkeme kararını ifade etmektedir<sup>13</sup>. Mahkeme duruşmada ortaya konulan ve tartışılan delillerden belirli bir sonuca ulaşır ve bu sonuç doğrultusunda uyuşmazlığı sona erdirir. Bu sonucun ne olabileceği (hüküm çeşitleri) 223. maddede belirtilmiştir. Düzenlemeye göre beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı hükümdür<sup>14</sup>.

Bu hükümlerden bazıları davanın esasına ilişkin bir önerme içermektedir. Örneğin mahkûmiyet kararı sanığın suçu işlediğine ilişkin bir hüküm ifade ederken, ceza verilmesine yer olmadığı kararı sanığın fiili işlediği ancak ceza sorumluluğu bulunmadığına işaret etmektedir<sup>15</sup>. Buna karşılık diğer bazı hükümler uyuşmazlığın esasına ilişkin bir çözüm getirmemektedir. Bu hükümler ceza mahkemesinin uyuşmazlığın esasını çözmek için muhakemeye devam edemediği hallerde verilmektedir. Davanın reddi ve düşmesi kararları bu niteliktedir. Davanın reddi kararı

<sup>13</sup> KURŞUN, Günel, Ceza Muhakemesinde Hüküm, 1. Baskı, Ankara 2016, s.41; DOĞAN, Koray, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ceza Hukuku Dergisi, C. 3, S. 7, 2008, s. 172; BEKAR, Elif, Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 1, 2017, s. 17. Hüküm muhakeme sonunda ulaşılan sonuçtur. Bununla beraber bu sonuç kesinleşinceye kadar mahkeme kararının mütalaa olarak ifade edilmesi gerekir. BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 771.

<sup>14</sup> Buradaki belirleme sınırlayıcıdır. Kanunun 223.maddesinde gösterilenlerden başka türlü bir hükme ulaşılabilmesi mümkün değildir. "...hüküm fıkrasının mahsus bölümünde yer alan "beraati ve ceza verilmesine yer olmadığına" ibaresinin beraatine ibaresi ile değiştirilmesine..." Y. 1. CD, 22.01.2019, E.2018/3952, K.2019/131.

<sup>15</sup> TCK'nın benimsediği suç teorisine göre tipik ve hukuka aykırı bir fiilin işlendiği ve fakat cezalandırılabilirliğinin diğer şartlarının gerçekleşmediği durumlarda "ceza verilmesine yer olmadığı" karar verilmektedir. AKBULUT, s. 685. Buna karşılık objektif cezalandırılabilirlik şartları haksızlığın kurucu unsurları arasında sayılmamasına rağmen bu şartların yokluğu halinde "beraat" kararının verilmesi gerektiği belirtilmektedir: ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2023, s. 768, dpn. 768. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğine ilişkin bkz: KANGAL, Zeynel T., Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 68, S. 1-2, 2010, s. 156.

iddianameye konu olan fiile ilişkin bir davanın devam ediyor olması veya verilmiş bir hüküm bulunması halinde verilmektedir. Davanın düşmesi kararı ise davanın reddi nedenleri haricinde muhakemeye devamın kanunen kesin bir şekilde mümkün olmadığı hallerde verilmektedir. Bu nedenler çoğunlukla muhakeme engeli başlığı altında toplanmaktadır<sup>16</sup>.

Esası çözen ceza muhakemesi kararlarında çoğunlukla ceza uyumsuzluğu ile ilgili olarak net bir sonuca ulaşılır. Örneğin sanığın suçu işlemediğinden bahisle verilen beraat kararı (m.223/2-b) açıkça onun suçsuzluğuna işaret eder. Keza verilen mahkûmiyet kararı da sanığın açıkça suçu işlediğini göstermektedir. Bu durumlarda suçsuzluk karinesi ile ilgili bir uygulama sorunu ile karşılaşılması güçtür. Suçu işlemediğinden bahisle verilen beraat kararı sonrasında sanığa suçlu muamelesinin yapılması hukuk düzeni açısından zaten bir çelişki teşkil eder. Böyle bir durumda suçsuzluk karinesine dayanılmasına gerek yoktur zira sanık zaten mahkeme kararı ile suçsuz ilan edilmiştir. Mahkûmiyet kararının verildiği hallerde de suçsuzluk karinesine dayanılmaz. Zira burada da mahkeme açıkça sanığın suçluluğunu kabul etmiştir. Bu sanığın suçsuzluk karinesine dayanarak suçsuz olduğunu savunabilmesi hukuken mümkün değildir. Belirtelim ki ceza verilmesine yer olmadığı kararında da sanığın tipik bir haksızlığı gerçekleştirdiği sabittir. Fakat ceza hukuku kuralları çerçevesinde cezalandırılabilirlik şartlarından birisi gerçekleşmediği için sanık cezalandırılmamaktadır. Bu itibarla ceza verilmesine yer olmadığı kararının verildiği durumlarda suçsuzluk karinesinin etkisi sınırlı olacaktır<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> DOĞAN, s. 192.

<sup>17</sup> Alman hukukunda beraat kararından farklı olarak ceza verilmesine yer olmadığı kararı (Straffreierklärung) yalnızca karşılıklı hakaret (StGB § 199) durumunda gündeme gelmektedir. Bu durumda yargılama giderlerinin sanıklara yükleneceği açıkça belirtilmiştir (StPO § 468). BEKAR, s. 37-38. Tam olarak hukukumuzdaki düzenlemenin karşılığı olarak görülmesi de karşılıklı hakaret durumunda Alman Kanun Koyucunun suçsuzluk karinesini kabul etmediğini söyleyebiliriz. Benzer bir düzenleme CMK'nın 328. maddesinde de mevcuttur. Bununla birlikte CMK 327. madde düzenlemesinde diğer durumlarda verilecek ceza verilmesine yer olmadığı kararlarında kişinin sadece kendi kusurundan ileri gelen giderleri ödemeye mahkûm edileceğini kabul etmiştir.

Fakat esasa ilişkin olduğu düşünülen bazı kararlar aslında uyumsuzluğu tam anlamıyla belli bir sonuca bağlamamaktadır. Bu durum şüpheden sanık yararlanır ilkesinin sonucu olarak verilen beraat kararlarında karşımıza çıkar. 223. maddenin 2. fıkrasının e bendine göre yüklenen suçun sanık tarafından işlendiği sabit olmadığı hallerde beraat kararı verilecektir. Düzenleme sanığın suçu işlemediğinin sabit olmadığı ancak diğer taraftan suçu işlediğinin de yeterli miktarda delille ispatlanamadığı hallerde beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda mahkemenin verdiği karar esasında sanığı ne suçlu ne de suçsuz olarak kabul etmektedir. Fakat sanık suçsuzluk karinesi gereği suçsuz olarak kabul edilmekte ve böylece muamele görme hakkına sahip olmaktadır<sup>18</sup>.

Davanın reddi kararında esasen böyle bir sorun söz konusu değildir. Zira davanın reddi kararı sadece iddianameye konu olan fiille ilgili bir hüküm veya davanın bulunduğuna işaret eder. Buna karşılık düşme kararları sanığın suçu işlediğinin sabit olmaması nedeniyle verilen beraat kararlarında olduğu gibi sanık hakkında suçlu yargısında bulunmadığı gibi suçsuz yargısında da bulunmaz. Düşme kararı yalnızca davaya kesin olarak devam edilmesini engelleyen bir neden bulunduğundan ötürü muhakemenin sonuçlandırıldığını belirtir. Dolayısıyla burada sanık suçsuzluk karinesi kuralı gereğince suçlu sayılmamaktadır.

Fakat bu iki halde de sanığın suçsuzluğu esasında bir hukuki bir varsayımdan ibarettir. Bu sanığın gerçekte tam anlamıyla aklanabildiğini söylemek güçtür. Gerçekten de suçu işlemediği sabit olduğu için beraat eden bir sanık ile suçu işlediği sabit olmadığı için hakkında beraat kararı verilen veya dava zamanaşımı nedeniyle davası düşürülen sanığın aynı konumda olduğu söylenemez. Birinci sanık sadece hukuki bir varsayımla değil mahkemenin kesin bir tespitiyle masumdur. İkinci sanık ise suçsuzluk karinesine dayanabildiği için suçsuzdur. Sosyal gerçeklik böyle bir sonucu gerektirmektedir.

Söz konusu sosyal gerçeklik ve hukuki varsayım arasındaki farklılık iki farklı sorunu gündeme getirecektir. Birincisi sanığın hukuki varsayıma dayalı olarak suçsuz kabul edildiği hallerde sanık hakkında çözüme kavuşturulamayan suç şüphesi nedeniyle gerçekleştirilen idari eylemler

<sup>18</sup> Doğan, s.180; Centel/ Zafer, s.805.

ve verilen yargı kararları suçsuzluk karinesi ile nasıl bağdaştırılacaktır? İkinci sorun ise suçsuzluk karinesi ile sosyal gerçeklik arasında bir uyum sağlanmasına ilişkin sanığa bir hak tanınacak mıdır? Başka bir deyişle sanık mahkemeden **aklanmasını** talep edebilecek midir? Aşağıda bu iki soruya AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları çerçevesinde cevap vermeye çalışacağız.

## II. DÜŞME KARARI ve SUÇSUZLUK KARİNESİNE RİAYET EDİLMESİ SORUNU

### A. Düşme Kararı Verilirken Suçsuzluk Karinesine Riayet Edilmesi Sorunu

Yukarıda da ifade edildiği üzere düşme kararı verilen hallerde mahkeme kanunen maddi gerçeği araştırmaktan sarfınazar etmekte ve yargılamayı sanığın üzerindeki şüphe ile ilgili herhangi bir karar vermeksizin sonuçlandırmaktadır. Şu hâlde mahkemenin düşme kararı verirken maddi gerçeğe ilişkin bir açıklamada bulunmaması icap eder. Bu nedenlere bağlı olarak esasında sanığın suçluluğunu tespiti yetkili olan ceza mahkemesinin düşme kararının gerekçesinde maddi gerçeğe atıf yaparak sanığın aslında suçu işlediğine dair bir açıklamada bulunulması suçsuzluk karinesinin ihlali anlamına gelir<sup>19</sup>. Ceza mahkemesi sanığın suçluluğunu ancak mahkûmiyet kararı ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile tespit edebilir.

### B. Düşme Kararı Sonrasında Yaşanan Uyuşmazlıklarda Suçsuzluk Karinesine Riayet Edilmesi Sorunu

Yukarıda da ifade edildiği üzere suçsuzluk karinesi ceza yargılamasından sonra da riayet edilmesi gereken bir ilkedir. Özellikle davanın esastan çözülmediği, sanığın mahkeme kararı ile aklanmadığı kararlar açısından yargılama sonrasında suçsuzluk karinesine riayet edilmesi önem arz eder. Zira burada suçsuzluk karinesine riayet etmek bazı nedenlerden ötürü zorluk arz edebilmektedir. Cezai uyuşmazlık konusu

<sup>19</sup> Alman hukukunda bu durum özellikle mahkemenin takdire bağlı olarak duruşmayı düşme kararı ile sona erdirebildiği ve yargılama giderlerini sanığa kusurlu olma ihtimalinin yüksek olması sebebiyle yükletildiği haller bakımından tartışılmaktadır. Sanığın kusur olasılığına ilişkin tespit, kusur yargısından ayrılamayacağı belirtilmektedir: **KÜHL**, Krisitian, Zur Beurteilung der Unschuldsvcrmutung bei Einstellungen und Kostcnentschcidungen, JR 1978, s. 98.



teşkil eden olay diğer hukuk disiplinlerince de çeşitli yönlerden uyumsuzluk konusu edilebilmektedir. Bir olayın ceza hukuku boyutu olduğu gibi disiplin hukuku ve özel hukuk boyutu da bulunabilmektedir. Bu noktada ceza mahkemesi tarafından verilen kararın diğer yargı kollarında etkisi bulunabilmektedir. Bununla birlikte diğer yargı kollarının ceza yargısından farklı sonuçlara ulaşabilmesi mümkündür.

Ceza yargılamasında delil serbestisi ilkesi geçerlidir (CMK m. 217). Bu ilke gereğince ispat açısından serbestlik kural olup mahkeme maddi gerçeği her türlü delille tespit edebilmektedir<sup>20</sup>. Bu nedenle ceza yargılaması sonucunda hâkim tarafından ulaşılan kanaatin mutlak gerçeğe en yakın olduğu kabul edilebilir<sup>21</sup>. Ceza yargılamasının bu özelliği ceza mahkemesi tarafından maddi gerçeğe ilişkin yapılan tespitlerin diğer yargı makamları açısından bağlayıcı olmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda ceza mahkemesinin sanığın isnat edilen fiili işlediği veya işlemediğine ilişkin tespitleri diğer yargı makamlarını bağlar. Bu kapsamda ceza mahkemesi sanık bu fiili işlememiştir şeklinde kanaat getirdiği takdirde hukuk mahkemesinin sanığın fiile işlediğine dair bir tespitte bulunabilmesi mümkün değildir. Keza bu nedenle mahkûmiyet kararlarının maddi olay açısından diğer yargı makamlarını bağladığı kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Zira

<sup>20</sup> **YENİSEY**, Feridun/ **NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2023, s. 541; **ŞAHİN**, Cumhuriyet/ **GÖKTÜRK**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2023, s. 410; **YILDIZ**, Ali Kemal, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi (Ceza Muhakemesinde İspat), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 9.

<sup>21</sup> **ŞAHİN/ GÖKTÜRK**, s. 407.

<sup>22</sup> “Borçlar Kanunu’nun 53. maddesi uyarınca ceza mahkemesince verilebilecek mahkûmiyet kararları maddi olay yönünden Hukuk Hakimini bağlayıcı niteliktedir. Ceza ve hukuk mahkemeleri kararları arasındaki ilişkiyi düzenleyen BK.nun 53. maddesi hükmü hukuk hâkimini, ceza mahkemesinin kesinleşen kararı karşısında maddî hukuk bakımından kural olarak bağımsız kılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuk hâkiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Her mahkûmiyet kararı o eylemin hukuka aykırılığını tespit etmesi bakımından hukuk hâkimini bağlayıcı niteliktedir. **Ceza hâkiminin saptadığı maddî olaylar ve özellikle fiilin hukuka aykırılığı ve davalılar tarafından işlenmiş olup olmadığı hukuk hâkimini bağlar.** Bir başka ifade ile Borçlar Kanunu’nun 53. maddesi hükmü uyarınca hukuk hâkimi ceza davasında alınmış kusur raporu ile bağlı olmamakla birlikte, kesinleşmiş ceza ilamıyla saptanmış maddî olgularla bağlıdır.” Y. 11. HD, 28.09.2006, 8503/9459., **KAPANCI**, Kadir Berk, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m.74), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, s. 521-522; **TANERİ**, Gökhan, Ceza ve Hukuk Mahkemesinin Kararlarının Birbirine Etkisi,

mahkûmiyet kararı sanığın isnat edilen fiili işlediğine ilişkin bir tespitte bulunmaktadır.

Ancak diğer hukuk disiplinleri şüphesiz maddi gerçekle alakalı uyumsuzluğu farklı esaslara göre çözmektedir. Ceza yargısı nihayetinde cezalandırma olup olmayacağına ilişkin bir çözüm ararken, hukuk yargısı tazminat sorumluluğuna ilişkin soruna çözüm aramaktadır. Burada hukuk disiplinlerinin sorumluluk esasları birbirinden farklıdır. Dolayısıyla maddi gerçeklikle ilgili bağlayıcılık hukuk veya idare mahkemesinin uyumsuzluğa ilişkin vereceği kararda kendisini göstermez. Bu nedenle hukuk mahkemesi veya idare mahkemesi fiili gerçeklikle bağlı kalmak koşulu ile beraat kararı verilen bazı hallerde tazminata hükmedebilir. Örneğin ceza mahkemesinde isnat edilen fiili kasten işlemediği için beraat kararı verilmesi sanığı hukuk mahkemesinde tazminat sorumluluğundan kurtarmayabilir. Zira haksız fiil sorumluluğunun esasları cezai sorumluluktan farklıdır<sup>23</sup>. Ancak bu kapsamda hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinin fiil tespiti ile de bağlı olması gerekir. Hukuk mahkemesinin sanığın fiili kasten işlediğinden bahisle tazminata hükmetmesi mahkemelerin verdiği kararlar arasındaki bütünlüğü bozacağı gibi sanığın suçu işlediğine dair dolaylı bir kabul oluşturduğundan da suçsuzluk karinesini ihlal edebilecektir.

Ceza muhakemesinde geçerli olan ispat kuralları sanığın mahkûmiyeti açısından şüpheden arındırılmış bir vicdani kanaate ulaşılmasını gerektirir. Bu durum ceza yargılaması sonucunda sanığın hukuki olarak en ağır yaptırım olan ceza ile karşılaşacak olmasının bir sonucudur. Hukuk düzeni en ağır yaptırım olan ceza açısından ispat kurallarında hassasiyet aramış, şüpheden arındırılmamış bir vicdani kanaate dayanarak mahkûmiyet kararı verilmesini yasaklamıştır<sup>24</sup>. Bununla birlikte medeni yargılamada ve idari yargılamada ispatta aynı hassasiyetin gösterildiği söylenemez. Hukuk yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılmaya

---

Adalet Dergisi, S. 51, 2015, s. 77; YAVUZ, Özge Ceren, Ceza Mahkemesi Kararlarında Meşru Savunma ve Zorunluluk Halinin Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, s. 128.

<sup>23</sup> KAPANCI, s. 515 vd.

<sup>24</sup> ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 408.

çalışılmaz, şekli gerçeğin tespiti ile yetinilir<sup>25</sup>. Keza disiplin yargılamalarında her türlü şüpheden arındırılmış bir vicdani kanaatten ziyade verilecek ceza da göz önünde tutularak daha hafif bir ispat ölçütü belirlenebilmektedir. Şu hâlde ceza yargılamasının sıkı ispat kuralı nedeniyle maddi gerçeği tespit etmediği hallerde diğer yargı kollarının maddi gerçeğe ilişkin bir takım tespitlerde bulunabilmesini mümkün görmek gerekir. Ancak böyle bir kabul suçsuzluk karinesinin esasları çerçevesinde reddedilebilecektir. Zira ceza mahkemesi tarafından isnat edilen fiil gerçekleştirilmiştir denilemiyorsa bu sefer suçsuzluk karinesi devreye girecek ve söz konusu fiilin işlendiği diğer yargı makamları ve idari makamlar tarafından belirlenemeyecektir.

Bütün bu belirlemeler yapılan ceza kovuşturmasının sonradan yapılan yargılamalarda veya disiplin soruşturmalarında göz önünde bulundurulamayacağı anlamına gelmemektedir. Ceza mahkemesinin yaptığı söz konusu yargılama sonucunda ortada bir şüphe kalmıştır ve bu şüphe diğer yargılamalar açısından hukuk disiplinlerinin gerektirdiği şekillerde değerlendirilecektir<sup>26</sup>. Fakat bu yapılırken yukarıda söylediklerimizin aynen geçerli olduğunu vurgulamamız gerekir. Söz konusu yargılamalarda ceza mahkemesi tarafından isnat edilen fiil işlenmemiştir denilememişse bu yargılamalarda isnat edilen fiilin işlendiğinden bahisle bir karar verilemeyecektir. Bu durum suçsuzluk karinesi ilkesinin bir gereğidir.

Yaptığımız bu tespitler çerçevesinde ceza yargılaması sonrasında karar vericilerin karar verirken kullandıkları dile azami özen göstermeleri gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Anayasa Mahkemesi de verdiği

<sup>25</sup> CENTEL/ ZAFER, s. 7.

<sup>26</sup> Ceza mahkemesinin suçun işlendiğinin sabit olmaması nedeniyle verdiği karardan sonra var olan şüphe Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından şu şekilde değerlendirilmiştir: “Dosya kapsamına göre her ne kadar olay mesai saatinden sonra ve işyeri dışında meydana gelmiş ise de, davacı hakkında genel ahlaka aykırı bir suç işlediğine ilişkin kamu davası açılmasına neden olan iddia ve bu iddianın geniş bir kitleye yayılması işyerinde olumsuzluklara yol açacak niteliktedir. Davalı belediyede temizlik işçisi olarak çalışan davacı hakkındaki iddiaların ilçe halkı tarafından bilinmesi kurum açısından iş sözleşmesinin devamını zorlaştırmıştır. Davalı işverence yapılan fesih geçerli nedene dayandığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulü hatalı olmuştur.” Anayasa Mahkemesi karar ile ilgili yapılan başvuruda kullanılan dil açısından suçsuzluk karinesini ihlal eden bir durum olmadığı için başvuruyu reddetmiştir. Mustafa Akın Başvurusu, B.No:2013/2696.

kararlarında bu hususu vurgulamaktadır. Bu kapsamda ilgili makam uyuşmazlık hakkında karar verirken daha önce yapılmış bulunan ceza yargılamasını göz önünde bulundurabilecektir. Bu durum özellikle disiplin yargılamaları açısından önem taşımaktadır. Ceza yargılamasından beraat edilmiş olması dahi disiplin yaptırımının uygulanmasına engel olmamaktadır<sup>27</sup>. Disiplin hukuku şahısların gerçekleştirdikleri görevler nedeniyle tabi oldukları kuralları düzenleyen ve kurallar karşılığında görev yükümlülüğüne has cezalar öngören bir hukuk dalıdır. Bu kapsamda kamu görevlilerinin icra ettikleri fiiller nedeniyle disiplin sorumlulukları söz konusudur. Özellikle bazı görevler açısından disiplin sorumluluğunun daha ağır olabileceği müşahede edilmektedir. Örneğin bir silahlı kuvvetler personeli açısından bir suç işlemiş olmak değil suç ile itham edilmiş olmak dahi disiplin sorumluluğunu gerektirebilir. Bir silahlı kuvvetler personeli ile ilgili yapılan ceza kovuşturmasında düşme kararı verildiğini varsayalım. Burada idare yapılan ceza kovuşturmasının ağırlığını dikkate alarak disiplin cezası verebilecektir. Fakat bu disiplin cezası verilirken sanığın suçu işlediğine dair bir belirleme yapılamayacağından bu anlama gelecek bir ifade de kullanılamayacaktır. Bu kapsamda idare verdiği kararda sanığın geçirdiği ceza soruşturmasının ağırlığına dayanarak disiplin cezası verebilecektir<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> OĞURLU, Yücel, Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, 2003, s. 114.

<sup>28</sup> YILDIRIM, Masumiyet Karinesi, s.122. Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında bu hususa vurgu yapmaktadır: *Başvuru konusu olay incelendiğinde başvuru konusunun niçin ayırma işlemine tabi tutulduğuna ilişkin sorusuna idare tarafından verilen cevapta "... suçundan işliğin kesildiği tarih itibarıyla devam eden soruşturmanın TSK'da görev yapmasını engelleyici nitelik ve nicelikte olduğu..." ifadelerine yer verilmiştir. Askeri disiplin gerekleri dikkate alındığında masumiyet karinesinin disiplin hukukunun uygulanabilmesi için mutlaka ceza davalarının sonucunun beklenmesini gerektirdiği söylenemez. Kişinin suçluluğunu ima eden ya da kabul eden bir yargı söz konusu olmadıkça, sadece soruşturma açılmış olması da disiplin işlemlerinin başlatılması veya disiplin yaptırımı uygulanması için yeterli görülebilir. Dolayısıyla ilgili kişi hakkında başlatılan soruşturmalara atıf yapan idarenin cevabındaki ifadelerin masumiyet karinesini ihlal ettiği söylenemez.* Aynı başvuruda idarenin verdiği karara karşı açılan iptal davasında idari yargı makamının verdiği kararın suçsuzluk karinesini ihlal etmediği belirtilmiştir. Verilen karar şu şekildedir: *Davacı hakkında 'uyuşturucu ticareti yapmak', 'rüşvet almak', 'gece vakti hırsızlık' ve 'iftira' suçlarından dolayı kamu davası açıldığı ve yapılan ceza yargılaması sonucu tüm suçlardan beraat kararı verildiği anlaşılmakta ise de; davacının üç suçtan delil yetersizliği nedeniyle beraat ettiği, davacının toplumla yakın ilişki içinde bulunan bir jandarma personeli olarak*

Söz konusu kararın denetiminde de aynı esas geçerlidir. Burada da idare mahkemesi kullandığı dile özen gösterecek sanığın isnat edilen fiili işlemiş olabileceğine veya işlediğine ilişkin bir belirlemede bulunamayacaktır<sup>29</sup>.

*İçinde bulunduğu eylemlerin dava konusu işlem ve idare hukuku açısından ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Söz konusu suçlara bağlı eylemler hakkında beraat kararı verilen gerekçeli hükümler incelendiğinde, davacının içinde bulunduğu eylemlerin nitelik ve nicelik olarak, göz ardı edilemeyecek özellikte olduğu, tanık ifadeleri dikkate alındığında davacının bir TSK. personeli ve kolluk görevlisi olması açısından kabul edilemeyecek seviyede eylemler içinde bulunduğu, bu eylemler içinde bulunan davacının artık TSK.'de görev yapması olanağının ortadan kalktığı, davalı idare tarafından kullanılan takdir yetkisinin objektif sınırlar içinde kullanıldığı değerlendirilmekte, dava konusu işlemde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ramazan Tosun Başvurusu, B.No:2012/998.*

- <sup>29</sup> AİHM Erkol/Türkiye Davasında (B.No:50172/06) bu nedenlere bağlı olarak suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir: “AİHM öncelikle İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi kararının bir mahkûmiyet kararı olmadığını gözlemler. Nitekim Yargıtay 26 Mayıs 2005 tarihli kararında İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi kararı ile başvuranın mahkûm edilmediğini, yargılamanın ertelenmesine karar verildiğine hükmetmiştir. (...) Trabzon İş Mahkemesi, 21 Eylül 2004 ve 13 Ekim 2005 tarihli kararlarında başvuranın “suçu islediğine” ve parayı “zimetline geçirdiğine” hükmetmiştir. Somut davada AİHM, Trabzon İş Mahkemesinin, başvuranın “suçu islediği” şeklindeki net ifade şeklinin ceza davası ve müteakip tazminat davası arasında yeterince açık bir bağ kurduğunu, bunun da AİHS’in 6/2 maddesinin kapsamının tazminat davasını içine alacak şekilde genişletilmesini meşru bir hale getirdiği kanaatinde. Ayrıca söz konusu İş Mahkemesi başvuranın isnat edilen suçu islediğini belirtmekle kalmamış, başvurana hiçbir zaman isnat edilmediği halde parayı “zimetline geçirdiğine” de hükmetmiştir. AİHM, kullanılan ifadeler dikkate alındığında İş Mahkemesinin hukuk yargısının sınırlarını aşarak önündeki davayı inceleme görevinin ötesine geçtiği kanısındadır. Kullanılan ifade şekli ve mahkemenin olaylara ilişkin yeni bir değerlendirme yapmamış olması ışığında AİHM, Trabzon İş Mahkemesinin başvuranın hakkında yapılan cezai suçlamaya ilişkin olarak başvuranın masumiyetine şüphe düşürmekle kalmayıp ayrıca kendisini, hiçbir zaman isnat edilmemiş bir suçtan suçlu bulunduğunu tespit etmiştir. Yukarıda belirtilen değerlendirmeler AİHM’in başvuranın masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varması için yeterlidir.” YILDIRIM, Masumiyet Karinesi, s.123-124. Kullanılan dilin suçsuzluk karinesini ihlal edildiğinin kabul edildiği bir AYM kararında başvuran imam hatip olarak görev yapmaktayken hakkında Hizbullah terör örgütüne üye olma suçundan soruşturma başlatılmış bu nedenle görevine son verilmiştir. Başvuran hakkında başlatılan ceza kovuşturması zamanaşımının nedeniyle düşürülmüş ardından başvuran Diyanet İşleri Başkanlığına göreve geri dönmek için başvurmuştur. Söz konusu başvuru reddedilmiş başvurunun reddi üzerine Ankara İdare Mahkemesini iptal davası açılmıştır. İptal davası üzerine idare mahkemesince verilen karar şu şekildedir: “Her ne kadar davacı tarafından, “Hizbullah Terör Örgütünün Sair Efradı Olmak” suçundan cezalandırılması istemi ile hakkında açılan kamu davasının görüldüğü Diyarbakır 2 nolu Ağır Ceza Mahkemesinin 17.4.2008 gün ve E:1995/375, K:2008/133 nolu kararıyla hakkında beraat kararı verildiği bu nedenle suçsuz olduğunun mahkeme kararıyla

### C. Beraat Kararı Yerine Düşme Kararı Verilmesi

Ceza muhakemesinde beraat kararının düşme kararına nazaran sanık açısından lehe olduğu kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Sanığın suçu işlemediği gerekçesiyle verilecek beraat kararı onun aklanmasını sağlamaktadır. Halbuki düşme kararında maddi gerçeğe ilişkin bir belirleme bulunmadığı için sanığın aklanması söz konusu değildir. Bu hususu göz önünde tutan kanun koyucu CMK'nın 223. maddesinin 9. fıkrasında "*Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez*" hükmünü ihdas etmiştir. Düşme nedenleri sanığın aleyhine olan sonuçları engellemesi için belirlenmiştir. Hüküm gereğince sanığın lehine olan bir durumun ortaya çıkmasının düşme kararı ile engellenmesi amaçlanmaktadır<sup>31</sup>.

Ancak uygulamamız açısından bu hükmün oldukça dar yorumlandığı müşahede edilmektedir. Yargıtay düşme kararı yerine beraat kararı verilmesi gerekliliğini ancak dosyanın ilk görünüşü itibarıyla beraat kararı verilebilecek hallerle sınırlamaktadır<sup>32</sup>. Buna göre dosyanın incelendiğinde doğrudan beraat kararı verilmesi gerektiği anlaşılıyorsa bu durumda düşme kararı verilemeyecek, beraat kararı verilecektir. Ancak öğretilerde haklı olarak Yargıtay'ın bu yaklaşımının doğru olmadığı ifade edilmektedir. Düşme kararı yerine beraat kararı verilmesinin yalnızca dosyanın ilk görünüşü itibarıyla beraat kararı verilmesi gereken hallerle sınırlandırılması CMK'nın öngördüğü ceza muhakemesi sistemiyle uyumluluk arz eden bir yorum değildir. Zira CMK'nın öngördüğü sistemde

---

*ortaya konulması nedeniyle yeniden görevine iade edilmesi gerektiği ileri sürülmekte ise de; söz konusu mahkeme kararında suç türünün zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırıldığı belirtildiğinden bu durumun suçun varlığını ortadan kaldırmadığı da açık olup bu yöndeki iddiaları dava konusu işlemi sakatlar nitelikte görülmemiştir."* AYM, Sebğatullah Altın Başvurusu B. No: 2013/1503.

<sup>30</sup> **ŞAHİN**, Cumhur, Dava Zamanaşımı Sanığın Aklanmasına Engel Olabilir Mi? Beraat Kararı İle Zamanaşımı Dolayısıyla Verilen Düşme Kararı Arasındaki Öncelik İlişkisi, Adalet Dergisi, S. 45, 2013, s. 233; **GÖKCEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, M. Emin/ **ÇAKIR**, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2024, s. 649.

<sup>31</sup> **ŞAHİN**, s.233.

<sup>32</sup> Yargılama faaliyeti ve delillerin değerlendirilmesine gerek olmaksızın fail hakkında beraat kararı verilebiliyorsa bu durumda derhal beraat kararı verilebilecek bir durumun olduğu kabul edilir **DENİZ**, İsmail, Ceza Muhakemesinde Hüküm (Türleri Oluşturma Şekilleri-Şartları) Ankara 2014, s.123.

mahkemenin ilk görünüşte beraat kararı verilmesi gereken bir iddianameyi kabul ederek yargılama yapması söz konusu olmamaktadır. Böyle bir iddianamenin CMK'nın 170. maddesinin 2. fıkrası uyarınca toplanan delillerin suçun işlendiği noktasında yeterli bir şüphe oluşturmaması nedeniyle iade edilmesi gerekmektedir (CMK m. 174, f. 1-a). Dolayısıyla CMK'nın öngördüğü muhakeme sisteminde görünüş itibariyle direk beraat kararı verilmesi gereken bir dosyanın ceza davasına konu olması mümkün değildir. Hal böyle olunca Yargıtay'ın düşme kararı yerine beraat kararı verilmesi gereken halleri yalnızca ilk görünüş itibariyle beraat kararının verilebilecek hallerle sınırlaması anlamsız bir uygulama olmaktadır<sup>33</sup>.

Yargıtay'ın bu hususta bir uygulaması da Ceza Genel Kurulunda dava zamanaşımını ön sorun<sup>34</sup> olarak değerlendirmeye tabi tutmasıdır. Ön sorun incelemesi esasa dair hususlar dışında yapılan bir incelemedir. Ön sorun incelemesi sonucunda işin esasına girilmesine gerek görülüyorsa doğrudan karar verilebilmektedir. Dava zamanaşımının ön sorun incelemesine tabi tutulması düşme kararının verilmesi noktasında işin esasına girilmeyerek doğrudan düşme kararı verilmesine neden olmaktadır. Bu uygulama yöntemi de CMK'nın 223.maddesinin 9.fıkrasının uygulama alanını daha da sınırlamaktadır<sup>35</sup>.

Yargıtay'ın bu kabulleri çerçevesinde şu şekilde bir uygulamayla karşılaşmaktadır. İlk derece mahkemesi uyuşmazlıkla ilgili beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmekte Yargıtay bir usul eksikliği veya başka bir nedenle bozmaktadır. Bozma sonrası yapılan yargılamada ilk derece mahkemesi direnme kararı vermekte bu karar üzerine dosya Ceza Genel Kuruluna gitmektedir. Bu sürecin oldukça uzun sürmesi Ceza Genel Kurulunun karar vereceği anda dava zamanaşımının dolmasına neden olmaktadır. Ceza Genel Kurulu dava zamanaşımını ön sorun olarak kabul

<sup>33</sup> ŞAHİN, s. 230.

<sup>34</sup> Ön sorun Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27.maddesinde düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre genel kurullarda işin esasına girmeden önce, konu ile ilgili olarak çözülmesi gereken bir ön sorun ortaya çıkarsa ilkin o yönden görüşme ve oylama yapılır. Oylama sonucu ön sorun karara bağlandığı takdirde, gerekiyorsa işin esasına geçilerek görüşmesi yapılır ve oylanır.

<sup>35</sup> ŞAHİN, s. 229-230.

ederek işin esasına girmeksizin düşme kararı vermekte ve sonuç olarak sanık lehine olan beraat kararı kötü bir uygulama yöntemi ile düşme kararına çevrilmektedir. Söz konusu uygulama sanığın daha lehine olan beraat kararının verilebileceği hallerde düşme kararının verilmesinin yasaklanması kuralını tersine çevirmektedir. Bu nedenle bu uygulamanın CMK'nın öngördüğü kurallarla bağdaştırılması mümkün görülmemektedir.

Bununla birlikte konunun insan hakları çerçevesinde de ele alınması gerekmektedir. Bu anlamda verilen beraat kararının yukarıda belirttiğimiz uygulama çerçevesinde düşme kararına çevrildiği hallerde bir insan hakkı ihlalinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Bu çerçevede değerlendirilmesi gereken bir hak "aklanma hakkıdır". Aklanma hakkı sanığın suçsuzluğunun tespitini isteme hakkıdır<sup>36</sup>. Bu hak daha ziyade mahkemeye başvurma hakkı ile birlikte ele alınmaktadır. Burada tartışılacak husus kişinin mahkemeye başvurarak kendisi hakkında beraat kararı verilmesini talep etme hakkı olup olmayacağıdır. Şüphesiz kişinin mahkemeye başvurarak beraat kararı verilmesini talep etmesi aklanmayı talep etmesi anlamına gelecektir.

Konunun suçsuzluk karinesi açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Sanık hakkında suçu işlemediğinden bahisle beraat kararı verilmesi sanığın suçsuzluğunun kabul edilmesi anlamına gelir. Sanığın suçsuzluğunun mahkeme kararıyla sabit olması halinde suçsuzluk karinesi sanık açısından ileride yapılacak yargılamalarda çok daha etken bir koruma sağlayacaktır. Buna karşılık düşme kararından sanık suçsuzluk karinesi gereğince yalnızca suçlu sayılmayacak buna binaen suçsuzluk karinesinin sanık koruması daha dar bir çerçevede gerçekleşecektir. Burada suçsuzluk karinesi açısından karinenin sanığın suçlu sayılmama konumundan suçsuzluğunun tespiti konumuna yükseltme hakkı tanıyıp tanımadığı tartışılabilir<sup>37</sup>. Ancak konunun daha ziyade mahkemeye başvurma hakkıyla ilgili olduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

---

<sup>36</sup> Ceza muhakemesi kanununda şikâyetin geri alınması ve hükmün açıklanmasının gerir bırakılması sanığın rızasına tabi kılınmış böylelikle sanığa aklanma imkânı verilmiştir. **YILDIRIM**, Akif, Aklanma Hakkının Yargı Kararları ve Mevzuattaki Durum Açısından Değerlendirilmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 108, 2015, s. 113.

<sup>37</sup> **YILDIRIM**, Aklanma Hakkı, s. 115.



İfade edelim ki mahkemeye başvurma hakkı AİHM içtihatları çerçevesinde hukuk yargılamaları ile ceza yargılamaları arasında ayırım yapılarak belirlenmektedir. AİHM bu hakkın asıl olarak hukuk yargılamalarında ön plana çıktığını kabul etse de ceza yargılamalarında da bu hakkın var olduğunu kabul etmektedir. Ancak AİHM ceza yargılamalarında bu hakkın daha sınırlı bir çerçevesinin olduğunu da belirtmektedir<sup>38</sup>. Ceza yargılaması bir kamu davası mahiyetinde olduğundan sanığın uyuşmazlığın çözümlenmesini talep etme hakkı bulursa da **uyuşmazlığın belli bir yönde çözümlenmesini talep etme hakkı bulunmamaktadır**<sup>39</sup>. AİHM bu hususta uzun süre itham altında bulundurulmayı bir

<sup>38</sup> YOLCU, Serkan, Adil Yargılanma Hakkı Karşısında Yasama Dokunulmazlığını Yeniden Düşünmek: Atilla Kart Olayı Üzerine Bir Deneme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 2, 2011, s. 383. AİHM'in söz konusu esasları kabul ettiği emsal nitelikteki kararını Deweer/Belçika davasında vermiştir. Söz konusu davada Deweer kasaplık yaparken işlediği iddia edilen bir fiil nedeniyle hakkında kamu davası açılmış fakat kamu davası sonuçlandırılmadan Deweer hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine kamu davası düşürülmüş Deweer'ın varisleri ise davanın devamını Deweer'ın beraatini talep etmişlerdir. Bu talebin kabul edilmemesi üzerine yapılan başvuruda AİHM mahkemeye erişim hakkının ceza yargısında yargılamayı sonuçlandırma talebini karşılama da yargılamanın hangi kararla sonuçlandırılacağına dair bir talep hakkı vermediğini belirterek başvuruyu reddetmiştir. Bkz. Deweer/Belçika, B.No:6903/75

<sup>39</sup> AİHM'in ceza yargısına başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin emsal niteliğinde bir kararı Atilla Kart/Türkiye başvurusunda verilmiştir. Atilla Kart Konya milletvekilidir ve milletvekili seçilmeden önce işlediği iddia edilen kamu görevlisine hakaret suçu nedeniyle hakkında soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma çerçevesinde milletvekili dokunulmazlığı nedeniyle dokunulmazlığın kaldırılması talebini içeren fezleke düzenlenmiş ancak meclis tarafından fezleke değerlendirmeye alınmamıştır. Atilla Kart buna karşılık yargılanmak için dokunulmazlığının kaldırılmasını meclisten talep etmiş ancak bu talebini karşılayacak herhangi bir işlem yapılmamıştır. Atilla Kart bir sonraki dönemde de milletvekili seçilince hakkında soruşturma devam etmesine mukabil sonuçlandırılmamıştır. Bunun üzerine Atilla Kart AİHM'e başvurmuştur. AİHM başvuranın yeniden milletvekili seçilmesi, cezai yargılamaların ertelenmesinin, başvuranın itibarını ya da siyasi kariyerini hiçbir şekilde zedelediğini ifade ederek masumiyet karinesinin ihlal edildiği şikayeti tamamen mesnetten yoksun bulmuştur. Buna karşılık AİHM Ashingdane/Birleşik Krallık Davasında devletin mahkemeye erişim hakkına getirebileceği sınırlamaların belirli kıstaslara uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre getirilecek sınırlama hakkın özüne zarar vermemelidir, meşru bir amaç gütmelidir, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantılılık bulunmalıdır. AİHM söz konusu kıstasları Atilla Kart/Türkiye davasında da uygulamış başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılmamasının adaletin tecellisinin gerekleri ile bağdaşmadığını ve takip edilen meşru amaçla orantılı olmayan bir şekilde etkisizleştirdiğinden bahisle mahkemeye

insan hakkı ihlali olarak değerlendirmektedir. Buna karşılık uyuşmazlığı bitiren kararın devletin iç hukuku alakalı bir sorun olduğunu ve bunun AİHM incelemesine konu olmayacağı kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi Ramazan Yıldız başvurusunda aynı esasları kabul ederek karar vermiştir. Başvuruya konu olan olayda başvuru hakkında teşekkül oluşturarak eroin madde ihraç etme suçundan kamu davası açılmış yapılan ilk derece yargılamasında hakkında cezaya hükmedilmiş fakat söz konusu hüküm Yargıtay tarafından bozulmuştur. Bozma üzerine yapılan yargılamada ilk derece mahkemesince beraat kararı verilmiş söz konusu karar temyiz edilmiş bunun üzerine yukarıda verdiğimiz uygulama doğrultusunda Yargıtay dava zamanaşımının dolduğundan bahisle düşme kararı vermiştir. Başvuran hakkındaki beraat kararının kaldırılarak düşme kararı verilmesinden yakınlıkla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesinin mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak söz konusu başvurudaki değerlendirmeleri şu şekildedir:

*“29-Mahkemeye erişme hakkı, cezai olaylarda da uygulanabilir bir haktr. Bu bağlamda mahkemeye erişme hakkı, hakkında suç isnadı bulunan bir kimse nin, bu isnat hakkında bir mahkeme tarafından bu isnadın yerinde olduğu ya da olmadığı yönünde bir karar verilmesini isteme hakkıdır (B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 49). Ancak, suç ithamlarıyla ilgili karar elde etme hakkı mutlak değildir.*

*30- Diğer taraftan mahkemeye erişim hakkı, suçlanan kişiye davasının mutlaka devam etmesini isteme hakkı anlamına gelmez; suçlanan kişiye hakkındaki isnadın bir hâkim bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını isteme hakkı anlamına gelir (Deweer/Belçika, [BD], B. No: 6903/75, §§ 48-49). Bu bakımdan Sözleşme'nin 6. maddesi, ceza davalarının mutlaka bir mahkûmiyet ya da beraat hükmü ile sonuçlandırılmasını isteme hakkını içermez.*

*31-Başvurucu, beraat ettiği halde bu kararın onanması yerine Yargıtay tarafından düşme kararı verilmesini şikâyet etmektedir. 765 sayılı mülga Kanun'un 117. maddesi uyarınca, gerek dava ve gerek ceza zamanaşımı resen tatbik*

---

erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. (Atilla Kart/Türkiye Davası, B.No: 8917/05) Konu ile ilgili olarak bkz. **Yolcu**, s. 385-391; **YILDIRIM**, Aklanma Hakkı, s. 114.

*olunur ve bundan ne sanık ve ne de mahkûm vazgeçemezler. Benzer hüküm, 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 72. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da yer almaktadır. Kanun koyucu, ilk derece mahkemelerinin iş yükünün artmaması için sanıklara zamanaşımını ret hakkı tanımamıştır. Ayrıca, başvuru hakkında verilen "düşme" kararı, herhangi bir suçlayıcı veya cezai ifade barındırmamakta ve başvurusunun adli siciline işlenmemektedir. Kararı keyfilikten de bahsedilemez."*

Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili Ali Atlı başvurusunda ise farklı bir içtihatla bulunmuştur. Söz konusu başvuruya konu olan olayda Ali Atlı terör örgütü propagandası yapma suçundan dolayı cezai tatbikat geçirmiş, ilk derece mahkemesince hakkın yeterli delil bulunmadığı için beraat etmiş bilahare dosya başvuranın vekalet ücretine hükmedilmemesini temyiz konusu yapması üzerine Yargıtay incelemesine tabi olmuştur. Bu sırada yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun 31.12.2011 tarihine kadar sair düşünce veya kanaat açıklaması yoluyla işlenen suçlardan dolayı yürütülen cezai tatbikatlarda kovuşturma evresinde bulunan dosyalarda kovuşturmanın ertelenmesi kararının verileceği düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca kişinin üç yıl içerisinde düşünce ve kanaat açıklama suretiyle yeni bir suç işlememesi halinde kovuşturma evresinde bulunan dosyalar açısından **düşme** kararı verileceği belirtilmiştir (Geçici madde 1). Aynı Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca kanunda yapılan değişiklikler karşısında; ilgili suçlardan dolayı açılan ve temyiz aşamasında bulunan dava dosyalarından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyalar ise bu dairece, hükmü veren mahkemeye gönderilecektir (f.1). Yargıtay yaptığı incelemede söz konusu düzenlemeleri dikkate alarak düzenleme uyarınca kovuşturmanın ertelenmesi kararının verilmesi gerektiğinde bahisle kararı bozmuş ilk derece mahkemesi bozmaya uyarak sanık hakkında kovuşturmanın ertelenmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi olayla ilgili kendisine yapılan başvuruda kovuşturmanın ertelenmesi kararı ile sanık hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmadığını bu nedenle sanık hakkında suçsuzluk karinesi ilkesinin uygulanacağını ve sanığın suçlu sayılmayacağını belirtmektedir. Mahkeme kovuşturmanın ertelenmesi kararına mukabil sanığın suçluluğuna dair mahkeme kararında tali ceza fişinde herhangi bir

ifade bulunmadığından bahisle suçsuzluk karinesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Söz konusu başvuruda başvuru İlk Derece Mahkemesince hakkında beraat kararı verildikten sonra 6352 sayılı Kanun'un kabul edilmesi nedeniyle dosyanın **Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı** tarafından İlk Derece Mahkemesine geri gönderilmesi nedeniyle uyuşmazlığını nihai ve icra edilebilir bir karar vermeye yetkili yargı mercii önüne götüremediğini bu nedenle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Burada esasında başvuran ilk derece mahkemesince verilen direnme kararına karşı kanun yoluna başvuramadığı için mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığını ileri sürmektedir. Buna karşılık AYM kanun yoluna başvurma hakkının sınırsız bir hak olmadığını her türlü karar açısından kanun yoluna başvurulmasının kanun yolunu işlemez hale getireceğini belirtmiştir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin bilahare yaptığı değerlendirme 56.pargraftan itibaren şu şekildedir:

*“56. Somut olayda, başvuru hakkında beraat kararı verildiği de dikkate alındığında, yargılandığı terör örgütü propagandası yapmak suçu 6352 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan suçlardan olmadığından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca dosyanın ilgili dairesine gönderilmesi ve Dairece temyiz incelemesinin yapılması gerekmektedir. Bu itibarla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, başvuru talebine rağmen dosyayı ilgili ceza dairesine göndermemesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan mahkemeye erişim hakkına saygı gösterilmemiştir.*

*57. Başvuru ayrıca, yargılama sürecinin sonucunda icra edilebilir bir beraat kararı yerine, kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür.*

*58. Bakanlık görüşünde, başvuru hakkında beraat kararı verildikten sonra kanun değişikliği nedeniyle kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmesinin başvuru aleyhine olduğu ifade edilmiş ayrıca Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin kararının yürürlükte olan bir kanunun uygulanmasından ibaret olduğunu, Anayasa Mahkemesinin hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasına dayanan mahkeme kararlarını bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutamayacağı ileri sürülmüştür.*

59. Somut olayda İlk Derece Mahkemesince başvuru hakkında verilen beraat kararı yalnızca başvuruçunun müdafii tarafından ve vekâlet ücreti yönünden temyiz edilmiştir. Temyiz incelemesinin sonucuna göre Yargıtay, beraat kararını onayarak ilk derece mahkemesince eksik hükmedilen vekâlet ücretine hükmedebileceği gibi derece mahkemesinin kararını hatalı bulunduğu takdirde 1412 sayılı Kanun'un 326. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca başvuruçuy aleyhine temyiz bulunmadığından yalnızca hatayı belirtmekle yetinecekti. Başka bir deyişle ilk derece mahkemesinin kararı yalnızca başvuruçuy tarafından temyiz edildiğinden temyiz davası sonucunda beraat kararı kesinleşecekti. Ancak somut olayda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının dosyayı iadesi ve İlk Derece Mahkemesinin başvuruçuy hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı vermesi sonucunda, başvuruçuy, 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca üç yıl süresince denetim altına alınmıştır. Adı geçen kurala göre başvuruçuy üç yıllık süre zarfında 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sayılan suçları işlememesi halinde düşme kararı verilecek, ancak bu süre içerisinde yeni bir suç işlemesi halinde ertelenen kovuşturmay a devam edilecektir.

60. Bir uyumsuzluğın bir mahkeme tarafından karara bağlanması hakkı, mahkeme hakkından türetilen bir haktır. Gerçekten de bir mahkemenin yalnızca önüne getirilen maddi ve hukuki sorunları inceleyebilmesi yeterli değildir; bu yargı yerinin aynı zamanda bir karar verebilmesi de gerekir. Mahkeme hakkını kullanan tarafın amacı, davanın sonucunda bir karar elde etmektir. Karar elde edemiyorsa, dava açmanın da bir anlamı olduğu söylenemez.

61. Anayasa'daki hakların etkili bir biçimde korunması için, davaya bakan yargı yerlerinin tarafların taleplerini, iddialarını, delillerini etkili bir biçimde inceleme görevleri vardır. Başvuruçunun temyiz talebine rağmen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının dosyayı İlk Derece Mahkemesine iade etmesi ve İlk Derece Mahkemesinin kovuşturmanın ertelenmesi kararı vermesinin nedeni, 6352 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesidir. Sonuç olarak başvuruçunun temyiz talebi Yargıtay'ca incelenememiş ve böylece beraat etmesi gereken bir davada kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek başvuruçunun etkili karar hakkına saygı gösterilmemiştir.

62. Açıklanan nedenlerle, başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişme hakkının ve etkili karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

Sonuç itibariyle Anayasa Mahkemesinin verilmiş beraat kararının ortadan kaldırılarak düşme kararının verilmesine ilişkin bir ihlal kararı verildiği ifade edilebilecektir. Ancak söz konusu kararda Anayasa Mahkemesinin dayandığı temel kural kanun yolu başvurusunda geçerli olan aleyhe değiştirme yasağıdır. Bu kural gereğince kanun yoluna sanık lehine başvurunun bulunduğu hallerde kanun yolu değerlendirmesi sonucu verilecek karar sanık aleyhine sonuç doğurmayacaktır<sup>40</sup>. Esasında başvuru konusu olayda bu kuralın görmezden gelinmesi mahkemeye erişim hakkını ve etkili karar hakkının ihlaline neden olmuştur. Başvuran Yargıtay'a karşı temyiz başvurusunda bulunmuş başvuru sürecinde dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gelmiştir. Başvurunun sonuçlanabilmesi adına Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının dosyayı görüşüyle birlikte ilgili daireye göndermesi gerekirken 6352 sayılı Kanun göz önünde tutularak dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmiştir. Burada dikkat edilecek husus sanıktan başka kanun yoluna başvuran olmadığından aleyhe bozma yasağı gereğince **beraat kararının kesinleşmesinin beklenen mutlak bir sonuç olmasıdır**. Buna rağmen dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesiyle başvuran tarafından gerçekleştirilen temyiz talebi boşa çıkartılmış ve başvuranın mahkemeye (Yargıtay) erişim hakkı kısıtlanmıştır. Ayrıca verilen beraat kararının Yargıtay uygulamasıyla kovuşturmanın ertelenmesine çevrilmesi Mahkemece etkili karar hakkının ihlali olarak görülmüştür<sup>41</sup>.

İfade edelim söz konusu Anayasa Mahkemesi içtihadı Yargıtay'ın geliştirdiği yanlış uygulamanın sakıncalarını bir nebze giderebilecek bir mahiyettedir. Söz konusu içtihadın ile ilk derece mahkemesince verilen beraat kararının aleyhine bir temyiz olmayan durumlarda dava

<sup>40</sup> Aleyhe değiştirme yasağı sonuç cezaya ilişkindir; suçun niteliği değişebilir. Yasak, infaz edilecek sonuç cezanın tür ve miktarı açısından geçerli olup verilecek yeni hükümde suçun başka türlü nitelendirilmesine engel oluşturmaz. **ŞAHİN/ GÖKTÜRK**, s. 617; **ÖZTÜRK**, Bahri/ **TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, M. Ruhan/ **GEZER**, Özge Sırma/ **KIRIT**, Yasemin F. Saygılar/ **ÖZAYDIN**, Özdem/ **ALAN**, Esra Alan/ **TÜTÜNCÜ**, Efser Erden/ **VILLEMIN**, Derya Altınok/ **TOK**, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 680-681.

<sup>41</sup> **EKİNCİ**, Ahmet, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3-4, 2014, s. 842.

zamanaşımını nedeniyle düşme kararına çevrilmesini yasakladığını düşünmekteyiz. Bu nedenle yukarıda zikrettiğimiz Yargıtay uygulaması ancak sanık aleyhine başvuruda bulunulan hallerde mümkün olabilecektir. Keza beraat kararının Yargıtay uygulamasıyla düşme kararına çevrilmesi de benzer şekilde etkili karar hakkının ihlaline neden olabilir. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu beraat kararı sonrasında istinaf mahkemesince veya Yargıtay'ca yapılan kanun yolu denetiminde zamanaşımını dolduracak kadar uzun bir süre karar verilmemesi yalnızca makul sürede yargılanma hakkının ihlali olarak görülmektedir. Ancak kanaatimizce burada verilen beraat kararının uzun süren kovuşturma evresi sonucunda düşme kararına çevrilmesi mahkemeye erişim hakkı ve etkili karar hakkının da ihlaline neden olmaktadır. Zira uzun süren kovuşturma evresi özünde esastan çözülmesi gereken bir uyuşmazlığın esasa girilmeksizin sonuçlandırılmasına neden olmaktadır. Eğer burada davanın sonuçlandırılmasının geciktirilmesi açısından yargı makamları kusurlu olarak görülüyorsa esasın çözülmemesi ve davanın şekli bir kararla sonuçlandırılarak beraat kararı alan sanığın aleyhine bir durum oluşturulması da bu kusurun bir sonucu olarak ortaya çıkacaktır. Davanın esastan çözülebileceği halde yargılama makamlarının kusuruyla şekli bir kararla sonuçlandırılması sanığın uyuşmazlığın çözülmesini isteme hakkının ihlali olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla burada sanık açısından mahkemeye erişim hakkı ve etkili karar hakkı ihlal edilmiş olmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından yukarıda verilen kararlardan Ramazan Yıldız başvurusunun daha sonradan karara bağlandığı düşünüldüğünde, mahkemenin aynı kanaati paylaşmadığı rahatlıkla ifade edilebilecektir.

## SONUÇ

Suçsuzluk karinesi suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişinin mahkeme kararınca suçluluğu sabit oluncaya kadar suçlu sayılmamasını gerektiren bir ilkedir. Verilen mahkûmiyet veya suçun işlenmediğinin sabit olması nedeniyle beraat kararlarında bu ilkenin uygulanmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Mahkûmiyet kararında kişinin suçluluğu tespit edilmiştir. Böyle bir kişi hakkında suçlu sayılmamaya ilişkin bir kuralın kabul edilmesi söz konusu değildir. Buna mukabil suçun işlenmediğinden bahisle verilen beraat kararında ise sanık mahkeme kararı gereği suçsuz kabul edilmiştir. Bu kişinin ayrıca suçsuzluk karinesi

uyarınca suçlu sayılmamasını gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Ancak sanığın suçu işlediğinin sabit olmaması nedeniyle verilen beraat kararı ile davanın esasına ilişkin çözüm getirmeyen düşme kararları açısından suçsuzluk karinesi önemli bir rol oynar. Bu kararlardan sonra sanık mahkeme kararı gereği değil hukuk prensibi olan suçsuzluk karinesinin gereği suçlu değildir.

Suçsuzluk karinesi suçlu sayılmayan kişiye karşı suçlu muamelesinde bulunulmasını yasaklamaktadır. Bu kapsamda en çok ihlal kişi hakkında yapılan yargılama ile ilgili yorumlar ile gerçekleştirilmektedir. Kişinin yargılanmasına ilişkin mahkemece suçluluğa bulunmamasına rağmen sanığın suçluluğunu kabul eden açıklamalar suçsuzluk karinesini ihlal edecektir. Bu itibarla ilk derece mahkemeleri verdikleri düşme kararlarında maddi gerçeğe ilişkin bir tespitte bulunarak düşme kararı vermemelidir. Düşme kararı verirken aslında sanığın suçlu olduğuna dair kullanılacak bir ifade suçsuzluk karinesini ihlali anlamına gelir. Keza suçsuzluk karinesi ilkesine düşme kararı verildikten sonra ceza uyumsuzluğu takip eden diğer uyumsuzlukların çözümünde de riayet edilmelidir. Diğer uyumsuzluk çözme yetkisine sahip makamların uyumsuzluğu kendi hukuk disiplinlerinin esasları çerçevesinde çözme yetkileri bulursa da hiçbir makamın, ceza mahkemelerinin suç teşkil eden fiilin işlendiğine ilişkin bir tespiti bulunmadığı müddetçe böyle bir tespit yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları karar vericilerin kullandıkları dili suçsuzluk karinesinin ihlali açısından belirleyici olarak görmektedir

Ceza muhakemesinde düşme kararı, beraat kararına nazaran aleyhe görülmektedir. Bu çerçevede beraat kararı verilebilecek hallerde düşme kararının verilmesi kabul edilmemektedir. Ancak Yargıtay uygulamasının söz konusu kuralı oldukça dar bir çerçevede değerlendirmektedir. Dava zamanışımının dolduğu hallerde bu ön sorun olarak kabul edilerek beraat kararı hiç düşünülmezsizin düşme kararı verilmektedir. Konu mahkemeye erişim hakkı ve etkili karar hakkı çerçevesinde ele alınmakta ve AİHM içtihatları doğrultusunda ceza mahkemelerinde mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda ceza yargılamasında mahkemeye erişim hakkının sadece davanın sonuçlandırılmasını isteme hakkı tanıyacağı bunun haricinde davanın



belirli bir kararla sonuçlandırılmasını kapsamaya cağı kabul edilmektedir. Davanın nasıl bir kararla sonuçlandırılacağı hususu bir iç hukuk sorunu olarak değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu noktada AİHM içtihatlarına uygun olarak Yargıtay uygulamasını (beraat kararının kaldırılarak düşme kararı verilmesi) mahkemeye erişim hakkı açısından hak ihlali olarak değerlendirmemektedir. Fakat Anayasa Mahkemesi Ali Atlı başvurusunda alelittlak beraat kararının kaldırılarak düşme kararı verilmesini etkili karar hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Kanaatimizce uzun süren kovuşturma sürecinin sonucunda sanık açısından sadece makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul etmek buna mukabil alınan beraat kararının düşme kararına dönüştürülmesini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görmemek hatalı bir değerlendirmedir. Zira düşme kararı uyuşmazlığı etkili bir şekilde çözen bir karar değildir. Düşme kararının verilmesi devletin belli bir süre içerisinde yargılamayı sonuçlandırma yükümlülüğünün ihlalinin bir sonucudur. Devlet uyuşmazlığı uzun bir süre çözmeyerek sanık aleyhine bir durum ortaya çıkartmıştır. Mahkemelerin uyuşmazlığı uzun süre sonuçlandırmaması sanığın uyuşmazlığın sonuçlandırılmasını isteme hakkının ihlal edildiği anlamına gelir. Bu durumda sanığın mahkemeye erişim hakkının ve etkili karar hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2023.
- ARTUK**, Mehmet Emin/ **GÖKCEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, M. Emin/ **ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2023.
- BEKAR**, Elif: Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 1, 2017, s. 15-60.
- BIÇAK**, Vahit: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.
- BİRTEK**, Fatih: AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Ankara 2016
- CENTEL**, Nur/ **ZAFER**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2018.
- DENİZ**, İsmail: Ceza Muhakemesinde Hüküm (Türleri Oluşturma Şekilleri-Şartları) Ankara 2014.
- DOĞAN**, Koray: Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ceza Hukuku Dergisi, C.3, S.7, 2008, s.171-201.
- EKİNCİ**, Ahmet: Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3-4, 2014, s. 821-848.
- FEYZİOĞLU**, Metin: Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 135-163.
- GÖKCEN**, Ahmet/ **ALŞAHİN**, M. Emin/ **ÇAKIR**, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2024.
- GÜLSÜN**, Ramazan: İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı, International Journal of Legal Progress, C. 1, S. 2, s. 16-43.
- KANGAL**, Zeynel T., Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 68, S. 1-2, 2010, s. 151-167.
- KARA**, Eyüp: Lekelenmeme Hakkı, Adalet Dergisi, S. 43, 2012, s. 188-197.

- KAPANCI**, Kadir Berk: Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m.74), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, s. 511-552.
- KURŞUN**, Günal: Ceza Muhakemesinde Hüküm, 1. Baskı, Ankara 2016.
- KÜHL**, Krisitian: Zur Beurteilung der Unschuldsvcrmutung bei Einstellungen und Kostcnentschcidungen, JR 1978, s. 94-100
- KOCA**, Mahmut/ **ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı Ankara 2021.
- OĞURLU**, Yücel: Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.2, 2003, s. 101-124.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2023.
- ÖZTÜRK**, Bahri/ **TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, M. Ruhan/**GEZER**, Özge Sırma/ **KIRIT**, Yasemin F. Saygılar/ **ÖZAYDIN**, Özdem/**ALAN**, Esra Alan/ **TÜTÜNCÜ**, Efser Erden/ **VILLEMİN**, Derya Altınok/**TOK**, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018.
- PEKCANİTEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, 8. Baskı, Ankara 2014
- ŞAHİN**, Cumhuriyet, Dava Zamanaşımı Sanığın Aklanmasına Engel Olabilir Mi? Beraat Kararı ile Zamanaşımı Dolayısıyla Verilen Düşme Kararı Arasındaki Öncelik İlişkisi, Adalet Dergisi, S. 45, 2013, s. 224-239.
- ŞAHİN**, Cumhuriyet/**GÖKTÜRK**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2023.
- TANERİ**, Gökhan: Ceza ve Hukuk Mahkemesinin Kararlarının Birbirine Etkisi, Adalet Dergisi, S. 51, 2015, s. 75-97.
- ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı Ankara 2015.
- ÜZÜLMEZ**, İlhan: Suçsuzluk Karinesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 58, 2005, s. 41-72.

- YAVUZ, Özge Ceren:** Ceza Mahkemesi Kararlarında Meşru Savunma ve Zorunluluk Halinin Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, s. 121-138
- YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2023.
- YILDIRIM, Akif:** Aklanma Hakkının Yargı Kararları ve Mevzuattaki Durum Açısından Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 108, 2015, s. 111-119.
- YILDIRIM, Akif:** Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Masumiyet Karinesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S.111, 2015, s.118-126.
- YILDIZ, Ali Kemal:** Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi (Ceza Muhakemesinde İspat), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002.
- YOLCU, Serkan:** Adil Yargılanma Hakkı Karşısında Yasama Dokunulmazlığını Yeniden Düşünmek: Atilla Kart Olayı Üzerine Bir Deneme, AÜHFD, C. 60, S. 2, 2011.
- YÜCE, Turhan Tufan:** Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 1, 1988, s. 156-167.

## ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU (ÜGTDK) KAPSAMINDA SORUMLU KİŞİLERİN KİM OLDUĞU SORUNU

Dr. Ayşe Nur Merve YAZICI ÇAKMAK \*

### Öz

Türk hukukunda, hatalı üründen dolayı meydana gelen zararlardan kusursuz sorumluluğa ilişkin, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) ile düzenleme yapılmıştır. ÜGTDK'da sorumlu kişilerin kimler olduğu, imalatçı kavramından ne anlaşılması gerektiği, buna kısmi ürün imalatçıları ve hammadde üreticilerinin dahil olup olmadığı, yetkili temsilcinin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı net olarak açıklanmamış ve bu durumlar doktrinde tartışmaya neden olmuştur. Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumluluk Hakkında 85/374/EEC Direktifi ve bunu yürürlükten kaldıran Avrupa Birliği'nin 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktifi çalışma için özel önem arz etmektedir. Bu Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi incelendiğinde Avrupa Birliği'nde sorumlular çevresinde oldukça farklı düzenlemeler yapıldığı ve zarar görenin karşısına daha fazla sorumlu konulduğu görülmektedir. Bu çalışmada ÜGTDK'ya göre sorumluluğun kime yöneltileceği, olması gereken hukuk açısından sorumluların nasıl düzenlenmesi gerektiği, 2024/2853 sayılı Direktif

\* Dr., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Tokat, Türkiye | Dr., Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Tokat, Türkiye.

✉ merve.yazici@gop.edu.tr • ORCID 0000-0001-6758-5144.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: YAZICI ÇAKMAK, Ayşe Nur Merve, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Kapsamında Sorumlu Kişilerin Kim Olduğu Sorunu", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2611-2659.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



doğrultusunda ÜGTDK'da yapılması faydalı olacak değişikliklerin neler olduğu değerlendirilmektedir.

### Anahtar Kelimeler

• Ürün Sorumluluğu • Hatalı Ürün • İmalatçı • Yetkili Temsilci • 2024/2853 Sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Direktif

## THE ISSUE OF WHO ARE THE PERSONS LIABLE UNDER THE PRODUCT SAFETY AND TECHNICAL REGULATIONS LAW (PSTRL)

### Abstract

Under Turkish law, the Product Safety and Technical Regulations Law (PSTRL) regulates strict liability for damages arising from defective products. It is not clearly explained who the responsible persons are, what should be understood from the concept of manufacturer, whether partial product manufacturers and raw material producers are included in this concept, and whether the authorized representative is responsible or not, and these situations have caused controversy in the doctrine. Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products and its repealing Directive 2024/2853 of the European Union on Liability for Defective Products are of particular importance for this study. When this New Product Liability Directive is examined, it is seen that quite different arrangements have been made around the responsible parties in the European Union and more responsible parties have been put in front of the injured party. In this study, it is evaluated to whom the liability will be directed according to the PSTRL, how the liable parties should be regulated in terms of the law, and what are the beneficial amendments to be made in the PSTRL in line with Directive No. 2024/2853.

### Keywords

• Product Liability • Defective Product • Manufacturer • Authorised Representative • Directive 2024/2853 on Liability for Defective Product

## GİRİŞ

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun (ÜGTDK)<sup>1</sup> kabulüne kadar, hatalı ürünlerden doğan zararlardan imalatçının kusursuz sorumluluğunun hüküm altına alınıp alınmadığı, ürün kavramı, ayıp-hata kavramı, üretici-imalatçı kavramı<sup>2</sup> doktrinde çokça tartışılan

<sup>1</sup> RG 12.03.2020/31066.

<sup>2</sup> Bu çalışmada imalatçı kavramı kullanılmakla beraber ilgili yasal düzenlemesinde üretici kavramı kullanılan yerlerde bu kavram tercih edilmiştir.

konulardan olmuştur. 7223 sayılı ÜGTDK ile imalatçının kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak doktrinde birçok konu üzerine tartışma devam etmektedir. Bu konulardan birisi olan sorumluların kim olduğu sorunu, Türk hukuku mevzuatında, yapılan düzenlemelerde yeknesaklık sağlanamaması nedeni ile üzerine açıklama yapılmasını zorunlu hale getirmiştir.

Sorumluların kim olduğuna ilişkin ÜGTDK’da imalatçı, yetkili temsilci, ithalatçı, dağıtıcı ve diğer iktisadi işletmecilerin tanımlamaları yapılmış ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. İmalatçı için m. 3/1-g’de “ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi” tanımlaması yapılmıştır. ÜGTDK m. 6’da imalatçı veya ithalatçının zararı giderme yükümlülüğünün olduğu, birden çok imalatçı veya ithalatçı bulunması halinde bunların müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir. ÜGTDK’nın kabulü ile birlikte zarar görenin, kusuru olmasa dahi nihai ürün imalatçısının sorumluluğuna gidebilmesinin yolu açılmıştır. Ancak ÜGTDK’da imalatçı ifadesinin kullanılması ve kısmi ürün imalatçıları ile hammadde üreticilerine ilişkin düzenlemelere yer verilmemesi doktrinde kusursuz sorumlu olanların çevresine ilişkin tartışmalara neden olmuştur. Bunun yanı sıra Ürün Güvenliği Yönetmeliği’nde üretici kavramı kullanılmış ve m. 4/1-g’de tanımlaması yapılmıştır. Bu tanımlamada imalatçının Türkiye’de yerleşik olup olmamasına ve yetkili temsilcisinin bulunup bulunmamasına göre ithalatçısına veya tedarik zincirinde yer alan iktisadi işletmecisine üretici sıfatının yüklendiği görülmektedir. ÜGTDK’da böyle bir kademelendirme yapılmadığı ancak dağıtıcının sorumluluğunu düzenlerken bilgileri verilecek kişiler arasında yetkili temsilciyi de sayarak, bu kişinin Kanun’a göre sorumluluğunun oluşup oluşmadığı yönünde şüphe oluşturduğu görülmektedir.

Avrupa Topluluğu’nun hem güvenli ürün üretilmesi hem de tüketicilerin korunması için birçok direktif çıkardığı görülmektedir. Bilhassa hatalı ürünlerin sebep olduğu zararlar nedeniyle üreticinin hukuki sorumluluğuna ilişkin 85/374/EEC Direktifi ile kusursuz sorumluluğun temeli atılmıştır. Ancak bu direktifin kırk yıldır uygulandığı, özellikle teknolojideki hızlı ilerleme karşısında artık yetersiz kaldığı, bu ve benzeri nedenlerle değişikliğe gidilmesi gerektiği gerekçesiyle Avrupa

Komisyonu tarafından 85/374/EEC Direktifi (Direktif) gözden geçirilmiş<sup>3</sup> ve yeni bir Direktif Önerisi sunulmuştur<sup>4</sup>. Avrupa Komisyonu'nun 2022/495 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif Önerisi, üzerinde bazı değişiklikler yapılarak Avrupa Parlamentosu tarafından 12 Mart 2024 tarihinde kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Avrupa Konseyi'nin onayı ile birlikte 2024/2853 sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi 18 Kasım 2024 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış ve takip eden 20. günde yürürlüğe girmiştir<sup>6</sup>. ÜGTDK'daki bazı karışıklık ve belirsizlikler giderilirken bu Direktif önemli bir imkân sağlayacaktır. 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'te hem daha önce sorumluluğu olmayan kişilerin sorumluluğu düzenlenmekte hem de daha önce sorumluluğu bulunan kişilerin sorumluluk kapsamı genişletilmekte ve değiştirilmektedir.

Türk hukukunda ÜGTDK m. 24'e dayanılarak 11.03.2021 tarihli Resmî Gazete'de Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği (GÜGY) yayımlanmıştır<sup>7</sup>. ÜGTDK ve GÜGY incelendiğinde, düzenlemelerin isimlerinden de anlaşıldığı üzere, ürün güvenliği üzerine düzenlemeler olduğu görülmektedir. Ancak ÜGTDK m. 6 ile hatalı üründen meydana gelen zararlardan sorumluluğa ilişkin de düzenleme yapmıştır. Bu maddenin gerekçesinde 85/374/EEC direktifine dayanıldığı belirtilmektedir. Türk hukukunda ÜGTDK ile, iki ayrı konuda düzenlenen direktiflere uyumlu düzenlemeler yapılmaya çalışılmıştır. Ancak ÜGTDK ile birden çok direktifin aynı Kanun ile iç hukuka aktarılmaya çalışılması beraberinde bazı tartışmaları getirmiştir. ÜGTDK'nun yürürlüğe girişi ile birlikte görülmektedir ki sözleşmeden doğan sorumluluk-sözleşme dışı kusursuz

<sup>3</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD%3A2018%3A157%3AFIN> (Erişim Tarihi: 12.05.2024).

<sup>4</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CLEX%3A52022PC0495&qid=1728563037874> (Erişim Tarihi: 18.05.2024).

<sup>5</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-03-12\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-03-12_EN.html) (Erişim Tarihi: 12.06.2024). Parlamento tarafından üzerinde değişiklik yapılarak kabul edilen metin, çalışmada 'Yasama Kararı' olarak anılacaktır.

<sup>6</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024L2853> (Erişim Tarihi: 28.11.2024).

<sup>7</sup> RG 11.03.2021/31420.



sorumluluk ayrımı yapılırken özel hukuk sorumluluğu-kamu hukuku sorumluluğu ayrımı göz ardı edilmekte ve Türk hukuku için yeni tartışılabilir konular meydana gelmektedir.

Kanun, Yönetmelik ve ilgili AB direktiflerindeki imalatçı düzenlemelerinin incelenmesi, ÜGTDK'da imalatçı kavramıyla neyin ifade edildiğinin, kısmi ürün imalatçıları ve hammadde üreticilerinin kapsama alınıp alınmadığının, yetkili temsilcinin sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağına tespit edilmesinde yol gösterici olacaktır. Çalışmanın birinci bölümünde ÜGTDK ve GÜGY'de hatalı üründen meydana gelen zarardan sorumlu tutulan kişilerden ne anlaşılması gerektiği ve kimlerin kapsama dahil olduğu değerlendirilmektedir. İkinci bölümünde bu yasal düzenlemelerin dayanağını oluşturan Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumluluk Hakkında 85/374/EEC Avrupa Birliği Direktifi (eski Ürün Sorumluluğu Direktifi) ve yeni 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'ne göre sorumlu kişilerin çevresi ele alınmaktadır. Üçüncü bölümünde kavram karmaşasının temel sebepleri ve Avrupa Birliği mevzuatına uyum amacı incelenmektedir. Sonuç olarak ÜGTDK'ya göre sorumlu kişilerin çevresi ve 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif de dikkate alınarak olması gereken hukuk açısından nasıl bir düzenleme olması gerektiği değerlendirilmektedir.

## I. ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU'NA VE GENEL ÜRÜN GÜVENLİĞİ YÖNETMELİĞİNE GÖRE SORUMLU KİŞİLERİN ÇEVRESİ

### A. 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na Göre Sorumlu Kişilerin Çevresi

#### 1. İmalatçı ve İmalatçı Sayılanlar

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu<sup>8</sup> 12.03.2021 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bu düzenleme ile açık bir biçimde Türk hukukunda imalatçının kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanun'da imalatçı, yetkili temsilci, ithalatçı ve bazı durumlarda dağıtıcının yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. ÜGTDK m. 3/1-g bendinde imalatçı "Ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını

<sup>8</sup> RG 12.03.2020/31066.

yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır. Kanun’da üretici yerine imalatçı kavramının kullanıldığı görülmektedir. Türk hukukunda önceki düzenlemelerde üretici kavramı kullanılmıştır<sup>9</sup>. Üretici kavramı imalatçı kavramını da içine alan geniş bir kavramdır. Üretim, imalat kavramının yanı sıra tarımsal ve hayvansal üretimi veya hammadde üretimini de kapsayan bir kavramdır<sup>10</sup>. Bu durum tarımsal ve hayvansal üretimden ve hammadde üretiminden kaynaklı hatalı ürünün kullanımı sonucu meydana gelecek zararın tazmininin ürün sorumluluğu kapsamında olmaması sonucunu doğurur<sup>11</sup>. Doktrinde ÜGTDK’da üretici kavramı yerine imalatçı kavramı kullanılması eleştirilmekte<sup>12</sup>, üretici kavramının kullanılmasının gerekliliği dile getirilmektedir<sup>13</sup>. Kanun’da ürün tanımı oldukça geniş verilmişken üretici yerine imalatçı kavramının kullanılması isabetli olmamıştır<sup>14</sup>. Kanaatimizce bu kullanım nedeniyle, Kanun kapsamına alınan hatalı

<sup>9</sup> Üreticinin sorumluluğuna ilişkin ilk düzenlemeler 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 08.03.1995/22221) ile olmuştur. Bu Kanun’da m. 3/h’de “*imalatçı-üretici*” kavramı tanımlanmış ve mal üreticileri ifadesi ile üretim kavramı üzerine düzenleme yapılmıştır. 7.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı TKHK’nın (RG 07.11.2013/28835) 86. maddesi ile 4077 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Kanun’da m. 3/o’da “*üretici*” kavramı tanımlanmış ve yine üretim kavramı üzerinden düzenleme yapılmıştır. 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun (RG 11.07.2001/24459) m. 3’te “*üretici*” kavramı tanımlanmış ve ürünü üreten, imal eden şekilde ayrı ayrı kavramlar kullanıldığı görülmüştür.

<sup>10</sup> **KIRCA**, Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 203.

<sup>11</sup> **AYDOS**, Oğuz Sadık, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 94 dp. 416; **ÜNAL**, Akın/ **KALKAN**, Arif, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, TAAD, sy 39 (2019), s. 71-72; **ÇELT**, Damla Özden, “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, sy 1 (2021), s. 100.

<sup>12</sup> **KANIŞLI**, Erhan, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, İstanbul Hukuk Mecmuası 78, sy 3 (2020), s. 1426; **ÜNAL/KALKAN**, s. 72; **AKÇURA KARAMAN** Tuba, *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 31; **Kırca**, Ürün Sorumluluğu, 203; **KURT**, Leyla Müjde, “Avrupa Birliği Ürün Sorumluluğu Direktifi ve Yeni Direktif Önerisi Işığında Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğunda Sorumlu Kişilerin Belirlenmesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 22, sy 2 (2023), s. 363.

<sup>13</sup> **SİRMEN**, A. Lâle, “Prof. Dr. Lâle Sirmen Röportajı”, Tüze Hukuk Dergisi, sy 9 (2022), s. 12; **KANIŞLI**, s. 1426; **KURT**, s. 364.

<sup>14</sup> Aynı yönde bkz. **ÜNAL/KALKAN**, s. 72; **ÇELT**, s. 100.

ürünün, imal edilen bir ürün olduğu sonucuna varılabilir<sup>15</sup>. Doktrinde ÜGTDK'da imalatçı kavramının kullanılmasının bilinçli bir tercih olmadığı yönünde görüşler de dile getirilmektedir<sup>16</sup>. 85/374/EEC Direktif'inde üretici kavramı kullanılırken 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'te imalatçı (manufacturer) kavramı kullanılmıştır<sup>17</sup>. Direktif'in gerekçesinde, imalatçı kavramının, Avrupa Birliği'nin ürün güvenliği düzenlemeleriyle uyumlu hale getirilmesi amacıyla kullanıldığı belirtilmiştir<sup>18</sup>. Kanaatimizce Avrupa Birliği düzenlemelerindeki yeknesak imalatçı kavramının kullanımı ile birlikte zamanla üst kavram olarak imalatçı kavramının kullanılması mümkün olabilir.

Kanun düzenlemesinde iki tür imalatçı olduğu görülmektedir. Birincisi gerçek imalatçıdır. Gerçek imalatçı, kendi sorumluluğunda ve kendi hesabına ürünü imal eden kişi olarak tanımlanabilir<sup>19</sup>. İkincisi imalatçı sayılanlardır. ÜGTDK'da sorumlu kişiler incelenirken imalatçı olanlar yanında bir de imalatçı sayılanlar bulunmaktadır. İmalatçı sayılanlar ÜGTDK m. 3/1-g bendinde, ürünü tasarlayarak veya ürünün imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz edenler olarak düzenlenmiştir. Bir başka deyişle imalatçı sayılacak kişiler için ürünün tasarım veya ürünün imalatının kendisi tarafından yahut başkası tarafından yapılmış olup olmadığı bağlı olarak bir ayrıma gidildiği

<sup>15</sup> Bir görüş üretici ve imalatçı kavramının farklı olduğunu Kanun'da imalatçı kavramının kullanılması nedeniyle tarım ürünlerinin Kanun'un kapsamında olmadığını savunmaktadır. **KESER**, Yıldırım, Ürün Sorumluluğu Ankara 2021, s. 81. Başka bir görüş, ürün tanımının genişliğinden yola çıkarak tarım ürünlerinin de ÜGTDK kapsamında olduğunu savunmaktadır. **AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ** Nalan, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021, s. 135.

<sup>16</sup> **KURT**, s. 363.

<sup>17</sup> Ancak Avrupa Parlamentosu Yasama Kararı'nda ürün kavramının tanımlamasına ham madde eklemesi yapılmıştır.

<sup>18</sup> 93/465/EEC sayılı Konsey Kararı'nı yürürlükten kaldıran ve ürünlerin pazarlanması için ortak bir çerçeveye ilişkin 9 Temmuz 2008 tarihli 768/2008/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Kararı tanımları dikkate alınmıştır. 2024/2853 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi (11) no.lu gerekçe: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495&qid=1728563037874>. (Erişim Tarihi: 20.11.2024).

<sup>19</sup> **WAGNER**, Gerhard, "Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)", içinde Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, München 2020, § 4 Rn. 3.

görülmektedir<sup>20</sup>. Ayrıca m. 11’de ürünü kendi isim veya markası altında piyasaya arz eden ithalatçı veya dağıtıcıların da imalatçı olarak sorumlu olduğu ifadesi yer almıştır.

Kanun’da ürünün tasarım veya imalatını başkasına yaptırması şartıyla, bir ürünü kendi isim veya markası ile piyasaya arz edenler imalatçı sayılmaktadır<sup>21</sup>. Doktrinde bir görüş, 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi’ne uygun yorum yapılarak, ürünün tasarım veya imalatını yaptırma zorunluluğu olmaksızın kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz edenlerin sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır<sup>22</sup>. Bir başka görüş ise ürünün üzerine kendi isim veya ticari markasını koyan kişilerin, ürünün imalatının veya tasarımını yaptırdığı yönünde bir karine kabul edilmesinin uygun olacağını belirtmektedir<sup>23</sup>. Kanaatimizce ÜGTDK’da değişikliğe gidilmeli ve ürünün tasarım veya imalatını yaptırma şartı aranmaksızın ürünü kendi isim veya markası ile piyasaya arz edenler imalatçı sayılmalıdır. Hatta ürünü imal ettiren veya tasarlatan kişinin de ayrıca sorumluluğundan söz edilebilmelidir<sup>24</sup>.

Kanun’daki “*imalatını yaptırarak*” ifadesinin sonucunda akıllara, ürünü kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz edenler ile birlikte ürünün imalatını yapanların da sorumlu olup olmayacağı sorusu gelmektedir. Kanaatimizce ürünü imal eden kişi ile birlikte ürüne kendi isim veya ticari markasını koyup piyasaya arz eden kişiler müteselsil olarak sorumlu olmalıdır<sup>25</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus

<sup>20</sup> ATAMER, Yeşim M./ KURTULAN GÜNER, Gökçe, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş müdür?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sy 70 (2) (2021), s. 549; KANIŞLI, s. 1427; ÇELT, s. 99.

<sup>21</sup> 2019/1020 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü’nde de aynı ifadenin kullanıldığı görülmektedir.

<sup>22</sup> Aynı yönde bkz. ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 548.

<sup>23</sup> İNCEOĞLU, M. Murat, “Ürün Sorumluluğunda Sorumlular”, içinde Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları-I, ed. ATAMER, Yeşim M./BAYSAL Başak, İstanbul 2022, s. 84; KURT, s. 373.

<sup>24</sup> Direktif m. 4 (10)’da imalatçı tanımında ürünü imal ettiren veya tasarlatan, ürünü kendi isim veya markası ile piyasaya arz eden kişilerden ayrı sayılmıştır.

<sup>25</sup> ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 549; İNCEOĞLU, s. 85; KURT, s. 374. Gerçek üreticinin tespit edilememiş olmasının görünüşte üreticinin sorumluluğuna bir etkisi yoktur

imalatçı olarak kimin görüldüğüdür. Kanun hükmünde kendisini “*imalatçı gibi gösterme*” şartı da öngörülmemektedir<sup>26</sup>. Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği m. 4/1-ğ’de üretici kavramı açıklanırken “...ürüne kendi ismini, ticari markasını veya herhangi bir ayırt edici işareti koyarak kendisini imalatçı olarak sunan...” ifadesi kullanılmıştır. Yönetmelik ile Kanun’dan farklı düzenleme yapıldığı görülmektedir. 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Direktif m. 4 (10)’a göre “*kendisini imalatçı olarak tanıtmama*” şartı (Avrupa Parlamentosu Yasama Kararı’yla Komisyon Önerisi’ne eklenmiştir) aranmaktadır. ÜGTDK’ya da bu şartın eklenmesi daha yerinde olacaktır. Kanaatimizce bu şartın arandığı versiyonda, ürüne isim veya ticari markasını koyan kişinin yanı sıra başka bir kişinin imalatçı olduğu görüntüsü var ise bu durumda kendisini imalatçı gibi göstermediği için bu kişinin imalatçı gibi sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Örneğin; bir ürünün üzerinde ancak kenarda ve küçük bir şekilde, tarafların aralarındaki bir anlaşma sonucunda (A)’nın amblemi yer almakta, ürünün üzerinde ise büyük bir şekilde imalatçı (B)’nin markası yer almaktadır. Burada kendisini imalatçı gibi gösterme amacı olmayan (A)’nın, sırf ürün üzerinde ona ait bir ayırt edici işaretinin veya markasının bulunması nedeniyle sorumluluğundan söz edilmemelidir. Bu nedenle kendisini imalatçı gibi gösterme şartı imalatçı sayılmak için bulunması gereken bir şarttır.

## 2. Kısmi Ürün İmalatçıları ve Hammaddede Üreticileri

Kısmi ürün imalatçısı, nihai ürünle veya bu ürünün bir parçasıyla bir bütünlük içinde bir araya gelen ve bu ürünün (bütünleyici) bir parçası olan taşınır malın imalatçısıdır<sup>27</sup>. Bu kişi ürettiği parçaların hatasız olmasından sorumludur<sup>28</sup>. Kısmi ürün, bir nihai malın üretiminde kullanılan, onun bir parçasını oluşturan ürünlerdir. Kısmi ürün, tüketici tarafından doğrudan kullanım için tasarlanmayan, başka bir ürüne kurulum için

---

HESS, Hans-Joachim, *Produktehaftpflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produktheftpflicht vom 18. Juni 1993, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage*, Bern 2016, § Rn. 74.

<sup>26</sup> Bu durumun risk dağılımı ve ürün sorumluluğunun koruma amacı bakımından yerindeliğinin tartışılır olduğu görüşü için bkz. KANIŞLI, s. 1428.

<sup>27</sup> KIRCA, s. 208.

<sup>28</sup> WAGNER, § 4 Rn. 13; TASCHNER, Claudius/FRIETSCH Edwin, *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkt-haftungsrichtlinie Kommentar*, 2. Auflage, München 1990, § 4 Rn. 38.

tasarlanmış ürünlerdir<sup>29</sup>. Ancak somut olayın özelliğine göre bir ürün nihai ürün olarak adlandırılabilceği gibi, kısmi ürün olarak da adlandırılabilir. Kullanım veya tüketime hazır bir nihai ürün, bir başka ürünün yapımında kullanılır veya bütünleyici parça olarak takılır, birleştirilirse kısmi ürün haline gelir<sup>30</sup>. Ürün tamamlanarak piyasaya sürüldükten sonra parça değişikliği nedeniyle takılan veya birleştirilen ürün artık kısmi ürün değil, nihai ürün olarak değerlendirilmelidir<sup>31</sup>. Kısmi ürünlerin piyasaya sürülme anının dikkate alınmasında nihai ürünün piyasaya sürüldüğü an değil, tedarik edilen parçaların nihai imalatçıya teslim edildiği an dikkate alınır<sup>32</sup>.

İmalatçı tanımlamasında, kısmi ürün imalatçılarından ve hammadde üreticilerinden söz edilmemiştir. Türk hukukunda ÜGTDK öncesi bazı düzenlemeler incelendiğinde ürün güvenliğine ilişkin düzenlemelerde kısmi ürün imalatçıları ve hammadde üreticileri özel olarak belirtilmezken<sup>33</sup> üreticinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde özel olarak belirtildiği görülmektedir<sup>34</sup>. Doktrinde ÜGTDK'da bu kişilerin kapsama dahil olup olmadığı yönünde tartışma mevcuttur. İlk görüş hammadde üreticilerinin ve kısmi ürün imalatçılarının kapsama dahil olduğunu

<sup>29</sup> **KATZENMEIER**, Christian, "Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)", içinde Schuldrecht: §§ 662-853, ProdHaftG, ed. **DAUNER-LIEB**, Barbara/ **LANGEN**, Werner, 3. Auflage, Baden-Baden 2016, § 4 Rn. 3.

<sup>30</sup> Yani kısmi ürün piyasada nihai ürün olarak da bulunabilir: **FELLMANN**, Walter/ **VON BÜREN-VON**, Gabrielle Moos, Grundriss der Produktheftpflicht, Bern 1993, Rn. 51.

<sup>31</sup> **HAVUTÇU**, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 90.

<sup>32</sup> **WAGNER**, § 4 Rn. 31.

<sup>33</sup> 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'da özel olarak kısmi ürün imalatçıları ve hammadde üreticileri belirtilmemiştir.

<sup>34</sup> 4077 sayılı TKHK m. 3/h'de ve 6502 sayılı TKHK m. 3/o'da, Ayıplı Malların Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik (RG 13.06.2003/25137) m. 4/d'de üretici kavramının içinde malların hammaddelerini veya ara mallarını üretenler özel olarak belirtilmiştir.

savunmaktadır<sup>35</sup>. Bu görüşe göre m. 6 hükmünün amacı dikkate alınmalı<sup>36</sup> ve buna göre hüküm 85/374 sayılı Direktif'e uygun yorumlanmalıdır. Bu görüşü savunan bazı yazarlar ÜGTDK m. 6'nın gerekçesindeki "Söz konusu düzenleme AB'nin üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/374/EEC sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmaktadır" ifadesini esas almaktadır<sup>37</sup>. Kanun koyucu, ÜGTDK m. 6 hükmünde 85/374/EEC ile düzenlenmiş olan imalatçının sözleşme dışı kusursuz sorumluluğunu iç hukuka aktarmıştır. Ancak m. 6 ile bu aktarım yapılırken Kanun'un diğer maddelerinde Direktif'te düzenlenmiş olan bu sorumluluğun konusu, kapsamı, sorumluları, sorumluluktan kurtuluş sebepleri gibi hususlarda ve buna ek olarak tanımlarda Direktif'ten farklı düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin; ÜGTDK'da ürün kavramı tanımlanırken Direktif'ten daha geniş bir tanımlama yapılmış, sorumlu olacak kişilerden ithalatçı ve imalatçının Direktif'in aksine birlikte değil ayrı ayrı sorumluluğu öngörülmüş, kurtuluş sebebi olarak bilim ve tekniğin mevcut durumuna göre hatanın tespit edilememesi ve kısmi ürün imalatçısının sorumluluktan kurtulabilmesi durumu sayılmamış, mala gelen zararlar için bir alt eşik veya mala ilişkin bir sınıflandırma öngörmemiş ve çalışmanın da konusu olan imalatçı kavramının tanımında ve benzer birçok hususta ayrışmaya gidilmiştir. ÜGTDK m. 6 hükmünün amacı 85/374/EEC sayılı Konsey Direktifi'ne uyum sağlamak iken Kanun'un amacı ÜGTDK'nın genel gerekçesi incelendiğinde 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun'un yerine AB mevzuatındaki yeniliklerin iç hukuka aktarılması, ürün güvenliği, piyasa denetim ve gözetimi konularında AB mevzuatına uyum sağlanması olduğu görülmektedir. Bu nedenle hükümlerden ne anlaşılacağına ilişkin yorum yapılırken bulunduğu kanunun amacı göz

<sup>35</sup> KANIŞLI, s. 1427; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 548; ORAL, Tuğçe, "Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72, sy 1 (2023), s. 133; karş. KARA, İlhan, İmalatçının Ürün Sorumluluğu, Ankara 2021, s. 270; benzer yönde bkz. OĞUZER, Pelin, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri, İstanbul 2020, s. 99.

<sup>36</sup> ÜGTDK m. 6 ile "Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür" düzenlemesi getirilmiştir.

<sup>37</sup> KANIŞLI, s. 1427.

ardı edilmemelidir. Özellikle kusursuz sorumluluk düzenlemesinin yapıldığı bu hüküm için sorumluları ve sorumluluğun sınırlarını belirlemek özel önem arz etmektedir.

Hammadde üreticilerinin ve kısmi ürün imalatçılarının kapsama dahil olduğunu savunan yazarların bazıları, m. 6/3 hükmündeki *“birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde bunlar müteselsil sorumlu tutulurlar”* ibaresini görüşlerine destek olarak sunmuştur<sup>38</sup>. Ancak kanaatimizce birden fazla imalatçının sorumlu olacağına öngörülmesinin nedeni, Kanun’un bazı hallerde imalatçı dışındaki kişilerin de imalatçı sayılacağını belirtmesinden kaynaklı olabilir. Örneğin; ÜGTDK m. 11’e göre ürünün teknik düzenlemesine veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygunluğunu etkileyecek şekilde ürünü değiştiren ithalatçı ve dağıtıcıların imalatçı olarak sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda imalatçının yanı sıra bu kişiler de imalatçı olarak sorumlu tutulacak ve birden fazla imalatçının sorumluluğundan söz edilebilecektir.

Bazı yazarlar piyasada bulundurma kavramının tanımında *“kullanım için piyasaya sağlama”* ifadesinin imalat zincirini de kapsadığı ve bunun sonucunda hammadde ve kısmi ürün imalatçılarının da kapsama dahil edildiği yönünde görüş bildirmektedir<sup>39</sup>. ÜGTDK m. 2’nin gerekçesinde bir ürünün piyasada bulundurulmasından anlaşılması gerekenin ürünün piyasaya arzından başlayıp kullanıcının eline geçtiği ana kadarki süreç olduğu belirtilmektedir. Ayrıca henüz piyasaya arz edilmemiş olmasına rağmen imalat süreci sona eren başka bir imalat sürecine ihtiyaç duymayan ürünlerin de piyasaya arz edilmesi hedeflenen ürünler olarak kapsama dahil olduğu ifade edilmiştir. Bir diğer ifade ile imalat süreci sona ermemiş veya yeni bir imalat süreci gerektiren ürünler Kanun’un kapsamı dışında bırakılmıştır. Kanun koyucunun imalat süreci tamamlanmış ürünleri dikkate alarak düzenleme yaptığı görülmektedir.

<sup>38</sup> KANIŞLI, s. 1427; ORAL, s. 133. Ürün kavramının geniş kapsamından yola çıkılarak imalatçı kavramının da geniş yorumlanması gerektiği ve nihai ürünün ana unsurlarından birini üreten veya ürünün parçalarından birinin üretilmesinde etkili olan kişilerin de imalatçı kapsamına alınması gerektiği yönünde bkz. KARA, s. 269.

<sup>39</sup> ORAL, s. 133.



Kısmi ürün imalatçılarının ve hammadde üreticilerinin Kanun kapsamına dahil olduğunu savunan bazı yazarlar imalatçının kim olduğunu tespititte kanunların ürün tanımlarının yol gösterici olduğunu belirtmektedir. ÜGTDK’da ürün tanımı *“her türlü madde, müstahzar veya eşyayı”* ifade eder şekilde oldukça geniş tanımlanmıştır. Buna dayanarak hammadde ve kısmi ürünlerin de ürün kapsamında olduğu ve bu ürünlerin imalatçılarının da sorumluluğunun söz konusu olduğu savunulmaktadır<sup>40</sup>. Ayrıca bu görüşe göre, ürünün son kullanıcı tarafından kullanılmaya elverişli olmasının veya piyasaya arz edilmiş olmasının aranmaması nedeniyle, hammaddenin veya kısmi ürünün üst piyasaya arzı hammadde ve kısmi ürün imalatçılarının sorumluluklarını doğurur. Bu geniş ürün tanımının, henüz nihai ürünü meydana getirmemiş hammadde ve kısmi ürünleri de içerisinde bulundurduğuna şüphe yoktur. Ancak hem Kanun’da imalatçı kavramı kullanılmakta hem de yukarıda belirtildiği gibi ÜGTDK m. 2’nin gerekçesinde kanunun kapsamına imalat sürecini tamamlanmış ürünler alınmaktadır. Bir başka deyişle gerekçede henüz piyasaya arz edilmemiş, arz edilmesi hedeflenen ürünler için, başka bir imalat işlemine gerek olmayan ürünler olması aranmaktadır. Buna ek olarak Kanun’a dayanılarak çıkarılan Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği’nde ürüne ilişkin daha ayrıntılı olarak *“tüketicilerin kullanımı için amaçlanan veya tüketicilerin kullanımı için amaçlanmamış olsa dahi makul ölçüde öngörülebilir koşullarda tüketiciler tarafından kullanılması muhtemel olan, gerek ticari faaliyetler sonucunda gerekse başka yollarla tedarik edilen veya kullanıma sunulan, yeni, kullanılmış veya ıslah edilmiş her türlü madde, müstahzar veya eşyayı”* ifade eder şekilde tanımlama yapılmıştır. Bu tanım ile kullanıma elverişlilik vurgusu yapılmış ve Kanun ile yapılan geniş tanımlamanın kapsamında daraltma yoluna gidilmiştir.

<sup>40</sup> POLAT, Cemre, “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 70, sy 4 (2022), s. 1009-10; POLAT, Cemre, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, Ankara 2022, s. 230 vd.; KURT, s. 367; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 135.

Bir başka görüş ise Kanun bağlamında hammadde üreticilerinin ve kısmi ürün imalatçılarının kapsama dahil olmadığını savunmaktadır<sup>41</sup>. Bu görüşteki bazı yazarlara göre<sup>42</sup> hükümde kanun koyucu yalnızca ürünü imal eden kişi kavramını kullanmıştır. Ayrıca ÜGTDK m. 21 ile sorumluluktan kurtuluş halleri arasında kısmi ürün ve hammadde üreticisinin sorumluluktan kurtuluşuna yer verilmemektedir<sup>43</sup>. Bu nedenle Kanun hükmü ile bu kişilerin sorumlu tutulmak istenmediği söylenebilir. Ayrıca bazı yazarlar Kanun ile kusursuz sorumluluk halinin düzenlendiğini ve bu sorumluluğun yorum yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir<sup>44</sup>. Bu düzenleme ile sorumlular çevresi daraltılmakta ve bu durum zarar görenin mağduriyeti ile sonuçlanabilmektedir. Üretici çevresinin geniş tutulması tüketiciyi korumak açısından daha elverişlidir<sup>45</sup>. Hatalı ürün nedeniyle meydana gelen zarardan dolayı yalnızca nihai ürün imalatçısına gidilmesi bazı durumlarda zarar görenin mağduriyetine sebep olabilmektedir. Örneğin; nihai ürün imalatçısının küçük bir işletme olmasına karşın hammadde üreticisi veya kısmi ürün imalatçısının büyük bir işletme olması halinde zarar görenin zararı için bu kişilerin tümüne gidebilmesi, hakkaniyete daha uygun sonuçlar meydana getirecektir<sup>46</sup>.

Kanaatimizce kanunda imal edilen ürün ve imalatçı kavramlarının kullanılması, sorumluluktan kurtuluş sebepleri arasında kısmi ürün imalatçıların kurtuluş sebebine yer verilmemesi ve m. 2 gerekçesi ile birlikte Kanun'un bütünündeki düzenlemeler incelendiğinde, nihai ürün imalatçısı yanında hammadde ve kısmi ürün imalatçıların sorumluluğuna

<sup>41</sup> OKUR, Sinan, Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, Ankara 2021, s. 316; SİRMEN, A. Lâle, "Ürün Sorumluluğu", içinde Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirileri Kitabı (Tam Metinler)23-24 Haziran 2022., ed. ÖĞÜZ, Tufan/ÖZ, Kerem, İstanbul 2022, s. 83.

<sup>42</sup> OKUR, s. 316.

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. OKUR, s. 317 vd. YAZICI, Ayşe Nur Merve, Otonom Araçların Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara 2023, s. 234.

<sup>44</sup> SİRMEN, "Ürün Sorumluluğu", s. 83 dp. 45.

<sup>45</sup> ZEVKLİLER Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 87-88.

<sup>46</sup> FÖRSTER, Christian, "ProdHaftG", içinde BeckOK BGB, ed. HAU, Wolfgang/POSECK, Roman, 61. Auflage München 2022, § 4, n. 12; HESS, Art. 2 n.68.

ÜGTDK kapsamında gidilemeyecektir. 85/374/EEC sayılı Direktif'te açıkça kısmi ürün imalatçıları ve hammadde üreticileri sayılmıştı. 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'te de iktisadi işletmeciler arasında bir ürün veya bileşen/kısmi ürün imalatçıları açık bir şekilde sayılmış ve kısmi ürün imalatçılarının sorumluluktan kurtuluşuna ilişkin düzenlemeye yer verilmiş, hammadde üreticileri özel olarak sayılmamasına rağmen ürün tanımına "hammadde" eklenmiştir. Bu bağlamda, ÜGTDK'da benzer bir düzenleme olmadığı sürece, kısmi ürün imalatçıları ve hammadde üreticilerinin sorumluluğu hakkında yorum yapmanın zor olduğu kanaatindeyiz.

### 3. Yetkili Temsilci

ÜGTDK'da açıkça yetkili temsilcinin sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapılmamıştır. ÜGTDK m. 3/1-t'de yetkili temsilci "*İmalatçının bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat kapsamındaki bazı yükümlülüklerini onun adına yerine getirmek üzere imalatçı tarafından yazılı şekilde görevlendirilen Türkiye'de yerleşik gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Yetkili temsilci, özellikle Türkiye'de üretilmemiş ve ithalatçısı da bulunmayan doğrudan Türkiye dışındaki bir imalatçıdan satın alınan hatalı ürünlerde muhatap bulabilmek adına düzenlenmiştir. Yetkili temsilcinin yükümlülüklerine ilişkin ÜGTDK m. 8'de düzenleme yapılmış ve ÜGTDK m. 3/1-f'de yetkili temsilci iktisadi işletmeciler arasında sayılmış ve m. 11'de imalatçı, yetkili temsilci ve ithalatçının tespit edilememesi halinde, dağıtıcının sorumluluğundan bahsedilmiştir<sup>47</sup>. ÜGTDK'da açıkça yetkili temsilcinin sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle, yetkili temsilcinin sorumlu olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre 85/374/EEC sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi'ne uygun olarak yorum yapılmalıdır. Bu direktifte yetkili temsilci sorumlular arasında yer almadığı için ÜGTDK'ya göre de sorumluluk söz konusu değildir<sup>48</sup>. Bir başka görüşe göre yetkili temsilci dağıtıcı gibi üretim faaliyetine dahil olmayan bir kişidir. Bu nedenle yetkili temsilcinin, dağıtıcı gibi imalatçı veya ithalatçının isim ve irtibat bilgilerini zarar görene

<sup>47</sup> Yetkili temsilcinin tazminat sorumlusu olup olmadığına açık olmadığı yönünde bkz. KURT, s. 387.

<sup>48</sup> HAVUTÇU, Ayşe, Üreticinin Sorumluluğunda Sorumluluğun Süjesi, İstanbul 2022, s. 22.

bildirerek sorumluluktan kurtulabileceği tali bir sorumluluğu olduğu söylenebilir<sup>49</sup>. Bir başka görüşe göre ise yetkili temsilci asli sorumlu olan kişiler arasındadır<sup>50</sup>.

ÜGTDK m. 6'da "*imalatçı veya ithalatçının*" sorumlu olduğu belirtilmekte ve yetkili temsilciden söz edilmemektedir. Ancak bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan GÜGY'de üreticinin, kademeli olarak Türkiye'de yerleşik bir imalatçı varsa bu kişi, olmaması halinde varsa yetkili temsilcisi bunun da bulunmaması halinde ithalatçısı olduğu belirtilmektedir. Doktrinde bu Yönetmelik'in ürün güvenliğine ilişkin olduğu ve ürün sorumluluğu için esas alınmayacağı ifade edilmektedir<sup>51</sup>. ÜGTDK m. 11/3'te ürünün imalatçısının, yetkili temsilcisinin veya ithalatçısının belirlenememesi halinde dağıtıcının sorumluluğunun doğacağı düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle dağıtıcı, yetkili temsilciyi bildirerek sorumluluktan kurtulabilir<sup>52</sup>. Bu durumda yetkili temsilcinin mi sorumluluğu söz konusu olacaktır? Doktrinde yetkili temsilcinin de dağıtıcının sorumluluğu gibi ikinci dereceden bir sorumluluğu olduğu ve imalatçı veya ithalatçının bilgilerini vererek sorumluluktan kurtulabileceği ifade edilmektedir<sup>53</sup>.

ÜGTDK'nın da temelinde ürün güvenliği vardır ve kavramlar bunun üzerine kurulmuştur. Bu nedenle hükümlere ilişkin değerlendirmelerde GÜGY yardımcı niteliktedir. Ürünün güvenli olmaması halinde muhatap olarak imalatçı Türkiye'de yerleşik değilse yetkili temsilcinin bundan sorumlu tutulacağı GÜGY'den ve ürün güvenliğine ilişkin direktiflerden açıkça anlaşılmaktadır. Ancak ÜGTDK m. 6 düzenlemesi ürün sorumluluğuna ilişkindir ve sorumlular çevresinde daha açık ve net belirleme yapılması gerekir. Ürün sorumluluğuna ilişkin 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Direktif'te yetkili temsilci açıkça sorumlu kişiler arasında sayılmıştır. Direktif m. 8'e göre Birlik içinde yerleşik bir imalatçı yoksa ithalatçısı ve yetkili temsilcisi sorumludur.

<sup>49</sup> İNCEOĞLU, s. 90-91; KURT, s. 387.

<sup>50</sup> KARA, s. 425.

<sup>51</sup> İNCEOĞLU, s. 90-92; KURT, s. 386; HAVUTÇU, Sorumluluğun Süjesi, s. 9, 22.

<sup>52</sup> Dağıtıcının yetkili temsilciyi bildirerek sorumluluktan kurtulmasına karşın yetkili temsilcinin imalatçı veya ithalatçıyı bildirerek sorumluluktan kurtulabileceği gibi belirsizliklerin devam ettiği yönünde bkz. HAVUTÇU, Sorumluluğun Süjesi, 26.

<sup>53</sup> İNCEOĞLU, s. 91; KURT, s. 387-88.

GÜGY'ne göre yetkili temsilcinin üretici sayılabilmesi için Türkiye'de yerleşik bir imalatçısının bulunmaması gerekir. Bu doğrultuda asıl sorumlu Türkiye'de yerleşik bir imalatçı varsa bu kişi, olmaması halinde yetkili temsilci, bunun da bulunmaması halinde ithalatçısıdır. Dağıtıcı da ÜGTDK 11/3'e göre bu asli sorumlulardan birisinin bilgilerini vererek sorumluluktan kurtulabilir. Kanaatimizce GÜGY m. 4'teki kademeli üretici tanımı ile ÜGTDK 11. madde düzenlemeleri birlikte değerlendirilerek bazı sonuçlar elde etmek mümkündür. Ancak yine de bu şekilde Yönetmelik üzerinden zorlama yorum yapılmasındansa ÜGTDK'da değişikliğe gidilerek yeni Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'te olduğu gibi yetkili temsilcinin sorumlu olduğunun açıkça düzenlenmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır.

#### 4. İthalatçı

İthal ürünlerde zarar görenin imalatçıya başvurmasındaki zorluk göz önünde bulundurularak zarar görene zararın tazminini ithalatçıya yöneltme imkânı verilmiştir. ÜGTDK m. 3/1-ğ bendinde ithalatçı "*Ürünü ithal ederek piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. ÜGTDK m. 6'da imalatçı "*veya*" ithalatçının sorumluluğu düzenlenmektedir. Ürünün hangi yolla piyasaya arz edildiği yönünde bir ayırım düzenlemede yer almamaktadır. Bu nedenle ithalatçı ürünü satış, kiralama, finansal kiralama veya başka bir yolla temin ediyor olabilir<sup>54</sup>.

ÜGTDK m. 6'da imalatçı veya ithalatçının müteselsil sorumluluğu ifadesi kullanılmıştır. Doktrinde hâkim görüş, imalatçı ve ithalatçının müteselsil sorumlu olduğunu savunmaktadır<sup>55</sup>. Farklı yönde bir başka görüş ise yurt içinde imal edilen ürünlerde birinci derece sorumlunun imalatçı, yurt dışından ithal edilen ürünlerde ise birinci derece sorumlunun ithalatçı olduğunu savunmaktadır<sup>56</sup>. Burada yetkili temsilcinin sorumluluğunda olduğu gibi kademeli bir sorumluluktan söz edilip edilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. GÜGY'de üretici kavramı kademelenilerek açıklanmakta ve Türkiye'de yerleşik bir imalatçı yoksa

<sup>54</sup> KANIŞLI, s. 1429; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 549; KURT, s. 85.

<sup>55</sup> KANIŞLI, s. 1428; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 549; İNCEOĞLU, s. 85; KURT, s. 378.

<sup>56</sup> KARA, s. 280.

Türkiye’de yerleşik bir yetkili temsilcisi de yoksa ithalatçının üretici sıfatıyla değerlendirileceğinden söz edilmektedir. ÜGTDK m. 6’da yer alan “veya” ifadesinin de kanaatimizce böyle anlaşılması gerekir. Türkiye’de imal edilmiş ve imalatçısı Türkiye’de olan bir ürün söz konusu olduğunda zarar görenin imalatçıya giderek zararını tazmin etmesinin mümkün olması nedeniyle imalatçının sorumluluğuna gidilebileceği, Türkiye’de imal edilmemiş ithal edilen bir ürün söz konusu olduğunda zarar görenin ürünün ithalatçısına giderek zararını tazmin edebileceği söylenebilir. Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi’nde de benzer şekilde Birlik’te yerleşik bir imalatçı olmaması halinde ithalatçı ve yetkili temsilcisinin sorumluluğundan söz edileceği belirtilmiştir<sup>57</sup>. Ancak çok sık karşılaşılma- makla beraber Türkiye’de imal edilip yurt dışına ihraç edilen bir ürünün tekrar Türkiye’ye ithal edilmesi halinde kimlerin sorumlu olacağı tartışmalıdır. Türkiye’de imal edilen bir ürün yurt dışına ihraç edilip daha sonra Türkiye’ye ithal edilmişse bu durumda imalatçı ve ithalatçının mü- teselsil sorumlu olduğu doktrinde bazı yazarlar tarafından ifade edilmek- tedir<sup>58</sup>.

### 5. Dağıtıcı

İktisadi işletmeciler arasında Kanun’da dağıtıcı da yer almaktadır. ÜGTDK m. 3/1-ç bendinde dağıtıcı “ürünü tedarik zincirinde yer alarak pi- yasada bulunduran imalatçı veya ithalatçı dışındaki gerçek veya tüzel kişi” ola- rak tanımlanmıştır. Dağıtıcı için oldukça geniş bir tanımlama yapıldığı ve perakendeci, bayi, toptancı, nihai satıcı gibi oldukça geniş bir çevrenin dağıtıcı sıfatıyla sorumluluğunun düzenlendiği görülmektedir. Dağıtıcı belirli koşulları bünyesinde barındırması halinde hatalı üründen sorum- ludur<sup>59</sup>. Bu sorumluluğun bazı durumlarda birinci dereceden (asli) bazı durumlarda ikinci dereceden (tali) sorumluluk olduğu görülmektedir. ÜGTDK m. 11/3’te<sup>60</sup> dağıtıcıya bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiştir.

<sup>57</sup> Parlamento Yasama Kararı’nda “Birlik dışındaki imalatçının sorumluluğuna hael gelmeksizin” ifadesi kullanılmış ve bununla imalatçı ile diğer kişilerin birlikte sorumluluk düzenlemesi yapıldığı yönünde düşünce uyandırılmıştır.

<sup>58</sup> İNCEOĞLU, s. 85; KURT, s. 378.

<sup>59</sup> ÜNAL/KALKAN, s. 71; KANIŞLI, s. 1429; ÇELT, s. 100.

<sup>60</sup> “Üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak ürünün imalatçısı, yetkili temsil- cisi veya ithalatçısının belirlenemediği durumlarda, zarara uğrayan kişiye bu iktisadi işletmecilerin isim ve irtibat bilgilerini, bu bilgilere sahip değil ise tedarik zincirinde yer alan bir önceki iktisadi

Gerekli bilgiyi vermemesi durumunda sorumluluğu doğacağı için dağıtıcının sorumluluğu tali niteliktedir<sup>61</sup>. Dağıtıcıya, böyle bir yükümlülük yüklenerek zarar görenin zararını daha kolay tazmin edeceği, imalatçı, yetkili temsilci veya ithalatçıya ulaşılabilmesi sağlanmaya çalışılmıştır<sup>62</sup>. Dağıtıcı ürünün imalatçısının, yetkili temsilcisinin veya ithalatçısının bilgilerini bilmiyorsa tedarik zincirinde kendisinden önce yer alan iktisadi işletmecisinin bilgilerini vererek de sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu bilgilerin verilebilmesi için dağıtıcıya ÜGTDK m. 11/3'te on günlük bir süre tanınmıştır. Doktrinde bir görüşe göre, bu süre geçse dahi dağıtıcının bilgi vermesi halinde sorumluluktan kurtulabileceği ifade edilmektedir<sup>63</sup>. Doktrinde bir diğer görüş ise süre geçtikten sonra bilgi verse dahi bu kişilerle birlikte müteselsil sorumluluğunun oluşacağını ifade etmektedir<sup>64</sup>.

ÜGTDK m. 11'e göre ürünün teknik düzenlemesine veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygunluğunu etkileyecek şekilde ürünü değiştiren dağıtıcılar imalatçı olarak nitelendirilmiştir. Bu durumda dağıtıcının ikinci dereceden (tali) değil, bizzat birinci dereceden (asli) sorumluluğundan söz edilmektedir. Bu hükümde dağıtıcının ürünü, ürünün teknik düzenlemesine veya ürün güvenliği mevzuatına uygunluğunu etkileyecek şekilde değiştirmesi halinde imalatçı olarak değerlendirileceği ve birinci dereceden sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu nitelendirme ile asli

---

*işletmecinin isim ve irtibat bilgilerini bu talebin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde bildirmeyen dağıtıcı, bu Kanun kapsamında imalatçı gibi tazminattan sorumlu tutulur”.*

<sup>61</sup> ÇABRİ, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 1263; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 141; ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 550; AKÇURA KARAMAN, s. 302.

<sup>62</sup> WAGNER, § 4 N. 48; KARA, s. 423; KIRCA, s. 220-21; ATAMER, Yeşim M., “Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, içinde Tüketicinin Korunması Semineri, ed. CEYLAN, Ebru, Ankara 2007, s. 76. Ayrıca zarar görenin imalatçı, yetkili temsilci veya ithalatçıya ulaşmasının mümkün olmadığı durumlarda özellikle “no name” olarak adlandırılan satışlarda zarar görenin bir muhatap bulabilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 550; İNCEOĞLU, s. 88-89.

<sup>63</sup> Zarar görenin bu süreçte meydana gelen zararlarından ve yapmış olduğu masraflarından dağıtıcının sorumluluğunun söz konusu olabileceği yönünde bkz. İNCEOĞLU, s. 90.

<sup>64</sup> Görüşler için bkz. KANIŞLI, s. 1430.

sorumlu olan kişiler oldukça genişlemekte ve bayi, perakendeci, toptancı, nihai satıcı sorumlu kişi olmaktadır<sup>65</sup>.

## B. Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği'ne Göre Sorumlu Kişilerin Çevresi

Yönetmelik'in Avrupa Birliği'ndeki ürün güvenliği düzenlemelerine dayandığı görülmektedir<sup>66</sup>. Öncelikle GÜGY'deki sorumluluğun özel hukuk bağlamında bir sorumluluk olmadığını söylemek gerekir. Bu yönetmelik ile düzenleme altına alınan; ürünün güvenli olması, piyasa gözetim ve denetimi, ürünün güvenli olması için üreticilerin ve dağıtıcıların sahip olduğu yükümlülükler ve buna benzer konulardır. Ancak ÜGTDK'ya dayanılarak çıkarılan bu Yönetmelik'te, Kanun'da yeterince açıklanmayan bazı hususlarda ayrıntılı açıklama yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle ÜGTDK'da sorumluların çevresini belirlerken Yönetmelik'teki bazı düzenlemeleri incelemek çalışma adına faydalı olacaktır.

ÜGTDK m. 3'te tanımlar başlığı altında "imalatçı" tanımlaması yapılırken Yönetmelik m. 4'te tanımlar başlığı altında "üretici" tanımlaması yapılmaktadır. Yönetmelik'te üretici tanımlaması kademeli bir şekilde yapılmıştır. Yönetmelik m. 4/1-ğ'ye göre üretici;

*"1) Türkiye'de yerleşik olması halinde ürünü imal eden ve ürüne kendi ismini, ticari markasını veya herhangi bir ayırtedici işaret koyarak kendisini imalatçı olarak sunan veya ürünü ıslah eden, Kanun kapsamında imalatçı sıfatını haiz gerçek veya tüzel kişiyi,*

*2) İmalatçının Türkiye'de yerleşik olmaması halinde, Kanun kapsamında ürünün yetkili temsilcisi sıfatını haiz Türkiye'de yerleşik gerçek ve tüzel kişiyi, yetkili temsilcinin bulunmaması halinde ürünü ithal eden, Kanun kapsamında ithalatçı sıfatını haiz gerçek veya tüzel kişiyi,*

<sup>65</sup> Türk hukukundaki diğer düzenlemelerde ve ilgili Direktiflerde tali nitelikte sorumluluğu olan dağıtıcıları birinci dereceden sorumlu tutmak isabetli olmamıştır, ÜNAL/KALKAN, s. 71. Türk hukukunda elektronik ticaret platformlarının dağıtıcı olarak değerlendirilerek sorumlu olup olmayacağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KURT, s. 384 vd.

<sup>66</sup> Yönetmelik m. 15'te, Genel Ürün Güvenliğine İlişkin 2001/95/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi dikkate alınarak hazırlandığı belirtilmiştir. Avrupa Birliği'nde 2001/95/EC Direktifi'ni yürürlükten kaldıracak olan Genel Ürün Güvenliği Hakkında 2023/988/EU Tüzüğü 13 Aralık 2024'ten itibaren geçerli olacaktır.



3) *Tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri, bir ürünün güvenliğine ilişkin özellikleri etkileyebilen, Kanun kapsamında iktisadi işletmecisi sıfatını haiz gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır.

Bu tanıma bakıldığında kademeli olarak üretici olanlar sayılmıştır. Yönetmelik’te, Kanun’da olduğu gibi ayrıca ithalatçı, yetkili temsilci tanımlaması yapılmamış ve bunların yükümlülüğü ayrı maddeler halinde düzenlenmemiştir. Bunun nedeni imalatçı, yetkili temsilci ve ithalatçının üretici tanımı altında kademeli olarak üretici sıfatına sahip olan kişiler olarak sayılmasıdır. Bir başka deyişle, Yönetmelik m. 4/1-ğ tanımından anlaşıldığı üzere, Türkiye’de yerleşik bir imalatçı veya imalatçı sayılan var ise üretici bu kişidir. İmalatçının Türkiye’de yerleşik olmaması halinde yetkili temsilcisi, bu da yoksa ithalatçısı üretici olarak düzenlenmiştir. ÜGTDK m. 3/1-t bendinde yetkili temsilci imalatçı tarafından görevlendirilen kişi olarak tanımlanmıştır. Genel Ürün Güvenliği Yönetmeliği’nde üretici başlığı ile kademeli olarak üreticiler sıralanmaktadır. ÜGTDK 6. maddede hatalı ürün dolayısıyla meydana gelen zarardan üretimin imalatçısının “veya” ithalatçısının sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında da imalatçı “veya” ithalatçı ibaresinin kullanıldığı görülmektedir<sup>67</sup>. Tüm bu hükümlerden yola çıkılarak ithalatçının sorumluluğunun oluşabilmesi için imalatçının Türkiye’de yerleşik olmaması ve Türkiye’de yerleşik bir yetkili temsilcisinin bulunmaması gerektiği ifade edilebilir. Diğer bir deyişle, imalatçı veya yetkili temsilcisi Türkiye’de yerleşik ise bu durumda ithalatçının sorumluluğu doğmaktadır. Ancak imalatçı Türkiye’de yerleşik değilse ve yetkili temsilcisi de Türkiye’de yerleşik değilse bu durumda ithalatçının sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu durumda da ithalatçının imalatçı ile birlikte müteselsil değil tek başına sorumluluğu oluşmaktadır<sup>68</sup>. Yani özetle yurt içinde imal edilen ürünlerden birinci dereceden sorumlu imalatçı, yurt

<sup>67</sup> ÜGTDK m. 6’nın gerekçesinde “Madde ile uygun olmayan bir ürünün sebep olduğu zarara ilişkin birden fazla imalatçı veya ithalatçının tazminat yükümlülüğü doğuyor ise imalatçı ve ithalatçının müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmektedir” ifadesi bulunmaktadır. Kanun’da birden çok imalatçı “veya” ithalatçının müteselsil sorumlu olduğu düzenlenirken gerekçede imalatçı “ve” ithalatçının müteselsil sorumlu olduğunun düzenlenmesi kafa karışıklığına neden olmaktadır.

<sup>68</sup> Aksi görüş için bkz. ÇELT, s. 101.

dışında imal edilen ürünlerde ise birinci dereceden sorumlu ithalatçıdır<sup>69</sup>. İmalatçı sayılanlar açısından “ürüne kendi ismini, ticari markasını veya herhangi bir ayırt edici işaret koyarak kendisini imalatçı olarak sunan kişiler” ifadesi kullanılmıştır. Yönetmelik’te Kanun’dan farklı olarak hem ürünün tasarım veya imalatını yaptırma şartı kullanılmamış hem de Direktif ve Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Yasama Kararı ile uyumlu olarak kendisini imalatçı olarak sunma şartı aranmıştır.

GÜGY’nin 15. maddesinde Yönetmelik’in AB mevzuatına uyum amacıyla, Genel Ürün Güvenliğine İlişkin 2001/95/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi dikkate alınarak hazırlandığı belirtilmiştir<sup>70</sup>. Yönetmelik’in bu Direktif ile oldukça uyumlu olduğu görülmektedir<sup>71</sup>. Ancak kanaatimizce 2001/95/EC Direktifi’ni yürürlükten kaldıracak

<sup>69</sup> KARA, s. 280; aynı yönde bkz. YAZICI, s. 235.

<sup>70</sup> Avrupa Birliği hukukunda 03.12.2001 tarihli, 2001/95 sayılı Genel Ürün Güvenliği Direktifi kabul edilmiştir. “Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety-Richtlinie über die allgemeine Produktsicherheit” <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex%3A32001L0095> (Erişim Tarihi: 15.05.2024). Direktif ürün güvenliğinin sağlanması amacı ile piyasa gözetim ve denetiminin yapılması, ürünün piyasaya sunulmasının sınırlarının belirlenmesi, ürünün geri çağırılması veya geri çekilmesi, topluluk düzeyinde bilgi alışverişi sistemi kurulması, üye devletlerin ürünlerin riskiyle başa çıkmada yeknesaklık oluşturulması gibi konularda düzenlemeler içermektedir. Genel Ürün Güvenliği Direktifi’nin, idari önlem ve yaptırımlar ile güvenli olmayan ürünün piyasaya sürülmesi ve piyasada bulunmasına karşı, kişileri koruduğu söylenebilir. KURT, s. 364; HAVUTÇU, Üreticinin Sorumluluğu, s. 66.

<sup>71</sup> 2001/95 sayılı Genel Ürün Güvenliği Direktifi m 2/e’ye göre üretici:

“i) Eğer toplulukta yerleşik ise ürünün imalatçısı ve ürüne adını, ticari markasını veya herhangi bir ayırt edici işaretini ekleyerek kendisini üretici olarak tanıtan veya ürünü islah eden herhangi bir kişi,

ii) üreticinin toplulukta yerleşik olmadığı durumlarda üreticinin temsilcisi, eğer toplulukta yerleşik bir temsilcisi yoksa ürünün ithalatçısı,

iii) faaliyetleri ürünün güvenlik özelliklerini etkileyebilecek ölçüde olduğunda tedarik zinciri içinde yer alan diğer kişiler” olarak kademeli bir şekilde tanımlanmıştır.

Direktif m. 2/f’de dağıtıcı faaliyetleri ürünün güvenlik özelliklerini etkilemeyen tedarik zincirindeki herhangi bir kişi olarak tanımlanmıştır. Üreticinin kademeli olarak tanımlanmasının sonucu olarak, yükümlülükler belirlenirken ithalatçıların yükümlülükleri başlığı kullanılmaksızın “üretici ve dağıtıcıların yükümlülükleri” başlıkları kullanılmıştır. Bunun sebebinin üretici kavramının ithalatçı kavramını kapsayıcı olması olduğu rahatlıkla söylenebilir.

olan 2023/988/EU Tüzük'ünde<sup>72</sup> farklı tanımlamalar yapıldığı için bu kapsamda Türk hukuku düzenlemelerinde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Genel Ürün Güvenliği Hakkında Tüzük 23 Mayıs 2023 tarihli AB Resmî Gazetesi'nde yayımlanmıştır<sup>73</sup>. Birçok noktada 2001/95/EC sayılı Direktif'ten farklı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir<sup>74</sup>. Avrupa Birliği mevzuatına uyum amacı kapsamında 2024/2853 sayılı yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi ve 2023/988/EU sayılı Ürün Güvenliği Tüzüğü incelenerek Türk hukuku düzenlemelerinin, bu düzenlemelerle uyumlu hale getirilmesi sağlanmalıdır.

## II. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN İLGİLİ DÜZENLEMELERİNDE SORUMLU KİŞİLERİN ÇEVRESİ

### A. Genel Olarak

Avrupa Birliği hukukunda 1975 yılından beri tüketicinin korunması kapsamında birçok düzenleme yapılmıştır. Bu yolla güvenli ürün üretilmesi, piyasa gözetim ve denetiminin yapılması, malların serbest dolaşımının sağlanması, insan sağlığının korunması, rekabetin bozulmaması gibi hususlar amaçlanmaktadır. Avrupa Topluluğu'nda çok sayıda

<sup>72</sup> Tüzük m. 52'ye göre bu Tüzük, Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanmasını takip eden yirminci günde yürürlüğe girer. Tüzük 13 Aralık 2024 tarihinden itibaren geçerli olacaktır. Ayrıca Tüzük m. 50'ye göre 2001/95/EC sayılı Direktif 13 Aralık 2024 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>73</sup> General Product Safety Regulation – GPSR: OJ L 135, 23.5.2023, s. 1–51. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/988> (Erişim tarihi: 06.07.2024).

<sup>74</sup> Tüzük m. 3/8'de imalatçı "ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere ürünün imalatçısından söz edilmiş ve üretici (Producer) yerine imalatçı ifadesi (Manufacturer) kullanılmıştır. Tüzük m. 3/9'da yetkili temsilci, imalatçıdan bu Yönetmelik kapsamında belirli görevlerle ilgili olarak yazılı bir yetki alan, Birliğin içinde yerleşik herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Tüzük m. 3/10'da ithalatçı, üçüncü bir ülkeden bir ürünü Birliğin piyasasına sunan, Birliğin içinde yerleşik herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Tüzük m. 3/11'de dağıtıcı, imalatçı veya ithalatçı dışında, bir ürünü piyasaya sunan tedarik zinciri içindeki herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Tüzük m. 3/13'te iktisadi işletmec-i-ekonomik operatör; imalatçı, yetkili temsilci, ithalatçı, dağıtıcı, hizmet sağlayıcısı veya ürünlerin imalatı veya piyasaya arzıyla ilgili yükümlülüklerle tabi olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

İmalatçı, yetkili temsilci, ithalatçı, dağıtıcı ayrı ayrı tanımlandığı gibi yükümlülükleri de ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiş ve 2001/95/EC Direktifi'nden farklı olarak genel ve kademeli bir üretici tanımı yapılması terkedilmiştir.

direktif ve tüzük kabul edilmekte ayrıca dünyadaki gelişmeler ışığında her geçen gün bunlara yenileri eklenmektedir<sup>75</sup>. Bu düzenlemelerden hatalı ürün nedeniyle sorumluluğu düzenleyen ve ÜGTDK m. 6'nın da dayanağını oluşturan ve halen yürürlükte olan<sup>76</sup> 85/374/EEC Sayılı Konsey Direktifi çalışma için önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle öncelikle bu Direktif incelenecektir.

Dijital çağın sonucu olarak ürünlerin karmaşık hale gelmesi nedeniyle yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu için 2022 yılında Avrupa Komisyonu bir Direktif Önerisi yayımlamıştır. Avrupa Parlamentosu 12 Mart 2024'te Ürün Sorumluluğu Direktifi'ni birtakım değişiklikler ile birlikte kabul etmiştir<sup>77</sup>. Avrupa Konseyi'nin onayı ile birlikte 2024/2853 sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi 18 Kasım 2024 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış ve takip eden 20. günde yürürlüğe girmiştir<sup>78</sup>. Bu Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'in 85/374/EEC sayılı Direktif'le kıyaslandığında oldukça farklı düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Çalışmanın da konusu olan kimlerin sorumlu olacağı meselesine ilişkin birçok farklı düzenleme yapıldığı ve hem sorumlular çerçevesinin genişletildiği hem de kademeli bir sistem getirildiği görülmektedir.

## **B. Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumluluk Hakkında 85/374/EEC Sayılı Konsey Direktifi'ne Göre Sorumlu Kişilerin Çevresi**

Hatalı ürünlerin sebep olduğu zararlar nedeniyle üreticinin hukuki sorumluluğuna ilişkin 85/374/EEC sayılı AB Konsey Direktifi Bakanlar Konseyi tarafından 1985 yılında kabul edilmiştir. Bir başka deyişle üreticinin kusursuz sorumluluğunun temelini Avrupa Konseyi'nin 25.07.1985 tarihli ve 374 sayılı Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumluluk Hakkında Üye

<sup>75</sup> Avrupa Birliği'nde tüketici hukukunun gelişimi için bkz. DÖNMEZ, Zeynep, "Avrupa Birliği'nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri", içinde Cevdet Yavuz'a Armağan, c. 22, 2016, s. 954 vd.

<sup>76</sup> Hatalı Ürün Nedeniyle Sorumluluk Hakkında 85/374/EEC Sayılı Konsey Direktifi'nin kırk yıllık uygulamasının, Avrupa Birliği'nin 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktifi m. 21'de 9 Aralık 2026 tarihinden itibaren yürürlükten kalkacağı belirtilmiştir.

<sup>77</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_EN.html) (Erişim Tarihi: 12.09.2024).

<sup>78</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024L2853> (Erişim Tarihi: 28.11.2024).

Ülkelerin Hukuki ve İdari Düzenlemelerinin Yeknesaklaştırılması Hakkında Direktif<sup>79</sup> oluşturmaktadır<sup>80</sup>. ÜGTDK m. 6'nın gerekçesinde "Söz konusu düzenleme AB'nin üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/374/EEC sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmaktadır" ifadesi yer almaktadır. Hükmün gerekçesinden anlaşıldığı üzere bu direktif Türk Hukukunda üreticinin kusursuz sorumluluğu düzenlemesinin temelini oluşturmaktadır. Ancak başta sorumlu kişilerin çevresinde olmak üzere birçok konuda Direktif'ten farklı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

Direktif m 3/1'de üretici "Nihai bir ürünün imalatçısını, herhangi bir hammaddenin üreticisini veya bir bileşen parçasının imalatçısını ve ismini, ticari markasını ya da diğer ayırt edici özelliğini ürün üzerinde belirtmek suretiyle kendisini ürünün üreticisi olarak tanıtan herhangi bir kişi"<sup>81</sup> olarak tanımlanmıştır. Direktif kapsamında hammadde sağlayanlar üretici (*producer*), hammaddeden nihai bir ürün veya kısmi ürün (bileşen parça) meydana getirenler imalatçı (*manufacturer*) olarak ifade edilmiştir. Üretim kavramı imalat kavramını da içine aldığı için "imalatçı" ve "üretici" kavramının üst kavramı olarak "üretici" ifadesi kullanılmıştır<sup>82</sup>. Direktif'te açık bir şekilde hammadde üreticilerinden ve kısmi ürün imalatçılarından söz edilmektedir. Ayrıca ismini, ticari markasını veya başka bir ayırt edici özelliğini

<sup>79</sup> "Council Directive of 25 July 1985 on the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States concerning Liability for Defective Products-Richtlinie 85/374 EEC des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts-und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für Fehlerhafte Produkte" <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31985L0374&qid=1649840878344> (Erişim Tarihi:18.06.2024).

<sup>80</sup> Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi 9 Aralık 2026'dan önce piyasaya sürülen veya hizmete sunulan ürünler için geçerli değildir. Bu nedenle, bu tarihten önce piyasaya sürülen veya hizmete sokulan hatalı ürünlerin neden olduğu hasarlar için 85/374/EEC sayılı Direktif kapsamında sorumluluk devam etmektedir (2024/2853 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi (63) no.lu gerekçe).

<sup>81</sup> Bu çalışmada 85/374/EEC sayılı Direktif'in açıklanmasında Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı'nın çevirisinden faydalanılmıştır. [https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil%2028%20Tuketicinin%20ve%20Sagligin%20Korunmasi/3198510374\\_tr.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil%2028%20Tuketicinin%20ve%20Sagligin%20Korunmasi/3198510374_tr.pdf) (Erişim Tarihi: 31.08.2024).

<sup>82</sup> Directive Art. 3 "'Producer' means the manufacturer of a finished product, the producer of any raw material or..."

kullanarak kendilerini üretici olarak tanıtanların da üretici olarak sayıldığı görülmektedir<sup>83</sup>.

Direktif'te hammadde üreticilerinin de sorumlu kişi olduğu belirtilmiştir. Hammadde bir ürünün meydana getirilmesi için gerekli olan materyal veya maddelerdir<sup>84</sup>. Bu maddeleri çıkaran, işleyen, rafine eden kişi hammadde üreticisidir ve ürettiği şeyin hatalı olması durumunda sorumludur. Direktif'te kısmi ürün üreticilerinin de sorumlu olduğu belirtilmiştir. Birleşen parçayı imal eden kişi, bu ürünün hatalı olması nedeniyle doğacak zararlardan sorumludur. Nihai ürün üreticisi, birleşen parçaların hatalarından da sorumlu iken; kısmi ürün üreticisi, yalnızca bu parçada mevcut olan hatadan sorumlu tutulmuştur. Direktif m. 7'ye göre, birleşen parça üreticileri, hatanın kendi ürünlerinden kaynaklanmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilirler. Ancak nihai parça üreticilerine böyle bir sorumluluktan kurtuluş imkânı verilmemiştir.

Direktif m. 3/2'ye göre "üreticinin sorumluluğuna halel getirmeksizin, ticari faaliyetleri çerçevesinde satış, kiralama, finansal kiralama veya herhangi bir şekilde dağıtım amacıyla Topluluğa ürün ithal eden herhangi bir kişi" üretici sayılır ve üretici gibi sorumludur. Direktif'e göre tüm ithalatçılar değil, yalnızca Avrupa Birliği'ne ürün ithal eden ithalatçılar sorumludur<sup>85</sup>. Üreticinin yabancı bir ülkede olması durumunda ithalatçının sorumluluğuna gidilebilir<sup>86</sup>. Zarar görenin başka bir ülkedeki üreticiyi dava etmesindeki güçlük göz önüne alındığında bu düzenleme çok önemlidir. İthalatçının daha az güvenlik standardı taşıyan bir ülkede üretilen ürünü, bir başka ülkeye sokarak o ülkede risk meydana getirmesi mümkündür. Bu nedenle ithalatçının bu riski üstlenmesi gereklidir. Hatalı ürünlerden dolayı ithalatçı, üretici gibi sorumludur<sup>87</sup>. Direktif'e göre üretici ve üretici sayılanlar aynı derecede sorumludur. Bu düzenleme ile üreticiler arasında bir

<sup>83</sup> Direktif'in gerekçesinde tüketicinin korunmasının, nihai ürün veya tedarik edilen kısmi ürün ya da hammaddenin hatalı olması durumunda üretim sürecine katılan herkesin sorumlu olmasını gerektirdiği belirtilmiştir **WAGNER**, § 4, Rn. 1.

<sup>84</sup> **KATZENMEIER**, § 4 Rn. 3; **OECHSLER**, Jürgen, "Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz-ProdHaftG)", § 4 Rn. 15.

<sup>85</sup> **TASCHNER/FRIETSCH**, § 3, Richt. Rn. 20.

<sup>86</sup> **HAVUTÇU**, Üreticinin Sorumluluğu, s. 22.

<sup>87</sup> **TASCHNER/FRIETSCH**, § 3, Richt. Rn. 19.

derecelendirme yapılmamıştır. Direktif m. 3/2'ye göre “*üreticinin sorumluluğuna halel gelmeksizin...*” ifadesi kullanıldığı için üretici ve ithalatçı, hata nedeniyle meydana gelen zarardan müteselsilen sorumludur. Buna göre ithalatçının sorumluluğu ikinci derecede bir sorumluluk değildir. Ayrıca aynı derecede birden fazla kişinin sorumlu olması halinde Direktif m. 5'e göre sorumlular müştereken ve müteselsilen sorumludur. Direktif'e göre ithalatçının ticari faaliyet çerçevesinde satım veya sürüm yapmak amacıyla ürünü ithal etmesi düzenlenmiştir. Bu durumda ithalatçının şahsi kullanımı için mal getirmesi ithalat olarak değerlendirilemez<sup>88</sup>.

Direktif m. 3/3'e göre ürünün üreticisinin belirlenemediği durumlarda, ürünün dağıtıcılarının her biri, zarara uğrayan kişiye üreticinin veya kendisine ürünü tedarik eden kişinin kimliğini makul bir süre içinde bildirmediği takdirde ürünün üreticisi gibi sorumlu olur. Aynı durum ithal edilen bir ürün söz konusu olduğunda, m. 3/2 uyarınca ürünün ithalatçısı olan kişinin kimliğinin belirtilmemesi halinde de geçerlidir. Bu şekilde dağıtıcının tali sorumluluğu öngörülmektedir. Tedarikçi kavramının içerisine kimlerin gireceğinin incelenmesi gerekir. Komisyon 2000 tarihli raporunda tedarikçi ifadesinin “*piyasaya sürülmüş ürünlerin tüketiciye dağıtımını yapan kişiler*” anlamında kullanıldığı belirtilmiştir<sup>89</sup>. Bu hüküm ile ürünün sürüm-dağıtım zincirine katılan bütün kişiler kastedilmektedir. Örneğin; toptancı, bayii, acente, nihai satıcı vb. üretici gibi sorumlu olmaktadır. Direktifte tedarikçi için makul süre içinde bir bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüş bunun yerine getirilmemesi halinde sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Direktif'e göre, ürünü tedarik eden kişiyi veya üreticiyi bildirerek sorumluluktan kurtulmak mümkün olduğu için, sürüm zinciri içerisindeki bir kişi, kendisinden önce gelen kişiyi bildirerek sorumluluktan kurtulabilir. Direktif'te belli bir süre belirtilmemiş, “*makul bir süre*” içinde bildirme yükümlülüğü konulmuştur<sup>90</sup>. Üretici ve ithalatçının tespit edildiği durumda, sırf tedarikçinin bildirim yükümlülüğünü

<sup>88</sup> TASCHNER/FRIETSCH, § 3, Richt. Rn. 19; AYDOS, s. 122.

<sup>89</sup> COM (2000) 893 final 31.01.2001, s. 22, dn. 21. (AB resmi sayfası: www.europa.eu.int)

<sup>90</sup> Komisyon'un Direktif'in işleyişiyle ilgili sorunların değerlendirilmesi amacıyla hazırladığı “*Livre Vert*”te sürenin maksimum 3 ay olması önerilmiştir. COM (1999) 396 final, 28.07.1999, s. 28 (www.europa.eu.int)

ihlal etmesi nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olmaz<sup>91</sup>. Aynı derecede birden fazla kişinin sorumlu olması halinde Direktif m. 5'e göre sorumlular müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu düzenlemenin temel amacı üreticiye ulaşmaktır. Dağıtıcıların sorumluluğu bilgi verme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle. Yoksa burada tedarikçilerin hatalı ürünün piyasaya sürülmesinden sorumlu tutulduğu düşünülmemelidir. Tedarikçilerin sorumlu tutulması, üreticinin tespitinin sağlanması amacıyla baskı niteliğindedir<sup>92</sup>. Buradaki asıl amaç tüketicilerin korunmasıdır. Eğer tedarikçilere böyle bir bildirim yükümlülüğü yüklenmeseydi, hatalı üründen zarar gören kullanıcıların üreticiyi tespit edememesi halinde ürün sorumluluğu kapsamında zararını tazmin etmesi mümkün olmayabilirdi.

Direktif m. 7'de üreticinin bazı durumların varlığını ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir. Bu sorumluluktan kurtuluş sebepleri arasında kısmi ürün imalatçıları için özel olarak düzenlenmiş bir kurtuluş sebebi yer almaktadır. Direktif m. 7/f'ye göre, kısmi ürün imalatçıları, hatanın kendi ürünlerinden kaynaklanmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilirler.

### **C. Avrupa Birliği'nin 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Direktifi'ne göre Sorumlu Kişilerin Çevresi**

Direktif'in, Avrupa Konsey'i tarafından onaylanıp 18.11.2024 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmasına kadarki süreçte, Komisyon'un Öneri metni üzerine değerlendirmeler yapılmış ve Avrupa Parlamentosu, Komisyon'un Önerisi'nde birtakım değişiklikler yapmıştır<sup>93</sup>. Çalışmada Avrupa Parlamentosu Yasama Kararı ile Komisyon Önerisi'nde yapılan değişiklikler özel olarak belirtilmektedir. 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Direktif m. 4 (15)'de iktisadi işletmeci (ekonomik operatör) "*bir ürünün veya bileşenin imalatçısı, ilgili bir hizmet sağlayıcısı,*

<sup>91</sup> Aksi görüş için bkz Tercier, Concours d'Actions, s. 195 naklen AKÇURA KARAMAN, s.306.

<sup>92</sup> KIRCA, s. 220-21.

<sup>93</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_EN.html) (Erişim Tarihi: 12.09.2024).



yetkili temsilci, ithalatçı, ifa hizmet sağlayıcısı veya dağıtıcı” olarak tanımlanmıştır.

### 1. İmalatçı ve Görünüşte İmalatçı

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi m. 4 (10)'da imalatçı *“Bir ürünü geliştiren, imal eden veya üreten ya da bir ürünün tasarımını veya imalatını yaptıran, ya da adını, ticari markasını veya diğer ayırt edici özelliklerini bu ürüne koyarak kendisini imalatçı olarak tanıtan yahut bir ürünü kendi kullanımı için geliştiren, imal eden veya üreten her gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlanmıştır. Yeni Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'te, 85/374/EEC sayılı Direktif'ten ayrılarak üretici (producer) yerine geniş kavram olarak imalatçı (manufacturer) kavramının kullanıldığı, bu kavramın içinde ürünü imal eden, üreten, geliştiren, tasarımını yaptıran veya imal ettiren kişilerin ayrı ayrı sayıldığı görülmektedir. Gerekçede imalatçı, piyasaya sürme gibi kavramların, Birlik'in ürün güvenliği düzenlemeleriyle uyumlu hale getirilmesi amaçlanarak kullanıldığı belirtilmiştir<sup>94</sup>. 85/374 sayılı Direktif'le benzer bir şekilde 2024/2853 sayılı Direktif'te de, görünüşte imalatçı olarak ürünü kendi adı veya ticari markası altında pazarlayan kişi kapsama alınmıştır. *“Kendisini üretici gibi gösterme”* koşulu Komisyon Önerisi m. 4 (11)'de yer alan imalatçı tanımında aranmamıştır. Ancak Avrupa Parlamentosu Yasama Kararı'nda değişikliğe gidildiği ve *“...(b) bir ürünün tasarımını veya imalatını yaptıran, ya da adını, ticari markasını veya diğer ayırt edici özelliklerini bu ürüne koyarak kendisini imalatçı olarak tanıtan”* ifadelerine yer verdiği görülmektedir. Gerekçede kişinin kendisini imalatçı olarak tanıtmayı ile üretim sürecine dahil olduğu veya bunun sorumluluğunu üstlendiği izleniminin oluştuğu açıklaması yapılmıştır<sup>95</sup>. Kanaatimizce kendisini imalatçı olarak tanıtmayı şartının aranması daha isabetli olmuştur<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> 93/465/EEC sayılı KONSEY Kararı'nı yürürlükten kaldıran ve Ürünlerin pazarlanması için ortak bir çerçeveye ilişkin 9 Temmuz 2008 tarihli 768/2008/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve KONSEY Kararı tanımları dikkate alınmıştır. Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (11) no'lu gerekçesi.

<sup>95</sup> Parlamento Yasama Kararı gerekçesi (36): [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132\\_EN.html#def\\_2\\_1](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_EN.html#def_2_1) (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

<sup>96</sup> ÜGTDK'daki düzenleme için bkz. I. A. 1.

## 2. Kısmi Ürün İmalatçısı ve Hammadde Üreticisi

Özel olarak Direktif m. 4 (10)'daki imalatçı tanımında kısmi ürün imalatçısı ve hammadde üreticisinden söz edilmemiştir. Ancak m. 4 (15)'da iktisadi işletmeciler sayılırken kısmi ürün (bileşen parça) imalatçısının da kapsama alındığı görülmektedir<sup>97</sup>. Direktif m. 8/1 (b)'de “kısmi ürün imalatçısının, kısmi ürünün (bileşenin) imalatçının kontrolü altında bir ürüne entegre edildiği veya bu ürünle bağlantılı olduğu ve bu ürünün hatalı olmasına neden olduğu durumda ürünün imalatçısının sorumluluğuna halel gelmeksizin sorumlu olduğu” düzenlenmiştir. Direktif m. 8 ile Komisyon Önerisi'ndeki maddenin içeriğinde ayrıntılı açıklamalara ve bazı değişikliklere yer verilmiştir<sup>98</sup>. Ürün sorumluluğunun, hatalı ürünün diğer taşınırlara entegre edilen veya taşınmazlara monte edilen tüm taşınırları kapsamına aldığı görülmektedir<sup>99</sup>. Üretim sürecine dahil olan herhangi bir imalatçının, ürün veya tedarik ettiği bir kısmi ürün hatalı olduğu sürece sorumluluğuna gidilir. Bir imalatçının başka bir imalatçıdan aldığı hatalı bir bileşeni ürüne entegre etmesi halinde zarar gören kişi aynı zarar için hem ürünün imalatçısından hem de kısmi ürün imalatçısından tazminat talep edebilmelidir<sup>100</sup>. Direktif m. 4 (1)'de “ürün” tanımında m. 4 (6)'da “bileşen” tanımında hammaddenin açık bir şekilde belirtildiği görülmektedir<sup>101</sup>. Ürün tanımında da ürünü imal eden veya üreten kavramının kullanılması ile hammadde üreticilerini de kapsama aldığı söylenebilir.

## 3. Yetkili Temsilci

Ürün sorumluluğu kapsamında adı anılmayan daha önceleri ürün güvenliği kapsamında düzenlenmiş olan yetkili temsilcinin Yeni Direktif

<sup>97</sup> ARAT, Ayşe/AKINCI, Elif, “2022/0302 sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 82 (2), s. 363-407.

<sup>98</sup> Komisyon Önerisi m. 7/1'de “üye devletlerin, hatalı bir kısmi ürünün nihai ürünün hatalı olmasına neden olduğu hallerde kısmi ürün imalatçısını da aynı zarardan sorumlu tutulabilmesi” düzenleme altına alınmıştır.

<sup>99</sup> 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (6) no'lu gerekçesi.

<sup>100</sup> 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (36) no'lu gerekçesi.

<sup>101</sup> 2022/495 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif Önerisi'nin 2022 metninde ürün tanımının içinde hammadde mevcut değilken, Avrupa Parlamentosu'nun 12 Mart 2024 kabul metninde ürün tanımının içinde hammaddenin açıkça yer aldığı görülmektedir.

ile kapsama alındığı görülmektedir. 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif m. 4 (11)<sup>102</sup>'de yetkili temsilci "*Birlik içerisinde yerleşik olan ve bir imalatçıdan belirli görevlerle ilgili olarak kendi adına hareket etmek üzere yazılı bir yetki almış olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Direktif m. 8/1 (c)'de "*Ürünün veya kısmi ürünün imalatçısının Birlik dışında yerleşik olması halinde bu imalatçının sorumluluğuna hanel gelmeksizin: Hatalı ürün veya kısmi ürünün (bileşenin) ithalatçısı; imalatçının yetkili temsilcisi; Birlik içinde yerleşik bir ithalatçının veya yetkili temsilcinin bulunmadığı hallerde ifa hizmet sağlayıcısı*" ifadesi kullanılmıştır. Kanaatimizce "*bu imalatçının sorumluluğuna hanel gelmeksizin..*" düzenlemesine dayanarak Birlik dışında yerleşik imalatçının sorumluluğunun tam olarak ortadan kalkmayacağı ifade edilebilir<sup>103</sup>. Bir ürünün üreticisinin Birlik dışında yerleşik olduğu durumlarda, zarar gören kişilerin uygulanabilir bir tazminat talebinde bulunabilmelerini sağlamak amacıyla, söz konusu ürünün ithalatçısını ve Birlik mevzuatı kapsamında, örneğin ürün güvenliği ve piyasa gözetimi mevzuatı kapsamında belirli görevlerle ilgili olarak atanan üreticinin yetkili temsilcisini sorumlu tutmak mümkün olmalıdır<sup>104</sup>. Yetkili temsilciye ilişkin düzenlemelerin ürün güvenliği mevzuatına uygun olduğu ve düzenlemelerin uyumlaştırılması noktasında önemli bir rol üstlendiği söylenebilir<sup>105</sup>.

#### 4. İthalatçı

2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif m. 4 (12)'de ithalatçı "*üçüncü bir ülkeden gelen bir ürünü Birlik pazarına sunan Birlik içinde yerleşik herhangi bir gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Direktif m. 8/1 (c)'de "*Ürünün veya kısmi ürünün imalatçısının Birlik dışında*

<sup>102</sup> Komisyon Önerisi m. 4 (12)'ye karşılık gelmektedir.

<sup>103</sup> Komisyon Önerisi m. 7/2'de "*hatalı ürünün imalatçısının Birlik dışında yerleşik olduğu durumlarda, hatalı ürünün ithalatçısının ve imalatçının yetkili temsilcisinin ürünün neden olduğu zararlardan sorumlu olduğu*" düzenlenmiştir. Parlamento Yasama Kararı m. 8/1 (c) ile düzenleme farklı cümlelerle ifade edilmiş ve imalatçının Birlik dışında olması halinde sorumluluğuna hanel gelmeksizin ithalatçı, yetkili temsilci ve ifa hizmet sağlayıcısının sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

<sup>104</sup> 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (37) no'lu gerekçesi.

<sup>105</sup> PİOVANO, Christian/HESS, Christian, "More obligations, more rights: How the new EU Product Liability Directive changes the rules for economic operators and consumers (Part 1)", IWRZ, 5/2024, 208.

yerleşik olması halinde bu imalatçının sorumluluğuna halel gelmeksizin: Hatalı ürün veya kısmi ürünün (bileşenin) ithalatçısı; imalatçının yetkili temsilcisi ve Birlik içinde yerleşik bir ithalatçının veya yetkili temsilcinin bulunmadığı hallerde ifa hizmet sağlayıcısı” ifadesi kullanılmıştır. Komisyon Önerisi m. 7/1-2’den hatalı üründen dolayı, ürünün imalatçısının sorumlu olacağı ve ithalatçının ancak hatalı ürünün imalatçısının Birlik dışında yerleşik olması halinde sorumluluğunun doğacağı anlaşılmaktadır. Komisyon Önerisi’nden farklı olarak Parlamento Yasama Kararı m. 8/1 (c)’de “Ürünün veya kısmi ürünün imalatçısının Birlik dışında yerleşik olması halinde bu imalatçının sorumluluğuna halel gelmeksizin” ifadesi kullanılmıştır. Bu durum Birlik dışında yerleşik imalatçının sorumluluğunun tam olarak ortadan kalkmayacağını ifade etmektedir. Ayrıca düzenlemede ithalatçı veya yetkili temsilcinin mi yoksa ithalatçı ve yetkili temsilcinin mi sorumluluğunun düzenlendiği noktasında şüpheye düşülebilir. Kanaatimizce Gereçede<sup>106</sup> ve Komisyon Önerisi’nde<sup>107</sup> de “ve” ifadesinin kullanılmış olması nedeniyle ithalatçı ve yetkili temsilcinin kademeli olarak değil, birlikte müteselsilen sorumluluğu söz konusudur.

### 5. İfa Hizmet Sağlayıcısı

Zarar görenin muhatap bulabilmesi için imalatçının birlik dışında yerleşik bulunması halinde ithalatçısı ve yetkili temsilcisinin sorumluluğu gündeme geldiği gibi Direktif m. 8/1 (c) (iii)’de “Birlik içinde yerleşik bir ithalatçının veya yetkili temsilcinin bulunmadığı hallerde, ifa hizmet sağlayıcısı” da sorumlu kişiler arasına alınmıştır. Direktif m. 4 (13)’te ifa hizmet sağlayıcısı (fulfilment service provider)<sup>108</sup>; “ticari faaliyet sırasında aşağıdaki

<sup>106</sup> 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif’in (37) no’lu gerekçesi.

<sup>107</sup> Komisyon Önerisi m. 7/2 “Üye Devletler, hatalı ürünün imalatçısının Birlik dışında yerleşik olduğu durumlarda, hatalı ürünün ithalatçısının ve imalatçının yetkili temsilcisinin bu ürünün neden olduğu zarardan sorumlu tutulabilmesini sağlar”.

<sup>108</sup> Türk hukukunda, Uzaktan İletişim Araçları Yoluyla Piyasaya Arz Edilen Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliği m. 4 (I)’da İfa hizmet sağlayıcı “Ticari faaliyetleri sırasında ürünün sahipliğini almaksızın, posta hizmetleri, koli veya parsel sevkiyat hizmetleri, diğer posta hizmetleri veya navlun taşıma hizmetleri hariç olmak üzere depolama, paketlenme ve nakliye hizmetlerinden en az ikisini sunan gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder şekilde tanımlanmıştır. Bu tanımın, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin Ürünlerin Piyasa Gözetimi ve Uygunluğuna ilişkin 2019/1020 sayılı Tüzüğü ile aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Doktrinde kavrama “ifa aracılığı hizmeti” karşılığını veren yazarlar da mevcuttur (Bkz. ARAT/AKINCI, s. 390).

hizmetlerden en az ikisini sunan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir: 97/67/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 2. maddesinin (1) bendinde tanımlanan posta hizmetleri, 2018/644 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nün (AB) 2. maddesinin (2) bendinde tanımlanan paket teslimat hizmetleri ve diğer posta hizmetleri veya yük taşıma hizmetleri hariç olmak üzere, ürünün mülkiyetine sahip olmaksızın bir ürünün depolanması, paketlenmesi, adreslenmesi ve gönderilmesi" olarak tanımlanmıştır. Yalnızca posta hizmetlerinin veya taşıma hizmetlerinin verilmesinin ifa hizmet sağlayıcısı olarak sorumluluk doğurmayacağı özel olarak belirtilmiştir<sup>109</sup>. Bu düzenlemenin ürün güvenliğine ilişkin düzenlemelerle uyumlu olduğu görülmektedir. İfa hizmet sağlayıcısının sorumluluğu; ürünün imalatçısı, yetkili temsilcisi ve ithalatçısının Avrupa Birliği dışında yerleşik olması şartına bağlanmıştır. Bu nedenle sorumluluğunun ikinci kademede bir sorumluluk olduğunu söylemek mümkündür. Ancak sorumluluğu tali nitelikte değildir. İfa hizmet sağlayıcısı asli sorumlular arasında ancak kademeli sayılan sorumlular arasındadır<sup>110</sup>. Bir başka deyişle ürünün, imalatçısı, yetkili temsilcisi ve ithalatçısının Avrupa Birliği dışında yerleşik olması halinde sorumluluğu doğmaktadır.

## 6. Dağıtıcı

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nden önce hatalı ürünlerden dolayı sorumluluğu düzenlenmiş olan dağıtıcının bu Direktif'te de sorumlular arasında düzenleme altına alındığı görülmektedir. Direktif m. 4 (14)'de dağıtıcı "*Tedarik zincirinde yer alan ve bir ürünü piyasaya sunan imalatçı ve ithalatçı dışındaki herhangi bir gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Direktif m. 8/3'e<sup>111</sup> göre imalatçının tespit edilemediği veya

<sup>109</sup> WAGNER, Gerhard: "Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect" 2022 3 (13) Journal of European Tort Law, s. 213.

<sup>110</sup> 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (37) no'lu gerekçesi.

<sup>111</sup> "Üye devletler, 1. paragrafta atıfta bulunulandan ve birlik içinde yerleşik olanlardan bir müteşebbisin tespit edilemediği durumlarda, hatalı ürünün her bir dağıtıcısının sorumlu olmasını sağlar;

(a) Zarar gören kişi, söz konusu dağıtıcıdan, 1. paragrafta atıfta bulunulan ve Birlik içinde yerleşik olanlar arasından bir müteşebbis veya kendisine söz konusu ürünü tedarik eden kendi dağıtıcısını belirlemesini talep eder ve

(b) Söz konusu dağıtıcı, (a) bendinde atıfta bulunulan talebi aldıktan sonra bir ay içinde (a) bendinde atıfta bulunulan bir müteşebbis veya kendi dağıtıcısını belirleyemez".

imalatçının Birlik dışında yerleşik olduğu hallerde, ürünün ithalatçısı, yetkili temsilcisi veya ifa hizmet sağlayıcısı tespit edilemediği durumlarda ürünün dağıtıcısının sorumluluğu söz konusudur. Dağıtıcı bir aylık bir süre içinde bir sorumlu müteşebbisi veya ürünü kendisine tedarik eden kişinin kimliğini tespit edip bildirerek sorumluluktan kurtulabilir. Dağıtıcının sorumluluğunun tali nitelikte olduğu görülmektedir. Dağıtıcılara bu sorumluluğun yüklenmesindeki asıl amaç, sorumluluğun imalatçılara, ithalatçılara, yetkili temsilcilere ve ifa hizmet sağlayıcılarına etkili bir şekilde yönlendirilmesini sağlamaktır. Bunun için dağıtıcılara bu sorumlu müteşebbislerden birisini tespit etme sorumluluğu yüklenmiştir<sup>112</sup>.

### 7. Üründe Esaslı Değişiklik Yapanlar

Döngüsel ekonomi içerisinde çevrenin de korunabilmesi adına ürünler artık yeniden kullanılabilir, dönüştürülebilir şekilde yenilikçi bakış açısıyla tasarlanmaktadır. Bu nedenle esaslı bir şekilde değiştirilen ürünlere ilişkin sorumluluk kurallarının belirlenmesi gerekmiştir. Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi ile hem esaslı değişiklikten ne anlaşılması gerektiği hem de üründe esaslı değişiklik yapılması durumunda kimlerin sorumlu olacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Direktif m. 4 (18)'de bir ürünün piyasaya sürüldükten veya hizmete sunulduktan sonra, ürün güvenliğine ilişkin Birlik veya ulusal mevzuatta önemli kabul edilen bir değişiklik yapılırsa veya mevzuatta buna ilişkin bir belirleme bulunmaması durumunda, ürünün performansı, amacı veya türünde imalatçının ilk risk değerlendirmesinde öngörülme-yen değişiklik yapılırsa ve tehlikenin niteliği değişir, yeni bir tehlike meydana getirilir veya risk düzeyi artırılırsa üründe esaslı değişiklik yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir.. Direktif m. 8/2'ye göre ürünü değiştirenler için *“bir ürünü imalatçının kontrolü dışında önemli ölçüde değiştiren ve daha sonra piyasaya süren veya hizmete sunan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi paragrafının amaçları doğrultusunda söz konusu ürünün imalatçısı olarak kabul edilir”* şeklinde düzenleme yapılmıştır.

<sup>112</sup> Aynı yönde bkz. 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Direktif'in (37) no'lu gerekçesi.

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'ne göre, imalatçının kontrolü dışında değişiklik yapılması halinde üründe değişiklik yapan kişi imalatçı olarak sorumlu olmaktadır<sup>113</sup>. Ürün asıl imalatçının kontrolü dışında önemli ölçüde değiştirilirse yeni bir ürün kabul edilir ve önemli değişikliği yapan kişi, değiştirilen ürünün imalatçısı olarak sorumlu tutulur. Değişikliğin esaslı olup olmadığı, orijinal ürünün amaçlanan işlevinin değişmesi veya ürünün geçerli güvenlik gerekliliklerine uygunluğunun değişmesine bakılarak tespit edilir. Orijinal üretici dışında önemli bir değişiklik yapan bir müteşebbis, zararın ürünün değişiklikten etkilenmeyen bir parçasıyla ilgili olduğunu kanıtlayabildiği takdirde sorumluluktan muaf tutulmalıdır. Esaslı değişiklikler içermeyen onarımlar veya diğer işlemleri gerçekleştiren müteşebbisler bu Direktif kapsamında sorumluluğa tabi olmamalıdır. Parlamento Yasama Kararı ile Komisyon Önerisi'nde değişiklik yapılmıştır<sup>114</sup>. Parlamento Yasama Kararı'nda özellikle "*imalatçının kontrolü dışında*" ve "*daha sonra piyasaya süren veya hizmete sunan*" gibi vurgular yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler önemlidir. Esaslı değişikliğe uğrayan ürünün yeniden tedarik zincirinin içerisine girmesi halinde, esaslı değişiklik yapanların sorumluluğundan söz edilebilir. Aksi halde yeniden piyasaya sürülmeksizin veya hizmete sunulmaksızın üründe yapılan değişiklikler için ürün sorumluluğundan söz edilmemektedir.

## 8. Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcısı

Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin sorumlular arasına eklediği bir diğer grup olarak elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar yer almaktadır. 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif m. 8/4'te<sup>115</sup> Dijital Hizmetler Yasası'nın<sup>116</sup> belirttiği koşulları taşıması şartıyla, tüketicilerin tacirlerle mesafeli sözleşmeler akdetmesine imkân tanıyan ve imalatçı, ithalatçı veya distribütör olmayan herhangi bir e-ticaret aracı

<sup>113</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ARAT/AKINCI, s. 392 vd.

<sup>114</sup> Komisyon Önerisi m. 7/4'te, "*Piyasaya arz edilmiş veya hizmete sunulmuş bir ürün üzerinde değişiklik yapan tüm gerçek veya tüzel kişilerin, değişiklik ürün güvenliğine ilişkin Birlik mevzuatı veya ulusal mevzuat bakımından esaslı ise ve asıl imalatçının kontrolü dışında gerçekleştirilmişse*" hatalı ürünün yol açtığı zarardan bu kişi sorumludur.

<sup>115</sup> Komisyon Önerisi m. 7/6.

<sup>116</sup> 2000/31/EC sayılı Direktifi (Dijital Hizmetler Yasası) tadil eden ve Dijital Hizmetler için Tek Pazara ilişkin 19 Ekim 2022 tarihli ve 2022/2065 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (AB) (OJ L 277, 27.10.2022, s. 1).

hizmet sağlayıcısı sorumlu tutulmuştur<sup>117</sup>. Aracı hizmet sağlayıcıları, hizmet alıcı ve tüketiciler arasında ürün satışında yalnızca aracılık yaptıkları durumlarda, (AB) 2022/2065 sayılı Tüzük kapsamında şartlı sorumluluk muafiyeti avantajına sahiptir. Ancak, bu Tüzük, tüketicilerin tacirlerle mesafeli sözleşmeler yapmasına imkân tanırken, e-ticaret aracı hizmet sağlayıcıların, ortalama bir tüketicinin ürünleri platformun kendisi veya yetkilileri tarafından sağlandığına inanmasına yol açacak şekilde sunmaları durumunda, tüketici koruma yasaları çerçevesinde sorumluluktan muaf tutulamayacaklarını öngörmektedir. E-ticaret satışlar sonucunda birçok e-ticaret aracı hizmet sağlayıcısı oluşmuştur, eğer ki aracı hizmet sağlayıcı; imalatçı, ithalatçı veya dağıtıcı gibi rol oynuyorsa bu kişilerle aynı şartlarda sorumludur. Ancak sadece aracı rol üstleniyorsa yalnızca Dijital Hizmetler Yasası'na göre sorumluluğu söz konusudur<sup>118</sup>. Aracı hizmet sağlayıcı, ortalama bir tüketicinin, bu bilginin veya işlemin konusu olan ürün veya hizmetin, aracının kendisi ya da kontrolü altında hareket eden bir hizmet alıcısı tarafından sağlandığına inanmasına yol açacak şekilde sunulması halinde de sorumluluğu söz konusu olur. Ancak e-ticaret aracı hizmet sağlayıcısının sorumluluğu dağıtıcının sorumluluğu gibi talidir. Dolayısıyla, bu Direktif'in dağıtıcılara yönelik hükümleri, e-ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına da benzer şekilde uygulanmalıdır<sup>119</sup>. Direktif ile e-ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına tali bir sorumluluk yüklenirken ifa hizmet sağlayıcılarına asli bir sorumluluk yüklenmektedir. Kanaatimizce ifa hizmet sağlayıcılarının sorumluluğunun e-ticaret aracı hizmet sağlayıcılarından daha katı tutulması yerinde olmamıştır<sup>120</sup>.

## 9. Diğer Haller

Direktif m. 8/5 ile zarar görenin bir muhatap bulamaması veya bulunduğu muhatabın iflas etmesi veya başka bir şekilde zararı tazmin edememesi nedeniyle tazminat elde edememesi halinde, üye devletlerin hatalı

<sup>117</sup> ARAT/AKINCI, s. 391 vd.

<sup>118</sup> Regulation Market for Digital Services (Digital Services Act) <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj> (Erişim Tarihi: 15.05.2024).

<sup>119</sup> 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (38) no'lu gerekçesi.

<sup>120</sup> Doktrinde de bu ayrımın haksız sonuçlar doğurabileceği dile getirilmektedir (VELDT, Gitta, "The New Product Liability Proposal- Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up?", EuCML 2023, s. 28 vd.).



ürünlerin neden olduğu zararları uygun şekilde tazmin etmek için mevcut ulusal sektörel tazminat programlarını kullanabileceği veya ulusal hukuk kapsamında başka kamu gelirleriyle finanse edilmeyen yeni programlar oluşturabileceği düzenlenmiştir.

### III. AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATINA UYUM AMACI

Avrupa Birliği mevzuatının sözleşme sorumluluğu, ürün güvenliği ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere üç ayaklı yasal düzenlemeler üzerine inşa edilmiş olduğu görülmektedir. Sözleşme sorumluluğu için örneğin; mal satış sözleşmelerine ilişkin 2019/771 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi<sup>121</sup>, dijital hizmet ve içeriklerin tedarikine yönelik sözleşmelere ilişkin 2019/770 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi<sup>122</sup> düzenlemeleri mevcuttur. Bu direktiflere göre malların sözleşmeye uygun olmaması veya bir kusurunun bulunması durumunda tüketicilerin sözleşmeden doğan tazmin hakkı mevcuttur. Ürün güvenliği için örneğin; 2023/1230 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin Makine Tüzüğü<sup>123</sup> ve Genel Ürün Güvenliğine İlişkin 2023/988 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü<sup>124</sup> mevcuttur. Bu düzenlemeler ile ürün güvenliğinin sağlanması adına gerekli düzenlemeler yapılmış ancak sorumluluğa ilişkin hükümler yer almamıştır. Ürün sorumluluğu için örneğin; 85/374/EEC sayılı hatalı ürünlerden sorumluluğa ilişkin Direktif ve bu Direktifi yürürlükten kaldıracak olan 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna İlişkin Direktif düzenlenmiştir. Bu direktifler ile hatalı üründen dolayı zarar gören kişiye karşı iktisadi işletmecinin sözleşme dışı sorumluluğu düzenlenmektedir. Her ne kadar sözleşme dışı sorumluluğu düzenleyen Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin gerekçesinde, ürün güvenliği mevzuatı ile kavram birliği sağlanmasının amaçlandığı vurgulansa da, ilgili düzenlemelerin ayrı mevzuatlar ile yapıldığı gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>121</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0771> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

<sup>122</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0770> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

<sup>123</sup> <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/1230/oj> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

<sup>124</sup> <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/988> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

Türk hukukunda AB mevzuatına uyum amacıyla birçok çalışma yapılmıştır. Dış İşleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı'nın, Ocak 2021-Aralık 2023 tarihlerine ilişkin hazırlanmış olduğu Avrupa Birliği'ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı<sup>125</sup> mevcuttur. Bu plan kapsamında “Tüketicinin ve Sağlığın Korunması” başlığı altında ürün güvenliği, piyasa gözetimi vb. konularda AB mevzuatıyla daha fazla uyum sağlanması adına düzenlemeler yapılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre genel ürün güvenliği mevzuatının gözden geçirilmesi, tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatın AB'yle daha fazla uyumlu olacak şekilde değiştirilmesi, mevzuat değişikliklerini doğru uygulayabilmek adına Türkiye'nin gerekli alt yapıyı üyelik tarihi itibarıyla sağlayacağını göstermesi hususları vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere Türk hukukunda, tüketicinin korunması ve ürün güvenliği mevzuatında AB mevzuatına uyumlu düzenleme ve değişiklikleri yapma, gündem maddesi olarak her daim varlığını korumaktadır.

Avrupa Birliği 2000 yılında, Avrupa Birliği Ürün Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Mavi Rehber yayımlamıştır. Bu rehber üzerinde 2014, 2016, 2022<sup>126</sup> yıllarında revizyona gidilmiştir. Ticaret Bakanlığı, 2016 yılında yayımlanan rehberi 2019 yılında, 2022 yılında yayımlanan rehberi 2024 yılında Türkçeye çevirmiştir<sup>127</sup>. Rehberde ürün tedarik zincirindeki aktörler olarak imalatçı, yetkili temsilci, ithalatçı, dağıtıcı, ifa hizmet sağlayıcısı ve diğer araçlar sayılmış ve bu kişilerin yükümlülüklerinden söz edilmiştir<sup>128</sup>.

Rehberde 2016 yılında, 85/374/EEC sayılı Direktif'te yer alan ‘*üretici*’, kavramının değil yeni yasal çerçeve<sup>129</sup> kapsamında ‘*imalatçı*’

<sup>125</sup> [https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/uep/21\\_23\\_UEP\\_TR.pdf](https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/uep/21_23_UEP_TR.pdf) (Erişim Tarihi: 11.07.2024).

<sup>126</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0629\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0629(04)) (Erişim Tarihi: 11.07.2024).

<sup>127</sup> 2016 tarihli Avrupa Birliği Ürün Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Mavi Rehber'in çevirisi için bkz. [https://ticaret.gov.tr/data/5dc55af713b87654fc017421/mavi%20rehber%20\(WEB%20FLIGRANLI\).pdf](https://ticaret.gov.tr/data/5dc55af713b87654fc017421/mavi%20rehber%20(WEB%20FLIGRANLI).pdf) (Erişim Tarihi: 11.07.2023); 2022 tarihli Avrupa Birliği Ürün Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Mavi Rehber'in çevirisi için bkz. <https://ticaret.gov.tr/data/5dc55af713b87654fc017421/MAVI%20REHBER%202022,,.pdf> (Erişim Tarihi: 12.10.2024)

<sup>128</sup> Mavi Rehber (2022), 54-71.

<sup>129</sup> Genel ürün güvenliği ve piyasa gözetim ve denetimi konusunda birçok AB düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenlemelerin büyük bir kısmında imalatçı kavramı kullanılmış ve aynı

kavramının kullanıldığı ve üretici kavramının kullanımı sonucunda imalatçı kavramından daha başka ve fazla sayıdaki kişiyi kapsayan bir düzenleme yapıldığı ifade edilmişken<sup>130</sup> 2022 yılında rehberde bu açıklamalar yapılmamıştır. Kanaatimizce bunun nedeni 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'te de imalatçı kavramının kullanılması ve kavramlar arası birliğin sağlanmış olması olabilir. AB uyum mevzuatının nihai ürünlere uygulandığı, İmalatçı kavramı ile nihai ürün imalatçısının muhatap alındığı ve üründe önemli bir değişikliğe sebep olan kişinin, ilgili yükümlülükler ile imalatçı yerine geçeceği belirtilmiştir<sup>131</sup>. Ürünün üretiminde kısmi ürün veya hammadde kullanılmış olması fark etmez. İmalatçı, ürün üzerinde genel kontrolü elinde tutmalı ve ilgili AB uyum mevzuatına göre sorumluluklarını yerine getirmelidir. İmalatçının faaliyetlerini, bir başkasına devrederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. İmalatçı, ürünün ilgili mevzuata uygunluğunu sağlama konusunda tek ve nihai sorumluluğu taşır<sup>132</sup>. Birlik uyum mevzuatı, imalatçının Avrupa Birliği içinde yerleşik olmasını zorunlu kılmaz. Bu nedenle, bir ürünün Birlik piyasasında sunulması durumunda, imalatçının sorumlulukları Avrupa Birliği dışındaki ülkelerde veya bir Üye Devlet'te bulunmasına bakılmaksızın aynıdır<sup>133</sup>. Görüldüğü üzere Mavi Rehber ile ürün güvenliği, ürünlerin uygunluğu, piyasa denetimi ve serbest dolaşımına yönelik AB düzenlemelerinin ayrıntılı açıklamaları yapılmıştır. Rehberin temel olarak ürün güvenliği ve piyasa denetimine ilişkin olduğu açıktır. Bu rehberde genel ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu birbirinden ayırılarak bu konuya ilişkin kısa bir bilgilendirme yapılmıştır<sup>134</sup>.

Ürün sorumluluğuna ilişkin, AB Konseyi 85/374/EEC Direktifi'nin çıkarılmasından itibaren üye devletlere, kendi iç hukuk mevzuatını

---

tanımlamaya yer verilmiştir. 13 Şubat 2013 tarihinde Komisyon, 765/2008/EC Sayılı Tüzük, genel ürün güvenliği ve tüm piyasa gözetimi ve denetimi hükümlerini bir araya getiren yeni ve bağımsız bir Piyasa Gözetimi ve Denetimi Tüzük önerisini kabul etmiştir. COM(2013)75, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0075:FIN:EN:PDF> (Erişim Tarihi:11.07.2024).

<sup>130</sup> Mavi Rehber (2016), 24.

<sup>131</sup> Mavi Rehber, (2016) 29 vd; Blue Guide (2022), s. 15.

<sup>132</sup> Blue Guide (2022), s. 34 vd.

<sup>133</sup> Blue Guide (2022), s. 34.

<sup>134</sup> Blue Guide (2022), s. 12-13.

Direktif'e uyumlu hale getirmesi için üç yıllık süre tanınmıştır. Bu şekilde üye devletlerin yasal düzenlemelerinde farklılaşmaması, AB devletleri arasında ürünlerin serbestçe dolaşımının sağlanması, tüketicilerin koruma tedbirlerinde yeknesaklaşma meydana gelmesi gibi sonuçlar amaçlanmıştır<sup>135</sup>. AB Komisyonu'nun Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılımına yönelik ilerleme raporunda belirlediği bazı hususlarda, 4077 sayılı TKHK'da değişikliğe gidilmiştir. 4077 sayılı Kanun'a, 4822 sayılı Kanun ile eklenen m. 4/2'nin gerekçesinde tüketiciye tanınan bu tazminat hakkının 85/374/EEC sayılı AB Direktifi esas alınarak düzenlendiği belirtilmektedir. Ancak bu hükümler ile Direktif'e uyum tam olarak sağlanamamıştır<sup>136</sup>.

Türk hukukunda AB mevzuatına uyum sağlanması hedefi ile birçok AB Direktifi ve Tüzüğü iç hukuka aktarılmıştır. Hem 4077 sayılı TKHK hem de 6502 sayılı TKHK'nın gerekçesinde birçok AB düzenlemesi sayılmış ve bunların iç hukuka aktarılması amacıyla düzenlemeler yapıldığı belirtilmiştir. Ürün güvenliği ve piyasa denetim ve gözetimi alanında AB uyum sürecinin daha başarılı olduğu söylenebilirken ürün sorumluluğu alanında aynı başarıdan söz edilememektedir. ÜGTDK taslağı üzerine Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu'nda ayrıntılı olarak AB mevzuatında ürün güvenliği ve piyasa denetim ve gözetimi alanında yenilikler yapıldığı ve bunlara uyum amacıyla bu Yasa Teklifi'nin önemli olduğu vurgulanmıştır. Bunların yanı sıra ÜGTDK ile imalatçının kusursuz sorumluluğu açıkça öngörülmüş ve m. 6'nın gerekçesinde *"Madde ile, ürünün bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısının veya ithalatçısının zarardan dolayı tazminat yükümlülüğü düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme, AB'nin üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/374/AET sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmaktadır"* ifadelerine yer verilmiştir.

Kanun hükümleri incelendiğinde, düzenlemelerin AB mevzuatına uyum kapsamında yapıldığı hatta bu niyetle Türk hukukunda ÜGTDK

<sup>135</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İNAL, H. Tamer, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku: Doktrin ve Yargıtay İçtihatlar, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 406 vd.

<sup>136</sup> İNAL, s. 385.

öncesinde de değişikliklere gidildiği ancak 85/374/EEC ile tam bir uyum sağlanmadığı görülmektedir. İsminden de anlaşıldığı üzere Ürün Güvenliğini esas alan Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ve buna dayanarak çıkarılmış olan temeli Avrupa Birliği hukukunda 03.12.2001 tarihli, 2001/95 sayılı Genel Ürün Güvenliği Direktifi'ne dayanan Ürün Güvenliği Yönetmeliği de ürün sorumluluğu konusunda yeterli düzenlemeleri içermemektedir. Bunun sebebinin birçok direktifin tek bir kanun ile iç hukuka aktarılmaya çalışılması olduğu söylenebilir. Ürün güvenliği, piyasa gözetim ve denetimine ilişkin AB mevzuatında çok fazla direktif bulunmaktadır. Bunun yanı sıra ürünün satım ve garantisi, imalatçının kusursuz sorumluluğu gibi konularda da ayrı ayrı direktifler bulunmaktadır. Özellikle 2001/95 sayılı Genel Ürün Güvenliği Direktifi'ni yürürlükten kaldıran 2023/988/EU Tüzüğü ile 85/374/EEC Direktifi'ni yürürlükten kaldıracak olan 2024/2853 sayılı Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin, düzenleniş amaçlarının farklı olduğu dikkate alınmalıdır. Bu farklılığın sonucu olarak da kavramlarda ve kişilerin yükümlülüklerinde ayrışma ortaya çıkmaktadır<sup>137</sup>. Direktiflerin iç hukuka aktarılmasında düzenleniş amacı göz ardı edilerek tek bir kanunda düzenleme yapılması ile Türk hukukunda bir kavram karmaşası meydana gelmektedir. Avrupa Birliği düzenlemelerinde olduğu gibi tanımların çok daha açık yapılması ve muğlak ifadelerden kaçınılması gerekir<sup>138</sup>.

Türk hukukunda ÜGTDK ile imalatçının kusursuz sorumluluğuna ilişkin 85/374/EEC sayılı Konsey Direktifi'yle tam bir uyum sağlanamadığı açıktır. Avrupa Birliği'nin 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif, Avrupa Parlamentosu tarafından da kabul edilmiş ve Avrupa Birliği Konseyi'nin onayı ile yürürlüğe girmiştir. Bu Direktif'in ürün güvenliği mevzuatıyla uyumlu kavramlar kullanması çabası da

<sup>137</sup> **KARASHİN**, Yasin Alperen, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda Yer Alan Ürün Sorumluluğu Kuralları ile Ürün Güvenliği Kurallarının İlişkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Dergisi, 72 (3) 2023, s. 1389-1425.

<sup>138</sup> Avrupa Birliği düzenlemelerinde tanımların gerekenden daha açık bir şekilde belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. **WAGNER**, Gerhard, "Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Paukenschlag aus Brüssel", Juristen Zeitung, 1/2 2023, s. 10.

dikkate alındığında<sup>139</sup>, ÜGTDK'nın sorumlular çevresine ilişkin kavramlarının yeni Direktif ile daha uyumlu olduğu görülmektedir. 85/374/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin yürürlükten kalkacağı dikkate alındığında, Türk Hukukunda Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'ne uygun ve sorumlular çevresine ilişkin de daha ayrıntılı düzenlemeler yapılması, Avrupa Birliği uyum amacı kapsamında büyük önem arz etmektedir. Bu düzenlemeler yapılırken Avrupa Birliği'nde olduğu gibi sözleşme sorumluluğu, ürün güvenliği ve sözleşme dışı sorumluluk konularını birbirinden ayırt ederek düzenleme yapmak hem kavram karmaşasını önleyecek hem de konuların yerli yerine oturmasını sağlayacaktır.

### SONUÇ

İmalatçı-üretici kavramlarının kullanımına ilişkin 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif ile birlikte düzenlemelerin değerlendirilmelerinde daha farklı bir noktaya geleceği söylenebilir. 85/374/EEC sayılı Direktif'te üretici kavramı kullanılmış iken ÜGTDK'da imalatçı kavramı kullanılmıştır. Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin üst kavram gibi imalatçıyı kullanması ve içerisinde hem ürünü imal eden hem üreten kişileri sayması, Avrupa Birliği mevzuatında artık imalatçı kavramının ürün güvenliğiyle uyumlu olmak için yeknesak ve üst kavram gibi kullanıldığını göstermektedir.

Gerçek imalatçının yanı sıra görünüşte imalatçı için ÜGTDK'da ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz etme koşulu aranmıştır. Ancak kanaatimizce Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi'nde de olduğu gibi ürünün tasarımını veya imalatını yaptıranların ve kendi isim veya ticari markası ile ürünü piyasaya arz edenlerin ayrı ayrı imalatçı olarak sorumluluğu öngörülmelidir. ÜGTDK'da buna yönelik düzenleme yapılmalıdır. Kanaatimizce kendisini imalatçı gibi gösterme şartının aranması yerindedir. Somut olaya göre durum değerlendirilmeli eğer ki kişinin ismi veya markası bulunmasına rağmen imalatçı görüntüsü oluşmuyorsa bu durumda sorumlu

<sup>139</sup> "Birlik düzeyinde ve ulusal düzeyde ürün güvenliği ve piyasa gözetimi mevzuatı ile uyum ve tutarlılığın sağlanması amacıyla 85/374/EEC sayılı Direktifin revize edilmesi gerekecektir" 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'in (4) no'lu gerekçesi.

tutulmaması, imalatçı görüntüsü oluşturması halinde kişinin sorumlu tutulması daha hakkaniyete uygun sonuçlar verebilir.

ÜGTDK'da özel olarak kısmi ürün imalatçıları ve hammadde üreticilerinden söz edilmemektedir. 85/374/EEC sayılı Direktifte açıkça kısmi ürün imalatçıları ve hammadde üreticileri sayılmışken, 2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif'te, iktisadi işletmeciler arasında bileşen/kısmi ürün imalatçıları açık bir şekilde sayılmıştır. Ayrıca Parlamento Yasama Kararı'nda ürün içerisine hammadde eklenmiş ve kısmi ürün imalatçılarının sorumluluktan kurtuluşuna ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Bu bağlamda, ÜGTDK'da benzer bir düzenleme olmadığı sürece, kısmi ürün imalatçıları ve hammadde üreticilerinin sorumluluğu hakkında yorum yapmanın zor olduğu kanaatindeyiz. Kanun'da imal edilen ürün ve imalatçı kavramlarının kullanılması, sorumluluktan kurtuluş sebepleri arasında kısmi ürün imalatçılarının kurtuluş sebebine yer verilmemesi ve m. 2 gerekçesi ile birlikte Kanun'un bütünündeki düzenlemeler incelendiğinde nihai ürün imalatçısı yanında hammadde ve kısmi ürün imalatçılarının sorumluluğuna ÜGTDK kapsamında gidilemeyecektir.

Yetkili temsilcinin sorumlular çevresine dahil olup olmadığı tartışmalıdır. ÜGTDK m. 6 düzenlemesi ürün sorumluluğuna ilişkindir ve sorumlular çevresinde daha açık ve net belirleme yapılması gerekir. Ürün sorumluluğuna ilişkin 2024/2853 sayılı Direktif'te, yetkili temsilci açıkça sorumlu kişiler arasında sayılmıştır. Direktif m. 8'e göre Birlik içinde yerleşik bir imalatçı yoksa ithalatçısı ve yetkili temsilcisi sorumludur. Kanaatimizce GÜGY m. 4'teki kademeli üretici tanımı ile ÜGTDK 11. madde düzenlemeleri birlikte değerlendirilerek benzer sonuçlar elde etmek mümkündür. Ancak yine de bu şekilde Yönetmelik üzerinden zorlama yorum yapılmasındansa ÜGTDK'da değişikliğe gidilerek 2024/2853 sayılı Direktif'te olduğu gibi yetkili temsilcinin sorumlu olduğunun açıkça düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

İktisadi işletmeciler arasında ithalatçı da sayılmış ve ÜGTDK m. 6'da imalatçı veya ithalatçının müteselsil sorumlu olduğu ifade edilmiştir. İthalatçı asli sorumlular arasındadır. Türkiye'de yerleşik bir imalatçı yoksa ithalatçının sorumluluğundan söz edilmektedir. ÜGTDK m. 6'nın "veya" ifadesinin de kanaatimizce böyle anlaşılması gerekir. Ancak

birlikte sorumluluğun öngörülmesi, zarar görenin lehine olacak ve karşısında daha fazla kişi bulunmasını sağlayacaktır. Bu nedenle bu hususta yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi dikkate alınarak değişiklik yapılmalıdır.

2024/2853 sayılı Hatalı Ürün Sorumluluğuna ilişkin Direktif ile 85/374 sayılı Direktif'ten farklı olarak sorumlular çevresinin genişletildiği, kademeli olarak sorumluluk düzenlemesi yapıldığı görülmektedir. İmalatçının kontrolü dışında üründe esaslı değişiklik yapan ve bunu piyasaya süren veya hizmete sunan bir kişi varsa bu kişi ürünün imalatçısı kabul edilir ve asli sorumludur. Bunun yanı sıra ifa hizmet sağlayıcısının da asli olarak hatalı üründen sorumlu tutulduğu görülmektedir. Ancak ifa hizmet sağlayıcısının sorumluluğu kademeli bir şekilde düzenlenmiş ve imalatçı, ithalatçı veya yetkili temsilcinin Birlik içinde yerleşik olması şartına bağlanmıştır. Ayrıca elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısının da, ortalama bir tüketicinin ürünleri platformun kendisi veya yetkilileri tarafından sağlandığına inanmasına yol açacak şekilde sunmaları ve benzeri durumlarda tali sorumluluğu düzenlenmiştir. İfa hizmet sağlayıcılarının asli sorumluluğunun düzenlenmesine karşın elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının tali sorumluluğunun düzenlenmesi haksız sonuçlara yol açabilir. ÜGTDK'da hiç yer verilmemiş olan ifa hizmet sağlayıcısı ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısının da sorumluluğunun düzenlenmesi önemli bir yenilik olacak ve son dönemlerde üzerine çokça konuşulan ve bazı durumlarda zarar görenin muhatapsız kalmasına neden olan meselelerin çözülmesini sağlayacaktır. Kanaatimizce bu düzenleme yapılırken 2024/2853 sayılı Direktif düzenlemesi dikkate alınmalıdır.

Son söz olarak şunu belirtmek gerekir ki Türk hukukunda Avrupa Birliği'nde olduğu gibi ürün güvenliği, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk ayrımı üzerine yasal düzenlemeler inşa etmek, düzenlemelerin daha kalıcı ve anlaşılır olmasını sağlayacaktır. Hızla gelişen teknoloji karşısında hatalı ürünlerden doğan sorumluluk konusunda Yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi oldukça ehemmiyetlidir. Türk hukukunda belirttiğimiz hususlar da bu Direktif göz önünde bulundurularak düzenlemeler yapılmalıdır. Bu husus Avrupa Birliği mevzuatına uyum



amacımız çerçevesinde büyük önem taşımaktadır.

## KAYNAKÇA

- AKÇURA KARAMAN**, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- ARAT**, Ayşe/**AKINCI**, Elif: “2022/0302 sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 82 (2), s. 363-407.
- ATAMER**, Yeşim M.: “Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, Tüketicinin Korunması Semineri, editör Ceylan Ebru, Ankara 2007.
- ATAMER**, Yeşim M./**KURTULAN GÜNER**, Gökçe: “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş müdür?” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sy 70 (2) (2021), s. 543-88.
- AYDOĞDU**, Murat/**KAHVECİ** Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021.
- AYDOS**, Oğuz Sadık: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009.
- ÇABRİ**, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2021.
- ÇELT**, Damla Özden: “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, sy 1 (2021), s. 73-114.
- DÖNMEZ**, Zeynep: “Avrupa Birliği’nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri”, Cevdet Yavuz’a Armağan, 22 (2016), s. 953-68.
- FELLMANN**, Walter/**BÜREN-VON MOOS** Gabrielle von: Grundriss der Produkthaftpflicht, Bern 1993.
- FÖRSTER**, Christian: “ProdHaftG”, BeckOK BGB, editör Wolfgang Hau/Roman Poseck, 61. Auflage, München 2022.
- HAVUTÇU**, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005 (Üreticinin Sorumluluğu).
- — —: Üreticinin Sorumluluğunda Sorumluluğun Süjesi, İstanbul 2022

(Sorumluluğun Sijesi).

**HESS**, Hans-Joachim: Produkthaftpflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18. Juni 1993, 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 2016.

**İNAL**, H. Tamer: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku: Doktrin ve Yargıtay İçtihatlar, 3. Baskı, Ankara 2014.

**İNCEOĞLU**, M. Murat: "Ürün Sorumluluğunda Sorumlular", Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları-I, editör Atamer, Yeşim M./Baysal, Başak, İstanbul 2022.

**KANIŞLI**, Erhan: "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", İstanbul Hukuk Mecmuası 78, sy 3 (2020), s. 1413-68.

**KARA**, İlhan: İmalatçının Ürün Sorumluluğu, Ankara 2021.

**KARAŞAHİN**, Yasin Alperen: "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda Yer Alan Ürün Sorumluluğu Kuralları ile Ürün Güvenliği Kurallarının İlişkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Dergisi, 72 (3) 2023, s. 1389-1425.

**KATZENMEIER**, Christian: "Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)", Schuldrecht: §§ 662-853, ProdHaftG, editör Dauner-Lieb Barbara /Langen Werner, 3. Auflage, Baden-Baden 2016.

**KESER**, Yıldırım: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2021.

**KIRCA**, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

**KURT**, Leyla Müjde: "Avrupa Birliği Ürün Sorumluluğu Direktifi ve Yeni Direktif Önerisi Işığında Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğunda Sorumlu Kişilerin Belirlenmesi", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 22, sy 2 (2023), s. 359-92.

**OECHSLER**, Jürgen: "Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz-ProdHaftG". İçinde Staudinger BGB- §§ 826-829; ProdHaftG, editör Julius von Staudinger ve Johannes Hager, Berlin 2021.

**OĞUZER**, Pelin: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin

Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri, İstanbul 2020.

**OKUR**, Sinan: Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, Ankara 2021.

**ORAL**, Tuğçe: “Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararların Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72, sy 1 (2023), s. 121-42.

**PIOVANO**, Christian/**HESS**, Christian: “More obligations, more rights: How the new EU Product Liability Directive changes the rules for economic operators and consumers (Part 1)”, IWRZ, 5/2024, 206-212.

**POLAT**, Cemre: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, Ankara 2022 (Otonom Sistemler).

— — —: “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 70, sy 4 (2022), s. 973-1041 (Ürün Sorumluluğu).

**SİRMEN**, A. Lâle: “Prof. Dr. Lâle Sirmen Röportajı”, Tüze Hukuk Dergisi, sy 9 (2022), s. 9-13.

— — —: “Ürün Sorumluluğu”. İçinde Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirileri Kitabı (Tam Metinler)23-24 Haziran 2022., editör Tufan Öğüz ve Kerem Öz, İstanbul 2022, s. 63-92.

**TASCHNER**, Claudius/**FRIETSCH**, Edwin: Produkthaftungsgesetz und EG-Produkt-haftungsrichtlinie Kommentar, 2. Auflage, München 1990.

**ÜNAL**, Akın/**KALKAN** Arif: “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, TAAD, sy 39 (2019), s. 45-77.

**VELDT**, Gitta: “The New Product Liability Proposal- Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up?”, EuCML 2023, s. 24-30.

**WAGNER**, Gerhard: “Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)”, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, München 2020.

**WAGNER**, Gerhard: “Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the

Brussels Effect” 2022 3 (13) Journal of European Tort Law, 191–243.

**WAGNER**, Gerhard, “Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Pakenschlag aus Brüssel”, Juristen Zeitung, 1/2 2023, 1-52.

**YAZICI**, Ayşe Nur Merve: Otonom Araçların Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara 2023.

**ZEVKLİLER**, Aydın/**AYDOĞDU**, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.



## ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA SAVURGANLIK SEBEBİ İLE KISITLILIK

Doç. Dr. Ayşe ARAT\*

Arş. Gör. Dr. Nurtaç ENDES SELVİ\*\*

### Öz

Savurganlık (israf/ müsriflik, *prodigientia*), devamlılık arz eden ihtiyatsız yaşam tarzı ile bir kimsenin malvarlığının kötü yönetimini ifade etmektedir. Bir kişinin malvarlığını kötü yönetmek suretiyle kendisini veya ailesini yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açacak şekilde savurganlık içinde olması, Roma Hukuku'nda bir kısıtlama sebebi olarak kabul edilmiştir. Böylece müsrifin hukuki işlemleri kısıtlanarak, kendisine ait olan malvarlığını idare etme yetkisi elinden alınmakta ve bu kişilere sadece malvarlığının yönetilmesi için bir "kayım" (*cura*) atanmaktaydı. Hem müsrifin hem de ailesinin korunması düşüncesinin bir sonucu olan bu durum, hukukumuzda da bir kısıtlama sebebi olarak düzenlenmiştir (TMK. m. 406). Roma Hukukunda savurganlığın bir kısıtlama sebebi olarak düzenlenmesi ve bunun hüküm ve sonuçları, hukukumuzla büyük ölçüde paralellik göstermektedir. Çalışmada Roma Hukuku'nda savurganlık sebebiyle kısıtlamanın şartları ve sonuçları incelenmiş, hukukumuzla olan benzerlikler

\* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Roma Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, Türkiye | Assoc. Prof., Akdeniz University, Faculty of Law, Department of Private Law, Roman Law Department, Antalya, Türkiye.

✉ aysearat@akdeniz.edu.tr • ORCID 0000-0001-8261-4302.

\*\* Arş. Gör. Dr., Selçuk Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Roma Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Research Asst. Dr., Selcuk University, Faculty of Law, Department of Private Law, Roman Law Department, Konya, Türkiye.

✉ nendes@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-9548-0761.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ARAT, Ayşe/ ENDES SELVİ, Nurtaç : "Roma ve Türk Hukukunda Savurganlık Sebebi ile Kısıtlılık", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2661-2702 .

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

tespit edildikten sonra yeni yaklaşımlar çerçevesinde konunun değerlendirilmesi yapılmıştır.

### **Anahtar Kelimeler**

• Savurganlık (israf) • Prodigentia • Vesayet • Kısıtlılık • Kayyım

## **RESTRICTION FOR PRODIGALITY FROM ROMAN LAW TO THE PRESENT**

### **Abstract**

Prodigentia refers to the mismanagement of one's property through a persistently imprudent lifestyle. The fact that a person is extravagant in such a way that he or his family is in danger of falling into poverty through mismanagement of his property was recognized as a ground for restriction in Roman Law. Thus, the legal transactions of the prodigal were restricted and his/her authority to manage his/her own property was taken away from him/her and a "guardian" (cura) was appointed for the sole management of his/her property. This situation, which is a result of the idea of protecting both the prodigal and his/her family, is also regulated as a reason for restriction in our law (Art. 406 TCC). The regulation of extravagance as a ground for restraint in Roman law and its provisions and consequences are largely parallel to our law. In this study, the conditions and consequences of the restriction due to extravagance in Roman law are examined, and after determining the similarities with our law, the issue is evaluated within the framework of new approaches.

### **Keywords**

• Extravagance (waste) • Prodigentia • Guardianship • Incapacitation • Guardian (cura)

## **GİRİŞ**

Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesine göre "ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan" kişilerin tam fiil ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Benzer şekilde Roma Hukuku'nda da günümüzdekinden çok farklı olmayan şekilde tam fiil ehliyetinin varlığı ergin olmak, kadın olmamak, müsriflik sebebi ile kısıtlı olmamak ve akıl hastası olmak şartlarına bağlanmıştır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> AKINCI, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 17. Bası, Konya 2022, 266 vd.; GÜNAL, Nadi/ ÜÇER, Mehmet, Roma Hukuku Kavram ve Kurumları, İstanbul 2023, 219.



Her iki hukuk sisteminde de tam fiil ehliyetinin ortak noktalarından biri kısıtlı olmamaktır. Başka bir ifade ile kanun koyucuların öngördüğü bazı hallerde belirli şartlar altında ergin kişilerin fiil ehliyeti kısıtlanarak tek başına özgürce hukuki muamele yapma yetkisinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu hallerden birisi de “savurganlık”tır.

Genel anlamda savurganlık, bir kimsenin düşkün bir duruma gelmesine sebep olacak şekilde yaptığı harcamalarının bütçesinin ve malvarlığının çok üstünde, son derece fahiş bir noktaya gelmesi halidir<sup>2</sup>. Hukukten bu durumun bir kısıtlama sebebi olması için savurganlığın devamlı surette olması ve müsrifin ailesini kısa zamanda zaruret içinde bırakma tehlikesini doğurması gerekmektedir<sup>3</sup>. Modern hukuk sistemlerine bakıldığında savurganlık sebebi ile kısıtlılığın kökeninin Roma Hukuku’na dayandığı görülmektedir. Roma Hukuku’nun ilk zamanlarından itibaren savurganlık ve akıl hastalığı bir kısıtlılık sebebi olarak kabul edilmişti<sup>4</sup>.

Çalışmamızın temel amacı Roma Hukuku’nda temelleri atılmış olan savurganlık sebebi ile kısıtlılık kavramını, bu kavramın nasıl bir uygulama alanı bulduğunu ve söz konusu kurumun Türk Hukuku’na olan yansımalarını ortaya koymaktır. Ancak mehz İsviçre Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu’nda yapılan köklü değişiklikler, kısıtlılık sebeplerini değiştirmiş, Roma Hukuku’ndan gelen bu anlayış yerini, genel olarak yetişkinlerin korunması anlayışına bırakmıştır. Her ne kadar hukukumuza bu değişikliklerin yakın zamanda yansiyacağına dair bir emare bulunmasa da ihtimal dahilinde bulunmaktadır. Bununla birlikte yürürlükteki hukuk bakımından savurganlık bir kısıtlama sebebi olarak Medeni Kanun’umuzda (TMK m. 406) yer almaktadır ve konu, Roma Hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

## I. KAVRAM

### A. Genel Olarak

Savurganlık, Roma Hukuku’nda “*prodigentia*”, savurgan kimseler (müsrif) ise “*prodigus*” kavramları ile karşılanmaktadır. *Digesta*

<sup>2</sup> ELPE, M. Nezi, Vasilik ve Kayyımlık Hukuku, Ankara 1967, 21.

<sup>3</sup> ELPE, 21.

<sup>4</sup> GÜNAL/ ÜÇER, 230.

metinlerine göre<sup>5</sup> *prodigus*, “israf illetine müptela olan ve dolayısıyla fiil ehliyetini kaybeden kimse”leri ifade etmektedir (D. 27,10; C. 5, 70)<sup>6</sup>.

Roma Hukuku’ndaki müesseseler içinde savurganlığın ön plana çıktığı kurum fiil ehliyetiydi. Buna göre Roma Hukuku’nda da genel anlamda hakları kullanma ehliyeti<sup>7</sup> olarak ifade edilen, Türk Medeni Kanunu’ndaki karşılığı ile de (TMK m. 9) bir kimsenin kendi fiilleriyle haklar kazanabilmesi ve borç altına girebilmesi kabiliyeti şeklinde tanımlanan fiil ehliyetini etkileyen unsurlardan birinin savurganlık olduğu görülmektedir<sup>8</sup> (TMK m. 406).

XII Levha Kanunu’nda (Tab. V, 7c) “*kendisine kalan mirası israf eden ve dolayısıyla ailesini darlık, yokluk ve yoksulluk tehlikesinde bırakan kimse mallarının serbestçe idaresinden mahrum bırakılırdı*” denilerek, savurganlık sebebi ile bir kimsenin kısıtlanacağı ifade edilmekteydi<sup>9</sup>.

Genel anlamda bir kimsenin savurganlık hali içinde olması doğrudan fiil ehliyetini etkileyen bir durum değildi. Eğer ki müsrif, malvarlığını düşüncesizce harcayarak kendini ve ailesini muhtaç duruma düşürme tehlikesi içine girerse kişinin fiil ehliyeti *praetor* tarafından sınırlandırılmaktaydı. *Praetor*’un israf eğilimini saptamış olması yeterliydi<sup>10</sup>. Bu kısıtlılık kararı ile kişi müsrif sayılıyor ve müsrifin malvarlığı üzerindeki yetkisi kaldırılıyordu<sup>11</sup>. Bu karar üzerine müsrifin en yakın *agnatik*<sup>12</sup> akrabası

<sup>5</sup> **UMUR**, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, 168; **UMUR**, Lügat, 168-169.

<sup>6</sup> **MOMMSEN**, Theodor/ **KRUEGER**, Paul/ **WATSON**, Alan, The Digest of Iustinian, Vol. II, Philadelphia 1985, 812 vd.

<sup>7</sup> **TAHİROĞLU**, Bülent/ **ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul 2023, 157.

<sup>8</sup> **TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ**, 158; **AKINCI**, 276; **GÜNAL/ ÜÇER**, 219 vd.; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Özcan, Roma Hukuku, Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış 18. Bası, Ankara 2020, 203 vd.; **ÜÇER**, Mehmet, Roma Hukuku’na Giriş, 2. Bası, İstanbul 2020, 228.

<sup>9</sup> **SCHWARZ**, Andreas B., (Çev. Türkan BASMAN), Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1943, 97, 256.

<sup>10</sup> **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 213.

<sup>11</sup> **AKINCI**, 276; **TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ**, 164.

<sup>12</sup> *Agnatio*, “aynı ev (domus) içinde yaşayan veya müşterek ata hayatta olsaydı yaşayacak olan kimseleri birbirine bağlayan Ius Civile hısımlığıdır. Bu hısımlık bağma göre geçerli bir evlilikten doğan çocuklar, evlat edinilmiş olanlar, manus altına giren kadımlar aynı aile reisinin hakimiyeti altında bulunurlar ve birbirleri arasında agnatik hısımlık olurlar. Agnatio hısımlığı

kayıyım (*curator*) olarak atanır, *agnatik* hısmı bulunmaması sebebi ile kayıyımı olmayan müsrifler de kısıtlama altına alınarak kendilerine bir kayıyım verilmekteydi<sup>13</sup>. Kısıtlılık kararı verilmiş olan müsrif tam ehliyetsiz sayılmamaktaydı. Bu kişilerin durumu 7-14 yaş arasındaki küçüklerin (*impubes*) durumuna benzemekteydi<sup>14</sup>. Müsrif, kayıyımın izni olmadan artık mallarını kendi başına idare edemez, vasiyette bulunamazdı<sup>15</sup>. Ancak, müsrifler kendileri lehlerine sonuç doğurabilecek bazı hukuki işlemlerini kayıyımın iznine ihtiyaç duymadan yapabilirken, haksız fiillerinden doğan sorumlulukları da devam etmekteydi<sup>16</sup>.

*Praetor* tarafın müsrifin kısıtlanarak, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması haline "*bonis interdicerere*" denilmekteydi. Bugün bütün Latin dillerinde "*interdictio*" kavramı kısıtlamak anlamında kullanılmaktadır. Öyle ki, günümüzde mahkemeler vasıtasıyla yapılan modern kısıtlamanın bu "*interdictio*" kavramına dayandığı görülmektedir<sup>17</sup>.

## B. Tarihi Gelişim

Roma Hukuku'nda kuralların yazılı hale getirilmesi geleneğinin başlangıcı olması açısından önem arz eden XII Levha Kanunu'ndan (MÖ 451-450) itibaren savurganlık, fiil ehliyetini sınırlayan sebeplerden biri olarak kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Ancak Kanun'un müsriflere atıfta bulunan

---

*aile reisi öldükten sonra da devam ederdi."* Bkz., **UMUR**, Lügat, 22-23. Başka bir ifade ile *agnatio* hısmınlığı kan bağına değil, aynı aileye mensup olma yani, aynı aile babasının otoritesine tâbi olmaları sebebi ile bu çatı altındaki kişiler arasında doğan hısmılık ilişkisiydi. Bkz., **AKINCI**, 255.

<sup>13</sup> **UMUR**, Lügat, 168- 169; **TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ**, 164-165.

<sup>14</sup> **GÜNEŞ CEYLAN**, Seldağ, Roma Hukukunda Kayyımlık (Cura) Müessesine Genel Bir Bakış, AÜHFHD, Y. 2004, C. 53, S. 1, 227; **AKINCI**, 276; **TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ**, 165.

<sup>15</sup> **UMUR**, Lügat, 169.

<sup>16</sup> **AKINCI**, 276.

<sup>17</sup> **KOSCHAKER**, Paul/ **AYİTER**, Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983, 93.

<sup>18</sup> **TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ**, 164; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 213. Savurganlık sebebi ile kısıtlılığın ilk olarak XII Levha Kanunu'nda görüldüğü hakkında bkz., **SCHWARZ**, 97, 256; **LONG**, George, "William Smith, D.C.L., LL.D.: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, John Murray, London 1875", p. 376, (<https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA/Law/home.html>, E.T. 16.07.2024).

metninin günümüze ulaşmadığı, bu nedenle akıl hastalarına ilişkin hükümler göz önünde bulundurularak müsriflere ilişkin tahminlere açık bir alan bırakıldığı ifade edilmektedir<sup>19</sup>. Her ne kadar savurganlık sebebi ile kayyımlik XII Levha Kanunu ile düzenleme altına alınmışsa da *Ulpianus*'un D.27,10,1 pr.'daki ifadelerinde bunun aslında geleneklerle uygulamaya girmiş bir müessese olduğu, XII Levha Kanunu ile yeni bir hüküm getirilmediği, sadece örf ve âdet hukuku ile ortaya konmuş bir kuralın yazılı hale getirilmiş olduğu belirtilmektedir<sup>20</sup>.

Klasik devir öncesinde, savurganlık sebebi ile kısıtlılığın ilk uygulamalarında müsrifin sadece kendisine miras kalan malvarlığı (*ab intestato*) üzerindeki savurganlığı sebebi ile tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına gidilmekteydi. Bu kişiler *agnatus*'larının kayyımlığı altına giriyordu<sup>21</sup>. Sonraki dönemlerde ise *praetor*'ların müdahalesiyle savurganlık sebebi ile kısıtlanmanın kapsamı genişletilerek müsrifin sadece miras ile kalan malları değil, her ne suretle kazanılmış olursa olsun ailenin mallarını israf eden bir kişinin *prodigus* sayılarak, kısıtlanması cihetine gidildi<sup>22</sup>. Bu

<sup>19</sup> **DECLAREUIL**, Joseph, (Translated by E.A. Parker), Rome The Law- Giver, The History of Civilization, London 1927, 147.

<sup>20</sup> D.27,10,1 *ULPIANUS libro primo ad Sabinum*. “*Lege duodecim tabularum prodigi interdicatur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. ...*”. (On İki Levha Kanunu'na göre müsrifin mal varlığını yönetmesi yasaklanmıştır, bu aslında gelenek gereği baştan itibaren getirilmiştir. ...). Bkz., **MOMMSEN/ KRUEGER/ WATSON**, 812; **BERNARD**, Fernand, (Translated by Charles P. Sherman D.C.L.), The First Year of Roman Law, New Jersey 2009, 126/§3, 404.; Aynı yönde bkz., **TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ**, 169.

<sup>21</sup> **UMUR**, Lügat, 169; **KOSCHAKER/ AYİTER**, 93; **DI MARZO**, Salvatore, (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, İstanbul 1954; 200; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 213; **VILLEY**, Michel, (Çev. Bülent Tahiroğlu), Roma Hukuku Güncelliği, 7. Basısından (1979), İstanbul 2017, 87.

<sup>22</sup> **AKINCI**, 276; **UMUR**, Lügat, 169; **KOSCHAKER/ AYİTER**, 93; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 213. D.27,10,1 *ULPIANUS libro primo ad Sabinum*. “*Lege duodecim tabularum prodigi interdicatur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie praetores uel praesides, si talem hominem inuenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem e idare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu uel furiosus sanitatem uel ille sanos mores receperit: quod si euenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum*”. (On İki Levha Kanunu'na göre müsrifin mal varlığını yönetmesi yasaklanmıştır, bu aslında gelenek gereği baştan itibaren getirilmiştir. Ancak bugün, genellikle *praetorlar* ve idareciler, harcamalarına ne bir zaman sınırı ne de bir harcama sınırı koyan, ancak mallarını savurganlık ve israfla çarçur eden kişilerle karşılaşırlarsa,

müdahalenin başlıca amacı müsrifin malvarlığının zarara uğramamasını sağlamaktır<sup>23</sup>.

Savurganlık sebebi ile kısıtlılık, Roma Hukuku'nda aile kavramı ile doğrudan ilgiliydi. Roma Hukuku'nda aile kavramının oldukça geniş olduğu görülmektedir. Aile kavramına ilişkin değişik tanımlar yapılmış olmakla birlikte en geniş anlamda aile, “bir kimsenin sağlığında sahip olduğu ve ölümünden sonra geride kalan tüm kişi ve malvarlığı unsurlarını” ifade etmekteydi<sup>24</sup>. Görüldüğü üzere o dönemde aile kavramı sadece kişileri değil, aynı zamanda ailenin malvarlığını da kapsamaktaydı<sup>25</sup>. Ailenin lideri olan aile babasının (*pater familias*) tüm aile fertleri ve ailenin malvarlığı üzerinde *patria potestas*'tan kaynaklanan mutlak bir hakkı ve oldukça geniş yetkileri vardı. Aile evlatlarının malvarlığı da olmadığı için geniş anlamda ailenin tüm malvarlığı idare etme yetkisi aile babasına aitti<sup>26</sup>. Aslında bir nevi, aile babasının malvarlığı tüm ailenin malvarlığıydı. Aile evlatlarının hak ehliyetleri olmadığı için bir malvarlığı edinseler dahi bu aile babasının malvarlığına dahil oluyordu<sup>27</sup>. Aile babasının malvarlığı üzerinde de tek yetkili olması onu malvarlığı üzerinde yapacağı tasarruflarla ailenin geleceğini de yakından ilgilendirmekteydi. Aile babasının aile ve ailenin malvarlığı üzerindeki *patria potestas*'tan kaynaklanan son derece geniş yetkilerini kullanırken onu denetleyip, ona karışacak bir makam olmaması<sup>28</sup> ailenin geleceği açısından da ciddi bir tehdit

---

bir akıl hastasına benzer şekilde onlar için bir vasi atamaktadırlar ve her ikisi de ya akıl hastası iyileşene ya da o kişi sağlıklı bir yaşam tarzına dönene kadar vasi yönetiminde kalacaklardır: Eğer bu gerçekleşirse, kendiliğinden vasilerin yetkisi sona erer). Bkz., MOMMSEN/ KRUEGER/ WATSON, 404.

<sup>23</sup> GÜNEŞ CEYLAN, 222.

<sup>24</sup> TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, 170; KAYAK, Sevgi, Roma Hukukunda Aile Kurumu, Hacettepe HFD, Y. 2018, C. 8, S. 2, 251-252; GÖNENÇ, Fulya İlçin, Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010, 34.

<sup>25</sup> AKINCI, 254- 255.

<sup>26</sup> TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, 172; AKINCI, 255- 256; KOSCHAKER/ AYİTER, 327. *Patria potestas*'ın Roma Hukuku'na ait özel bir mutlak hak olduğu yönünde bkz., KAYAK, 290.

<sup>27</sup> AKINCI, 254 vd.. Bu durumun “*Unitas Personae*”nin zorunlu bir sonucu olduğu hakkında bkz., GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ, Roma Hukukundan Günümüze Velayet- Velayet Hukuku, Ankara 2004, 41; VILLEY, 74.

<sup>28</sup> AKINCI, 256.

oluşturmaktaydı. Aile babası tarafından malvarlığı üzerinde sorumsuzca yapılan tasarruflar ailenin malvarlığının tükenmesi tehlikesi ile aileyi karşı karşıya koyabiliyordu. Bu durumda ailenin sefaletе düşme ihtimali de gündeme gelirdi. Bu sebeple klasik öncesi hukuk dönemdeki aile babasının hesapsız ve hiçbir sorumluluk yüklenemeyecek olan fiilleri Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru *magistra*'ların hukuki müdahaleleri ile sınırlandırılmıştı. Bu müdahaleler aile babasının yetkilerini kötüye kullanmasını engelleyecek tedbirlerdi. Böylece Roma toplumunun kapalı aile yapısına müdahale edilmeye başlanmıştı<sup>29</sup>. Bu bilgilerin takvimsel izdüşümlerine bakıldığı takdirde savurganlık sebebi ile kısıtlılık uygulamalarının da söz konusu müdahaleler kapsamında alınan tedbirlerden olduğu düşünülebilir. Aynı şekilde malvarlığı hangi surette kazanılmış olursa olsun malvarlığını israf eden kimsenin kısıtlanacağı kuralının benimsenmesi de *praetor*'ların Roma'da ailenin korunması amacı ile yaptıkları müdahalelerden biridir.

Sonuç itibarıyla aile kavramının toplumsal anlamı göz önünde bulundurulduğunda Roma Hukuku'nda müsrifin kısıtlanmasının altında yatan düşüncenin "toplumsal yarar" olduğu görülmekteydi<sup>30</sup>.

## II. ŞARTLARI

Günümüze intikal eden metinlerde Roma Hukuku'nda savurganlık sebebi ile kısıtlılık açısından aranan şartlara doğrudan yer verilmemiştir. Ancak yapılan tanımlardan ve *Digesta*'da uygulamaya ilişkin aktarılan metinlerden söz konusu müesseseye ilişkin birtakım şartlara ulaşmak mümkündür. Bu şartlar şöyle sıralanabilir: Kısıtlamaya konu malvarlığının mesnetsiz ve faydasız harcanmış olması, devamlılık, alışkanlık haline gelme, müsrifin ve ailesinin yoksulluğa düşme tehlikesi ve *praetor*'un kısıtlama kararıdır.

<sup>29</sup> AKINCI, 256. Bu gelişmeleri takiben İmparatorluk döneminde *Constantinus*, ananın *bona materna* (ana malları) kapsamında vasiyetname ile veya kanuni miras olarak bıraktığı malların, baba hakimiyeti altında olmasına rağmen satılmasının yasaklanması suretiyle daha büyük bir ıslahatın temelini attığı görülmektedir. Daha sonra da bu kapsam genişletilmiştir. Bkz., DI MARZO, 152.

<sup>30</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 213.

### A. Kısıtlamaya Konu Malvarlığının Mesnetsiz ve Faydasız Harcanmış Olması

Bir malvarlığının bir kişi tarafından harcanabilmesinin Roma Hukuku açısından ön koşulu, hak ve fiil ehliyetine sahip olmasıydı. Zira bir kişinin malvarlığına sahip olabilmesi hak ehliyetini, malvarlığı üzerinde tasarruf edebilmesi ise fiil ehliyetini gerektirmekteydi. Bu kapsamda Roma'daki aile ve toplum hayatı düşünülduğünde öncelikle bir aile babasının savurganlık sebebi ile kısıtlılığında bahsedilebilirdi. Öte yandan, Roma Hukuku'nda cinsiyet hem hak ehliyetini hem de fiil ehliyetini sınırlandıran bir husustur. Bu kapsamda evli olmayan her yaştaki kadın aile babası egemenliği altındaydı. *Sui iuris* olsalar dahi malvarlığı üzerindeki önemli işleri tek başına yapma hakları olmadığı gibi söz konusu hukuki işlemleri yapabilmesi için kendilerine vasi (*tutor*) tayin edilmekteydi<sup>31</sup>. Söz konusu yaklaşımın altında, kadınların malvarlıklarının korunması düşüncesi yatmaktaydı. Zira ailenin mallarının korunması, bu malların aile dışına çıkmasının önlenmesi için kadınların vasi nezaretinde olması gerektiği düşünülüyordu<sup>32</sup>. Ancak, kanun veya vasiyetname ile bir kadının vasisinin belirlenmemiş olması da mümkündür. Bu durumda kadının bizzat yapacağı başvuru ile *magistra* tarafından kendisine vasi tayin edilirdi<sup>33</sup>. Kadının bir küçüğe nispeten oldukça geniş hukuki yetkilerinin bulunması ve genel anlamda kendisine atanacak vasinin yetkilerinin sınırlı olması nedeniyle hakkında kısıtlama kararı verilmesi de mümkündür. Zira, vasinin iznine ihtiyaç duyulan işlemler *legis actio* yoluyla dava açılması, borç altına girme, bir *res mancipi* malın devri ve şekle tabi işlemler köle azat edilmesi<sup>34</sup>. Bu durumda genel anlamda henüz kendine vasi atanmamış veya vasisi olmakla beraber vasinin iznini gerektirmeyen harcamalarla lüks yaşam süren bir kadının malvarlığının akıbetini tehlikeye düşürmesi söz konusu olduğu takdirde kısıtlanması gerektiği kabul

<sup>31</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 176; AKINCI, 264, 276-277; TAHIROĞLU/ ERDOĞMUŞ, 164.

<sup>32</sup> GÜNEŞ CEYLAN, Vesayet, 68 vd..

<sup>33</sup> Kadının vasisi bir çocuğa atanan vasiye göre çok sınırlı yetkilere sahipti. Kadın çoğunlukta kendi işlerini bizzat yürütürdü. Fakat, bazı *Ius Civile*'ye göre şekil şartının olduğu işlemleri tek başına yapamamakta, bu işlemleri yapabilmesi için ise vasisinin "*auctoritas interpositio*" vermesi gerekirdi. GÜNEŞ CEYLAN, Vesayet, 69-70.

<sup>34</sup> GÜNEŞ CEYLAN, Vesayet, 70.

edilmişti. Bir yaklaşıma<sup>35</sup> göre Roma Hukuku'nda bu uygulama çok eski değildir. Zira, en erken sadece resmi yetkiye sahip *tutor*'ların olduğu dönemden kalmaz, çünkü kadınlar yaşam boyu gerçek bir *tutela* (vesayet) altındaydı. *Digesta*'da *Paulus*, bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “*Lüks hayat yaşayan bir kadının elinden mallarının idaresi alınabilecekti*” (D.27,10,15 pr.)<sup>36</sup>.

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde savurganlık sebebi ile kısıtlılığın ata malı (*bona paterna avitaque*) olarak kabul edilen, bir kimseye mirasla intikal etmiş mallar için söz konusu olduğunu ifade etmiştik. Bu kapsamda Roma'da aile malvarlığına atfedilen önem, bu düzenlemeyi haklı göstermekteydi. *Gaius'un Institutiones'ine* ait bazı parçaların 1933 yılında Mısır'da bulunması ile ulaşılan bilgilere göre aile babasının ölmesi halinde aile malvarlığının korunması felsefesi ön planda tutulmaktaydı. Ata malının mirasçılar arasında bölünmeden muhafaza edilesi ve aynı şekilde tek elden yönetilmesi esas önem arz etmekteydi. Hatta, metinlerden anlaşıldığı üzere eski devirlerde aile malvarlığının bölünmeden korunması hukuki bir zorunluluk olarak da kabul edilmekteydi<sup>37</sup>.

Tarihi süreç içerisinde savurganlık sebebi ile kısıtlılığın malvarlığı açısından kapsamının genişletilerek bir kimsenin, herhangi bir şekilde edindiği mallarını israf etmesi sebebi ile kısıtlanabileceği yönündeki gelişmenin önemli olduğu kanaatindeyiz. Zira, burada dar anlamda sadece ata malının korunmasından ziyade daha çok Roma ailesinde ailenin malvarlığının ve malvarlığını yönetme hakkının kime ait olduğu göz önünde bulundurulduğunda *pater familias*'ın Roma Hukuku'nda aile yapısı içindeki rolü ve aile evlatları ile ailenin malvarlığı üzerinde sahip olduğu

<sup>35</sup> BUCKLAND, W. Warwick, The Main Institutions of roman Private Law, Cambridge 1965, 189.

<sup>36</sup> D.27,10,15 pr. *Paulus libro tertio sententiarum*. “*Et mulieri, quae luxuriose uiuit, bonis interdici potest...*” (D.27,10,15 pr. *Paulus*'un görüşleri, kitap 3. Savurgan bir şekilde yaşayan kadınların da mallarının idaresi yasaklanabilir...). Bkz., MOMMSEN/ KRUEGER/ WATSON, 813. TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, 164, dn. 81. Aynı şekilde *Paulus*, “mallarının idaresi yasaklanmış kişinin iradesinin geçersiz (nulla) olduğunu” söylemektedir (D.50, 17, 40).

<sup>37</sup> GÖNENÇ, 39; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 213; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2014, 239; RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2014, 111.



yetkiler önem arz etmektedir. Öyle ki, XII Levha Kanunu'ndan beri bilinen, aileye ilişkin yapılan en eski tanım yine malvarlığını işaret etmekteydi. Nitekim, aile tanımlanırken “ölenin geride bıraktığı malvarlığı anlamındaki tereke” de bu kavrama dahil edilmekteydi<sup>38</sup>. Söz konusu tanıma göre terekenin hak ehliyetine sahip *sui iuris* bir kişinin hem kendisine mirasla intikal eden malları hem de tereke dışında sağlığı boyunca elde ettiği, malvarlığına dahil olan tüm unsurları içerdiği anlaşılmaktadır. Ancak burada ilk dönemlerde şöyle bir ayırım yapıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır: Bir aile babası sadece mirasla intikal eden malvarlığını israf edemezdi. Onun dışında, yaşadığı süre zarfında kendi malvarlığı olarak edindiği mallar, kazanımlar üzerinde istediği tasarrufta (israf mahiyetinde dahi olsa) bulunabilirdi. Halbuki, Roma Hukuku'nda mirasın neden korunmak istendiği, mirasla aslında kapsam olarak korunmak istenenin ne olduğu düşünüldüğünde sadece nesilden nesile aktarılan bir malvarlığının bu kapsamda olması eksik bir bakış açısını ortaya koymaktaydı. Zira, her ne kadar aile mirası olarak intikal eden tereke hem aile babasının ölümünden sonra kendi ailesinin geleceğini hem de ailenin toplum içindeki itibarını temin ve temsil ediyorsa da aile babasının hayatta iken kendi çabaları ile elde ettiği kazanımlar da bir sonraki nesle aktarılacak mirasın kapsamını belirlemektedir.

Diğer yandan, Roma Hukuku'ndaki aile yapısı düşünüldüğünde aile babasının malvarlığı sadece kendi kazanımlarından oluşmamaktaydı. Bu kapsama aile evlatlarının aile babasının *patria potestası* altında kaldıkları sürece edindikleri tüm malvarlığı da dahildi. Aile babası, ailede tüm malvarlığının tek sahibiydi. Bu sebeple aile evlatlarının malvarlığı bulunmuyordu. Yetişkin aile evlatları dahi olsa onlara ait malvarlığından söz edilemeyeceği için ailenin malı *pater familias'*ın malı sayılmaktaydı. İktisap ettikleri şeyler doğrudan doğruya aile babasına aitti<sup>39</sup>. Nitekim, aile

<sup>38</sup> Bkz., D. 50. 16. 195: “*Familiae apellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est. nam et in res et in personas deducitur. In res, utputa in lege duodecim tabularum his verbis, adgnatus proximus familiam habeto. ...*” (Familia kavramı ne şekilde kabul edilir, görelim, gerçekten de değişik anlamlara sahiptir. Kişi varlığı ve malvarlığı üzerinde olmasına göre ayrılır. Malvarlığı üzerinde, On İki Levha Yasalarının sözüne göre, aileye sahip olmaya en yakın olan agnat'tır....).

<sup>39</sup> AKINCI, 254; KOSCHAKER/ AYİTER, 86-87; UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, 174; GÜNEŞ CEYLAN, Vesayet, 34, 36 vd.. Aile malvarlığının

babasının terekesinin kapsamında sadece kendisine mirasla intikal eden mallar değil, bunun dışında kendi kazanımlarıyla edinilen mallar ve aile evlatları vesilesiyle edinilen (aile evlatlarının hak ehliyeti olsaydı kendi malvarlıkları kapsamına dahil edilecek olan) mallar da bulunmaktaydı.

Aile evlatlarının kendi malvarlıkları olmadığı, aile babasının ölümünden sonra aile, erkek evlat sayısınca yeni ailelere bölüneceği<sup>40</sup> için bu aile evlatlarına kalan miras kapsamındaki tereke de ailelerin geleceğini temsil etmekteydi<sup>41</sup>. Başka bir ifade ile Roma Miras Hukuku'na göre belirli şartlar altında kanunen veya vasiyetname gereği aile babasının ölümüyle mirasbırakanın aile içindeki durumu her ne ise onun yerine geçen kişi (mirasçı) de aynı durumu kazanırdı. Bunun doğal bir sonucu olarak malvarlığının da sahibi olurdu<sup>42</sup>. Dolayısıyla, bir aile babasının malvarlığı ölümünden sonra mirasçılara intikal edecek tereke kapsamında ailesinin de geleceğini idame ettirecekleri malvarlığını oluştururdu<sup>43</sup>.

Sonuç olarak, bir aile babasına mirasla intikal eden malvarlığı tüm aile evlatlarının, daha geniş ifade ile tüm ailenin geleceğini temsil ediyordu. Aile babasının malvarlığını israf etmesi demek ailenin tamamının gelecekte sefalet ve düşkünlük içinde bir yaşamaları tehlikesiyle karşı karşıya kalması demektir. Bu sebeple miras kapsamında aile babasının

---

kolektif olarak aile fertlerine ait olduğu, aile babası olan kişinin bu malvarlığı üzerinde sadece bir "yönetim ve temsil yetkisi" sahibi olduğu, bunun bir mülkiyet hakkı gibi nitelendirilmemesi gerektiği hakkında bkz., **KAYAK**, 271.

<sup>40</sup> **AKINCI**, 257; **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 166. Aile babası öldüğü zaman, ailedeki en büyük erkek evladın ya da vasiyetname yoluyla tayin edilen kişinin, ölen aile babasının halefi olarak onun yerine geçeceği ve halef olması sebebi ile tüm özel hukuk ilişkilerini de devralacağına dair bkz., **KAYAK**, 270. Yaşı ne olursa olsun *sui iuris* olan her erkeğin bu sıfatı kazanacağı hakkında bkz., **GÖNENÇ**, 35.

<sup>41</sup> Roma'da aile babası öldüğü zaman "*heredes domestici* (aile içi mirasçılar)" kapsamında "*heredes sui*" adını alan mirasçılar zorunlu mirasçılardı ve mirasbırakanın egemenliği altındayken onun ölümü ile *sui iuris* olan kişilerdi. Kural olarak, bu kişiler ölen aile babasının kızı ve erkek çocukları ile erkek evlatları olan kız ve erkek torunlardı (kendi babalarının babaları sağ iken egemenlik altından çıkmış olması kaydı ile torunlar mirasçı olabilirdi). Bkz., **GÜNAL**, Nadi, Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras, **AÜHFD**, Y. 1995, C. 44, S. 1, 428. Ayrıca bkz., **DİNÇER ARAZ**, Nilgün, Roma Hukukunda Mirasçılık Vasfının Şartları, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2022, C. 80, S.4, 1233 vd.

<sup>42</sup> **DİNÇER ARAZ**, 1226.

<sup>43</sup> **KARADENİZ ÇELEBİCAN**, 213.

malvarlığı ile sorumluluğu aslında aynı zamanda aileye karşı şimdi ve sonrası için geleceklerini güvence altında tutması ile eşdeğer bir anlam taşıyordu.

### B. Devamlılık, Alışkanlık Haline Gelme

XII Levha Kanunu'ndan yahut *Digesta* metinlerinde savurganlık sebebi ile kısıtlılığa ilişkin açıklamalara bakıldığı takdirde bir kimsenin kendisini ve ailesini muhtaç duruma düşürecek şekilde harcamalar yapması, malvarlığını tüketmesi, lüks yaşam içinde olması gerekmektedir. Günümüze intikal eden kaynaklarda açıkça ifade edilmemiş olsa da Roma metinlerinde müessesenin ele alınışından ve söz konusu müessesenin modern hukuklardaki paralellik gösteren düzenlemelerine getirilen yorumlardan<sup>44</sup> anlaşılacağı üzere kanaatimizce, Roma Hukuku'nda da savurganlık teşkil eden fiiller günümüzde yorumlandığı gibi bir seferlik harcamalar değildi. Malvarlığını düşüncesizce harcamalar yaparak kendini ve ailesini muhtaç duruma düşürecek olanlar için böyle bir kısıtlama getirildiği düşünüldüğünde müsrif açısından bunun bir hayat tarzı olduğu yahut bu kısıtlamayı gerektirecek sıklıkta bu harcamaların tekrarlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Ayrıca, kadınların kısıtlanmasına ilişkin düzenlemeyi ele alan *Paulus*, D.27, 10, 15 pr.'da lüks bir hayat yaşayan kadının mallarının idaresinin elinden alınabileceğini ifade etmekte<sup>45</sup>, bu durumda Roma Hukuku'nda uygulamada savurganlığı bir hayat tarzı olarak benimseyen kimseler açısından kısıtlama sebebi olarak görüldüğü anlaşılmaktadır.

Metinlerden anlaşıldığı üzere Roma Hukuku'nda bir kimsenin savurganlık olarak kabul edilebilecek olan tutarsız ve aşırıya kaçan davranışları, alışkanlıkları bir devamlılık arz etmeliydi. Öyle ki, sadece bir kez veya birkaç kez yapılacak olan fuzuli, gayesiz ve faydasız, aşırıya kaçan harcamalar kısıtlanma sebebi olarak görülmemiştir. Bunun bir yaşam tarzı haline gelmesi ve bu devamlılık içinde ailenin geleceğini tehlikeye düşürecek, onları düşkün bir yaşam sürmeye mahkûm edecek dereceye ulaşması önemliydi.

<sup>44</sup> Bu konu ile ilgili değerlendirmelerimiz için bkz., § IV, B, 4.

<sup>45</sup> Bu konu ile ilgili değerlendirmelerimiz için bkz., § II, A.

### C. Müsrifin ve Ailesinin Yoksulluğa Düşme Tehlikesi

Bir müsrifin tek başına tutarsız ve lüks harcama yapması fiil ehliyetinin sınırlandırılarak, kısıtlanması için yeterli değildi. Zira, düşünce-sizce yapılan her harcama daima bir kimsenin ve ailesinin geleceğini tehdit edecek nitelikte olmayabilmektedir. Faydasız ve amaçsız harcamalar devamlı surette olmalı ve bu devamlılık öyle bir noktaya gelmeliydi ki önüne geçilmemesi halinde müsrifin hem kendisinin hem ailesinin malvarlığının tükenmesi sebebi ile düşkün bir hale gelmeleri tehlikesi ile karşı karşıya kalınmalıydı<sup>46</sup>.

Roma Hukuku'nda ailenin toplumsal yapı içerisindeki önemi düşünülüğünde müsrifin kısıtlanması ile ailenin malvarlığının korunarak kişi hem kendisine karşı koruma altına alınmak istenmiş hem de aile fertlerinin müsrifin kötü yaşam sürmesi sebebi ile zarar görmesi engellenmek istenmişti<sup>47</sup>.

### D. Praetor'un Kısıtlama Kararı

Savurganlık sebebi ile kısıtlılık Roma Hukuku'nda *praetor*'ların ailenin menfaatleri göz önünde bulundurularak, aile babasının *patria potestas*'tan kaynaklanan geniş yetkilerine yapılan müdahalelerden biriydi. Zira, bir kimsenin savurgan olduğu gerekçesi ile fiil ehliyeti kendiliğinden sınırlandırılmamaktaydı. *Magistra*'ya yapılacak bir başvuru neticesinde verilecek olan kısıtlama kararı ile en yakın *agnatik* hısımın kayyım (*curator*) olarak atanması söz konusu olmaktadır<sup>48</sup>.

*Ulpianus*, D.27, 10, 1 pr.'de XII Levha Kanunu hükümleri gereğince mallarının yönetimi elinden alınmış kimselere kayyım verileceğini ifade etmiştir. Bu durumda Roma Hukuku'nda da bir kimseye kayyım tayin edilmeden önce mallarını yönetemeyeceğine ilişkin bir kısıtlama kararı (*decretum*) verilmeliydi<sup>49</sup>. Bunun sebebi ise bir kimsenin savurganlık sebebi ile mallarını telef ve heba ettiğine ilişkin bir kriter bulmak kolay olmadığı için *magistra*'nın bu hususta bir karar vermesi gerekmekteydi<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, 164.

<sup>47</sup> ÜÇER, 228.

<sup>48</sup> AKINCI, 276; TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, 164; LONG, p. 376; VILLEY, 87, dn.20.

<sup>49</sup> UMUR, Ziya, Roma Hukuku, İstanbul 1974, 476; DECLAREUIL, 147.

<sup>50</sup> UMUR, 1974, 476.

*Praetor*, öncelikle müsrifle ilgili bir soruşturma yapardı. Müsrifin ailesi, *pater familias*'ın ihtiyatsızlıklarını denetlemek için orada bulunurdu. Soruşturmanın tamamlanması akabinde *praetor* resmi bir merasimle müsrifin fiil ehliyetini kısıtlardı<sup>51</sup>.

*Magistra* şu şekilde karar verirdi<sup>52</sup>: “*quando, bona paterna avitaque tua nequitia disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi acre commercioque interdico*” (Ne zaman, baba mirasını ve ata malını kötüye kullanarak yok ediyorsun, çocuklarını yoksulluğa sürüklüyorsun; bu nedenle sana ticaret ve iş yapma yasağı getiriyorum.).

### III. HÜKÜM VE SONUÇLARI

Öncelikle *praetor* tarafından kısıtlılık kararı verilmesi ile birlikte müsrifin fiil ehliyeti kısıtlanmaktaydı. Bu durum müsrifi tam ehliyetsiz yapmamaktaydı. Müsrifin hukuki durumu baliğ olmayan *impubes*'lerin yani, 7-14 yaş arasındaki küçüklerin (*impuberes infantia maiores*) durumuna benziyordu<sup>53</sup>. Bu sebeple kendilerine bir temsilci atanması gerekmekteydi. Roma Hukuku'nda kısıtlılara atanan bu temsilcilere kayyım (*curator*) denilmekteydi<sup>54</sup>.

Kayyım olarak atanacak kişinin ergin, hak ve fiil ehliyetine sahip bir kişi olması gerekirdi. Bu kapsamda Roma Hukuku'nda cinsiyet, sosyal statü, hürriyet durumu vasilik görevine atanacak kişi için öncelikle aranacak şartlardı<sup>55</sup>.

Aynı *impubes*'lerde olduğu gibi müsriflerin de tüm malvarlığı üzerindeki yönetim yetkisi yasaklandığı için hayatlarını idame ettirip, işlerini

<sup>51</sup> VILLEY, 87.

<sup>52</sup> BERNARD, 126/ §3, 404; LONG, p. 376.

<sup>53</sup> AKINCI, 276; UMUR, 202; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 213; SCHWARZ, 256-257.

<sup>54</sup> Roma Hukuku'nda vasi (*tutela*) ve kayyımlık (*curator*) müesseseleri *Iustinianus* Dönemine kadar kesin sınırlarla ayrılırken *Iustinianus* hukukunda iki kurum arasındaki keskin ayırım sona erdi ve hemen hemen aralarında hiçbir fark kalmadı (bkz., UMUR, Lügat, 52). Roma Hukuku'nda vasi, *sui iuris* olan ancak ergin olmayan (14 yaşını doldurmamış) erkek çocuklar ile *sui iuris* kadınlara vasi atanırdı. Vasinin görevi erkek çocukların baliğ olması ile sona ererdi. Çocuk, 25 yaşına ulaşana kadar da kendilerine kayyım tayin edilirdi. Bkz., TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, 166 vd.; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 216 vd.

<sup>55</sup> İNCEEL, Murat, Roma ve Türk Hukukunda Vesayet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2009, 103-104.

yürütülebilmeleri açısından mallarını idare edebilmeleri için *magistra* tarafından kendilerine kayyım tayin edilirdi. Bu kayyım “*curator prodigi (cura prodigi)*” adı verilirdi<sup>56</sup>. Zira, müsrif kısıtlılık kararının akabinde sadece mameleklerini olumlu yönde etkileyecek, kazandırıcı işlemleri kendi başlarına geçerli bir şekilde yapabilirlerdi. Bunun dışında kendilerini borç altına sokacak hukuki işlemleri (taahhüt ve tasarruf işlemlerini) ise ancak kayyımlarının iştiraki ile yapabilirlerdi. Kayyımın izin vermediği bu tarz hukuki işlemler geçerli sayılmıyordu<sup>57</sup>. Kayyımın icazeti, rızası (*consensus*) günümüzdeki icazet, kabul kavramına karşılık gelmektedir. Öyle ki, kayyım müsrifin bir hukuki işlem yapmasına önceden izin verebileceği gibi muamele yapıldıktan sonra icazet vererek de hukuki işlemi geçerli sayabilirdi<sup>58</sup>.

Klasik Hukuk metinlerine göre savurganlık sebebinin kapsamının mirasla intikal eden mallarla sınırlı olduğu süreçte *praetor*’lar mirasla intikal eden mallarını telef eden müsrife, kayyım olarak *agnatik* hısımlardan birini kayyım olarak atarlardı; ancak mirası vasiyetname yolu ile elde etmiş bir müsrif söz konusu ise onun kayyımı olamazdı. Fakat, savurganlık sebebi ile kısıtlılığın mahiyetinde yapılan değişiklik gibi bu hususta da düzenlemeye gidildi ve vasiyetle mirasçı olan kimselerle *agnatik* hısımlı bulunmayanlara da kayyım atanacağı kuralı getirildi<sup>59</sup>. *Agnatik* hısımlı bulunmayan müsriflere atanacak olan kayyımı ise *praetor*’lar belirlerdi<sup>60</sup>. Bu noktada bir aile babasının müsrif oğlu için vasiyetname ile kayyım tayin edebileceği, böyle bir durumda *praetor*’un vasiyetçi aile babasının bu iradesine ve isteklerine saygı göstererek aynı kayyımı ataması gerektiği ifade edilmekteydi<sup>61</sup>. Bir *consul*, *praetor* veya eyalet valisi (*praeses*)

<sup>56</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 213; AKINCI, 276.

<sup>57</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 214; AKINCI, 276; UMUR, 202.

<sup>58</sup> UMUR, 202; TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, 165.

<sup>59</sup> UMUR, 1974, 476.

<sup>60</sup> BERNARD, 126/ §3, 405. D. 27. 10. 13., *Gaius (Edictum provinciale, lib. 3) "Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, elii praetor administrationem dat, sciliet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur."* (Genellikle akıl hastasının ya da müsrifin gözetimi, XII Levha Kanunlarına göre, bir başkasına verilir, ancak seçilen *agnatik* hısımlı görev için yeterli olmaması hallerinde, *praetor* idareyi başka bir kişiye verebilir.). Bkz., MOMMSEN/ KRUEGER/ WATSON, 813.

<sup>61</sup> *Tryphoninus libro tertio decimo disputationum. "Si furiosi puberi quamquam maiori annorum uiginti quinque curatorem pater testamento dederit eum praetor dare debet secutus*

tarafından atanan *curator*'lar bu görev için uygun kişi olarak seçilirler bu nedenle de genel olarak görevlerini düzgün yapacaklarına dair bir güvence vermeleri gerekmezdi<sup>62</sup>. Zira, kanun gereği atanacak olan kayyımların bu göreve atandıkları zaman müsrifin mallarının korunması için belirli bir teminat (*cautio*) göstermeleri gerekmektedir<sup>63</sup>. Müsrifler için tayin edilen kayyımlar görevlerini layıkıyla yerine getirmezlerse ya da kanun gereği atanacak bir kayyım bulunmazsa *praetor*'un kayyımı belirleyebilmesine ilişkin bu uygulama tüm durumlarda yasal *curator*'ların yerine fahri *curator*'ların ikame edilmesini sağladı<sup>64</sup>. *Praetor* tarafından kayyım olarak belirli kişilerin atanması göz önünde bulundurulduğunda Roma Hukuku'nda kayyımlığın bir kamu hizmeti olduğu söylenebilirdi<sup>65</sup>. Bu sebeple kayyım kendisine verilen görevi kusuru sebebi ile layıkıyla yerine getirmezse ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulurdu<sup>66</sup>.

---

*patris uoluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto diui Marci continetur. His consequens est, ut et si prodigi curatorum dederit pater. Uoluntatem eius sequi debeat praetor eumque dare curatorem...*" (Bir baba, akıl hastası olan oğlu için vasiyeti üzerine bir kayyım tayin ederse, yirmi beş yaşını geçmiş olsa bile, *praetor*, babasının istekleri doğrultusunda onu onaylamalıdır; çünkü bu nitelikte bir kayyım tayin etme yetkisi, İlahi Marcus'un bir fermanında belirtildiği gibi *praetor*'a aittir. (1) Bunun sonucu, bir babanın savurgan oğlu için bir kayyım tayin ettiği durumda, *praetor*'un onun isteklerine saygı göstermesi ve aynı kayyımı ataması gerektiğidir....). Bkz., MOMMSEN/ KRUEGER/ WATSON, 813- 814.

<sup>62</sup> LONG, p. 375. D. 27. 10. 7. 2., *Iulianus (Digestorum, lib. 21)* "Cum dementis curatorem, quia satis non dederat et res male administraret, proconsul removerit a bonis alimque loco eius substituerit curatorem, ed hic posterior, cum nec ipse satisdeditset..." (Proconsul, akıl hastası olan bir kişinin kayyımını, gerekli teminatı vermemesi ve malı kötü bir şekilde yönetmesi nedeniyle, kayyımı görevinden alarak yerine yeni kayyım atardı.). Bkz., (<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest27.shtml>, E.T. 18.09.2024); GÜNEŞ CEYLAN, Vesayet, 108.

<sup>63</sup> GÜNEŞ CEYLAN, 228; GÜNEŞ CEYLAN, Vesayet, 106 vd.. Ayrıca bkz., D. 27. 10. 7. 2., *Iulianus (Digestorum, lib. 21)*. Bu teminat kısıtlının mallarının korunması ve kayyım tarafından iyi idare edilmesine ilişkin, kısıtlının malvarlığı ile orantılı olarak, ayrı veya nakdi bir teminatı. Bkz., İNCEEL, 65 vd.

<sup>64</sup> DECLAREUIL, 148.

<sup>65</sup> *Iust. Ins. 1. 25 pr.* " ... cura possunt excusari exemplo ceterorum munerum: nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse." (...diğer kamu hizmetlerinde olduğu gibi, kayyımlık bir kamu hizmetidir.). UMUR, Ziya, *Iustinianus Institutiones*, İstanbul 1968, 66.

<sup>66</sup> GÜNEŞ CEYLAN, 229.

*Praetor*'un vasi tayin ettiği hallerde *Lex Attila*'dan sonra sadece *praetor*'un ataması yeterli görülmemiş, aynı zamanda bu görevlendirmenin halk meclisi tarafından da onaylanması gerektiği kabul edilmişti. Bu süreci takiben Roma Hukuku'nun son dönemlerinde vasinin yaptığı işlemler üzerinde devlet bir kontrol ve denetim mekanizması oluşturdu<sup>67</sup>.

Vasinin sahip olduğu kadar geniş yetkilere sahip olmasa da kayyımın görev ve sorumluluğu vasinin görev ve sorumluluğuna benzerdi<sup>68</sup>. Kayyım defter tutmakla, kısıtlının malvarlığını yönetmekle (*administratio*), kısıtlının parasını iyi bir şekilde işletmekle görevliydi<sup>69</sup>. Kayyımın görev ve sorumluluğu müsrifin malvarlığının idaresine ilişkin olduğu için müsrifin bunlar dışındaki ehliyetleri devam etmekteydi. Bu kapsamda müsrif evlenme ehliyetine sahip olduğu gibi haksız fiillerinden de sorumlulukları devam ederdi<sup>70</sup>.

Görevde olduğu sürece müsrifin tüm mallarının yönetimi (*bona paterina avitaque*/ atalara ait mallar) tamamen kayyımın tasarrufundaydı. Bunları istedikleri gibi yönetebilir veya yönetmeyebilirdi<sup>71</sup>. Her ne olursa olsun kayyım müsrifin mallarını iyi bir şekilde yönetmeliydi<sup>72</sup>. Ancak MS. 195'te *Severus* tarafından vasiyetnamede belirtilen yahut acil haller dışında kayyımların şehir çevresinde bulunan arazileri satmaları yasaklandı. İstisnai hallerde *magistra* bu satışa izin verebilirdi<sup>73</sup>.

Müsrif de kayyımın görevinden doğan masraflarını ve bu süre zarfında uğradığı zararlarını tazmin etme borcu altındaydı<sup>74</sup>. Kayyım, işin idaresinde "*omnis culpa* (bütün kusurlardan)" sorumluydu ve iyi bir aile babası gibi hareket etmesi gerekirdi. Müsrifin mallarının idaresinde ve borçlarının ifasında göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemişse hatası veya hilesi sebebiyle oluşan bu zararlardan da sorumlu

<sup>67</sup> İNCEEL, 97.

<sup>68</sup> GÜNEŞ CEYLAN, 227.

<sup>69</sup> İNCEEL, 61 vd.

<sup>70</sup> AKINCI, 276; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 214; ÜÇER, 228.

<sup>71</sup> DECLAREUIL, 147-148.

<sup>72</sup> GÜNEŞ CEYLAN, 228; GÜNEŞ CEYLAN, Vesayet, 102.

<sup>73</sup> GÜNEŞ CEYLAN, 227.

<sup>74</sup> Kayyım, bu taleplerini "*actio contraria*" ile ileri sürerdi. Bkz., UMUR, 1974, 476; RADO, 135; GÜNEŞ CEYLAN, 228.



tutulmaktaydı. Genellikle bu dava, vekaletsiz iş görme, “*actio negotorum gestorum* (vekaletsiz iş görme davası)”, hükümlerine göre açılırdı<sup>75</sup>.

Müsriflerin dava ehliyetleri olmadığı için kayyım, onun adına dava açabilir, onun aleyhine açılan davaları takip ederek müsrifi bir davada hem davalı hem davacı sıfatı ile temsil edebilirdi<sup>76</sup>.

Zamanla kayyımlık, vasilik gibi aciz kişilerin korunmasına yönelik bir kurum olarak görülmeye başlandı. Bu durum fahri kayyımlıklara, kısıtlı sınıftaki kişilerin sayısında artışa, nihayetinde vesayet altındaki kısıtlanmış kişilerin ehliyetine ve kayyımların görevlerine ilişkin daha karmaşık teorilerin ortaya atılmasına yol açtı<sup>77</sup>.

Kayyımın görevi müsrifin iyileşmesine kadar devam ederdi<sup>78</sup>. *Ulpianus*'un D.27,10,1 pr.'daki ifadelerinde savurganın düzgün bir ahlaka sahip olana kadar gözetim altında kalacağı, kısıtlının iyileşmesi halinde de kısıtlı üzerindeki denetimin *ipso iure* (kendiliğinden) olarak ortadan kalkacağı ifade edilmektedir<sup>79</sup>. Ancak bu düzenlemeye rağmen doktrinde, savurganlar açısından süreç bir kısıtlılık kararı ile başladığı için yine kısıtlılığın kaldırılmasına ilişkin verilecek bir kararla da sona erdiği ifade edilmiştir. Başka bir ifade ile kısıtlılığı gerektiren sebep iyileşme ile ortadan kalkmış olsa da bu durum tespit edilerek, *praetor*'un kısıtlılık kararının kaldırılmasına ilişkin vereceği bir karar ile kayyımın görevinin son bulacağı ifade edilmektedir<sup>80</sup>. Bunun yanı sıra doğal olarak müsrifin ölümü de kayyımın görevinin sona ermesine sebep olmaktadır<sup>81</sup>.

Diğer yandan, kayyım belirli bir süreliğine atanabilir ve atandığı sürenin dolması da kayyımın görevinin *ipso iure* sona ermesi anlamına gelirdi. Hasta ve yaşlı olan bir kayyım da bu vazifesinin yerine getiremeyeceği gerekçesi ile kayyımlıktan feragat edebilirdi (*abdication*)<sup>82</sup>. Öyle ki,

<sup>75</sup> RADO, 135; GÜNEŞ CEYLAN, 228; DECLAREUIL, 148; Vesayet davaları için bkz., İNCEEL, 71 vd.

<sup>76</sup> GÜNEŞ CEYLAN, 227-228.

<sup>77</sup> DECLAREUIL, 148.

<sup>78</sup> LONG, p. 376.

<sup>79</sup> Bkz., § I, B, dn.22.

<sup>80</sup> DECLAREUIL, 147.

<sup>81</sup> GÜNEŞ CEYLAN, 229.

<sup>82</sup> GÜNEŞ CEYLAN, 229.

Roma Hukuku'nda önceleri kanuni vasilerin kayyımlik görevi kabul etmeleri zorunluydu<sup>83</sup>. Bu zorunluluk karşısında ilk dönemlerde vasiyetname ile tayin edilen vasinin ve *praetor*'un atadığı vasilerin geçerli bir mazeret ileri sürmek kaydı ile *praetor*'un da uygun görmesi neticesinde vasiye vasilikten çekilme imkânı da tanınmaktaydı. Vasiye tanınan feragat hakkı MS. 2 sonlarına doğru ortadan kaldırıldı ve bir itiraz etme (*excusationes*) imkânı getirildi. MS. 2 itibariyle vasilerin ileri sürebileceği mazeret sebepleri sayılmaya başlandı ve bu kapsamda; önemli sağlık problemleri, 70 yaşını geçmiş olmak, okur yazar olmamak, üzerinde 3 kişinin vesayetinin bulunması, bazı meslek gruplarının mensubu olmak, çok sayıda çocuk sahibi olmak, fakirlik gibi feragat sebepleri bulunmaktaydı<sup>84</sup>.

Vasinin azli de mümkündür. *Praetor* vasiyi ya doğrudan bu görevinden azlederdi ya da vasi hakkında açılan ve vasinin şerefsizliğine hükmedilebilecek bir sorumluluk davasında mahkûmiyetine hükmedilmesi sebebi ile vesayet işlerini gereği gibi yapmamasına istinaden görevden azlederdi<sup>85</sup>.

#### IV. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN SAVURGANLIK SEBEBİ İLE KISITLAMA (KISITLILIK)

##### A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nda da Roma Hukuku'nda olduğu gibi fiil ehliyetinin şartları "ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamaktır" (TMK m. 10). Kanun koyucu, kısıtlılık hallerini Kanun'da tahdidi olarak belirlemiş ve TMK m. 406 hükmünde vesayeti gerektiren haller içerisinde savurganlığı da sayarak müsrif bir kişinin fiil ehliyetinin kısıtlanabileceğini öngörmüştür.

Savurganlık sebebi ile kısıtlılık "kanun gereği kısıtlama hallerinden" biridir. Bu durumda kısıtlanacak olan kişinin rızası aranmadığı gibi mahkemenin vereceği kısıtlama kararı ile birlikte kişinin vesayet altına alınması cebri bir işlemdir<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> GÜNEŞ CEYLAN, Vesayet, 97; İNCEEL, 58 vd.

<sup>84</sup> İNCEEL, 59.

<sup>85</sup> İNCEEL, 79.

<sup>86</sup> AÇIKGÖZ, Aslı, Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul 2017, 98.

Medeni Kanun, ilişkilerini mantıklı yürütebilen ve hukuk kurallarına uygun davranabilen kişilere fiil ehliyeti tanımıştır. Bunun aksine davranış sergileyen bir kişinin öncelikle günlük hayatta istismar edilmemesi için korunması gerekirken, öte yandan da hukuk kurallarını ihlal etmesi sebebi ile sorumlu tutulup tutulmayacağına da tespiti hukuki açıdan da bir zorunluluktur<sup>87</sup>. Ayrıca, bu kişilerin fiillerinden maddi veya manevi zarar görebilecek olan kişilerin de korunması gerekmektedir. Zira, Kanun koyucu TMK m. 406'da savurganlık vb. sebeplerle kısıtlılığı düzenlerken sadece bu hallerin, eğilimlerin tek başına varlığını yeterli görmemekte, aynı zamanda söz konusu eğilimler sebebi ile kişinin kendisini ya da ailesini darlığa veya yoksulluğa, düşkünluğe düşürme tehlikesinin doğmasını da aramaktadır<sup>88</sup>.

Doktrinde birbirine benzer birçok tanım yapılmakla beraber savurganlığı, "bir kimsenin geliri ve kazancı ile örtüşmeyecek şekilde, anlamsız ve amaçsız harcamalarla, aşırı tüketim yapması alışkanlığı" şeklinde ifade etmek mümkündür<sup>89</sup>.

Türk Hukuku'na göre savurganlık sebebi ile bir kimsenin fiil ehliyeti kısıtlanırsa bu kişinin tam ehliyetsiz sayılmayacağı, müsrif hakkında sınırlı ehliyetsizlere ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir.

## B. Şartları

Türk Medeni Kanunu'nun savurganlık sebebi ile kısıtlılığı düzenleyen 406. maddesi ile kısıtlılık kararına ilişkin usul ve esasları öngören TMK m. 409, 410. maddeleri birlikte değerlendirildiği takdirde savurganlık sebebi ile kısıtlılığa ilişkin asgari şartlara ulaşmak mümkündür. Söz konusu düzenlemeler ve doktrine göre savurganlık sebebi ile kısıtlılığın şartları şunlardır: Ergin olma, malvarlığının anlamsız ve amaçsız harcanması, kişinin kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesi, devamlılık ve kısıtlılık kararı'dır.

<sup>87</sup> DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2015, 49.

<sup>88</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, 63.

<sup>89</sup> Doktrindeki diğer tanımlar için bkz., AÇIKGÖZ, 132; Benzer şekilde DURAL/ ÖĞÜZ, 63.

## 1. Ergin Olma

Vesayet, velayet altında olmayan küçükler ve haklarında kısıtlama kararı verilmiş erginler için uygulanır. Bu noktada savurganlık sebebi ile kısıtlılığa ilişkin TMK m. 406 hükmüne bakıldığı takdirde her ne kadar açıkça bu kişinin ergin olması gerektiği ifade edilmemekteyse de söz konusu kurumun malvarlığı sahibi olabilen, sahibi olduğu malvarlığı üzerinde de kimsenin izni ve/veya icazetine gerek olmadan istediği şekilde tasarruf edebilen ergin kişilere ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Zira, hukuken malvarlığı sahibi olsalar da ergin olmadıkları için velayet veya vesayet altında bulunan küçüklerin malvarlıkları üzerindeki yapacakları işlemler veli veya vasilerinin kontrolüne tabidir. Bu sebeple, savurganlık sebebi ile bir kimsenin kısıtlanabilmesi için aranan ilk şart bu kimsenin “ergin” olmasıdır<sup>90</sup>.

## 2. Malvarlığının Anlamsız ve Amaçsız Harcanması

Savurganlığa ilişkin doktrinde ortaya konan tüm hukuki yaklaşımların temelinde söz konusu harcamaların “aşırıya kaçan, anlamsız ve amaçsız” nitelikte olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>91</sup>. Aksi halde bir kimsenin lüks harcamalar yapıyor olması tek başına savurganlık sayılamayabileceği gibi o kişinin kısıtlanmasını gerektirir ağırlıkta bir tehdit oluşturmayabilir. Savurganlık sebebi ile kısıtlılık için kişinin malvarlığını “anlamsızca” harcaması gerektiği kabul edilmektedir. Bu noktada malvarlığından anlaşılması gereken, kişinin sahip olduğu tüm ekonomik değerleridir. Bunun kapsamına maddi değerler, fikri haklar, kira hakkı ve tüm alacak hakları girer<sup>92</sup>.

Kişinin yaptığı harcamaların amaçsız, faydasız ve anlamsız olması önemlidir<sup>93</sup>. Harcamaların amaçsız ve anlamsız olması, objektif manada bir değer taşımaması, kişiye herhangi bir fayda sağlamaması, makul bir amacı olmadığı için açıklanamaması anlamına gelmektedir. Bu nitelikteki

<sup>90</sup> AÇIKGÖZ, 96, 126; ERTÜRK, Fatih, “Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBİE., Ankara 2010, 24.

<sup>91</sup> AÇIKGÖZ, 132 vd.

<sup>92</sup> AÇIKGÖZ, 137; MÜLLER, Carl, Die Entmündigung wegen Verschwendung, Buchdruckerei Robert Noske, Borna Leipzig, 1910, 19.

<sup>93</sup> ERTÜRK, 25; AÇIKGÖZ, 132-133.

harcamaların sonuçları itibarıyla da kişinin ekonomik gücünü ciddi maddede sarsması, malvarlığının büyük bir kısmı veya tamamı üzerinde olumsuz bir etki yaratması gerekir<sup>94</sup>. Bu kapsamda, “eğlence için yapılan ve lüks olan harcamalar, çok fazla sayıda ve büyük miktarda bağış yapılması, başkalarına verilen yüklü ödünç paralar, borçların vaktinde ödenmemesi, çok ucuza mal satma, değerinin çok üstünde fiyatlarda mal satın alma, malvarlığını tehlikeye sokacak derecede kumar ve bahis bağımlılığı” gibi örnekler verilebilir<sup>95</sup>.

### 3. Kişinin Kendisini veya Ailesini Darlık veya Yoksulluğa Düşürme Tehlikesi

Bir kimsenin hayatındaki aşırılıklar bir güvenlik tehdidi oluşturacak boyuta gelmediği takdirde hukuken tedbir alınmayı gerektirmez. Bu bağlamda, bir kişinin aşırı, lüks ve anlamsız harcamaları kendisinin veya ailesinin maddi geleceği üzerinde bir tehdit oluşturmadığı sürece hukuken başvurulabilecek bir yol yoktur.

Kanun koyucu TMK m. 406’da açıkça hükümde belirtilen davranışlarda bulunan kişilerin, kişinin kendisini veya ailesini “darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesi” yaratmasını aramaktadır.

Darlığa düşmekten anlaşılması gereken, “kişinin yaşam kalitesi açısından mevcut hayat standartlarının altına inmek zorunda kalması ve/veya malvarlığının ya da kazancının tamamının harcanıp, tüketilmesi” dir<sup>96</sup>. Yoksulluk

<sup>94</sup> AÇIKGÖZ, 133, 135.

<sup>95</sup> AÇIKGÖZ, 133, 137. Yargıtay savurganlık sebebiyle kısıtlılık taleplerinde kısıtlı adayının yaptığı harcamaların genel olarak malvarlığı içindeki oranına bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Öyle ki, Y. 18. HD., 20.09.2016 tarih, E. 2016/5874, K. 2016/10431 sayılı kararında “... kısıtlı adayının malvarlığına ilişkin banka ve tapu hareketleri dosyaya getirilmişse de, yapılan harcamaların ve harcamalardan sonra kalan malvarlığının üzerinde yeterince durularak, varsa tarafların sunduğu eksik delillerin de dosyaya ibrazı sağlandıktan sonra, oluşturulacak bilirkişi kurulundan denetime olanak veren, ayrıntılı rapor alınıp, tüm deliller birlikte değerlendirildikten sonra oluşacak sonuç doğrultusunda karar vermek gerekirken...” ifadeleriyle malvarlığının harcamalar öncesi hali ile harcamalardan sonraki durumunun mahkeme tarafından kıyaslanmış olması gerektiğini vurgulamıştır. (Bkz., Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Diğer kararlar için bkz., YHGK, 04.02.2009, E. 2009/2-17 K. 2009/46; Y. 2. HD, 16.06.2008, E. 2008/4642 K. 2008/ 8605 (<https://www.ilhanhelvaciailehukuku.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-406>, E.T. 06.09.2024).

<sup>96</sup> AÇIKGÖZ, 127.

ise kişinin sahip olduğu kazanç, çalışma ve ekonomik gelir imkânlarının ortadan kalkması sebebi ile sahip olduğu tüm malvarlığını kaybetmesidir<sup>97</sup>. Ancak kanun koyucu müsrifin tamamen iflas edip, tüm malvarlığını bitirmiş olmasını değil bu tehlikenin doğmuş olmasını kısıtlama için yeterli görmektedir<sup>98</sup>.

Müsriflik sebebi ile kişinin malvarlığı üzerinde yarattığı yıkım tüm aileye, ailenin bir üyesine veya bakım ve geçimini sağlamakla yükümlü olduğu kişilere karşı olan sorumluluklarını yerine getiremeyecek düzeye ulaştığı takdirde aileye yönelik tehdit oluşmuş demektir. Kanun koyucu, aile içi görevlerini yerine getiremeyecek hale gelen ya da kendisini veya ailesinin toplumdaki sosyal ve ekonomik yerlerini tehlikeye düşüren kişinin hem kendisini hem de ailesini korumayı amaçlamaktadır<sup>99</sup>.

#### 4. Devamlılık

Kanun koyucunun TMK m. 406 hükmü gereğince bir kimsenin savurganlık sebebi ile kısıtlanabilmesi için bu davranış bozukluğunun, irade zafiyetinin bir veya birkaç seferlik değil devamlı surette olması gerekmektedir. Zira, süreklilik bir kişide söz konusu bozuk davranışın alışkanlık haline dönüştüğünün göstergesidir. Bu davranış hallerinin kısıtlanma sebebi olabilmesi için kişi açısından bağımlılık yaratmış bir hâl almış olması, kişide düşkünlük yaratmış olması gerekmektedir<sup>100</sup>. Aksi halde bir veya birkaç kez savurganlık yapılmış olması kısıtlama için yeterli görülmemektedir<sup>101</sup>.

Kanun koyucu da TMK m. 406 hükmünün devamında kısıtlılık hallerini saydıktan sonra *“bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden”* kişilerin kısıtlanacağı ifadesinde

<sup>97</sup> AÇIKGÖZ, 127-128.

<sup>98</sup> ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 1999, 1156; MÜLLER, 48.

<sup>99</sup> AÇIKGÖZ, 128.

<sup>100</sup> DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19.Bası, İstanbul 2024, 441, N.1956; ZEVKLİLER/ ACARBEY/ GÖKYAYLA, 1155; AÇIKGÖZ, 134; TEKİNAY, Selahattin S., Türk Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1990, 626.

<sup>101</sup> ZEVKLİLER/ ACARBEY/ GÖKYAYLA, 1156; ERTÜRK, 25.

“devamlı korunma ve bakım ihtiyacının ya da devamlı bir tehdit yaratma” ibareleriyle sürekliliğin olması gerektiğini işaret etmektedir.

### 5. Kısıtlılık Kararı

Kanun koyucu TMK m. 409-410 hükümleri ile kısıtlılık kararının zorunluluğunu açıkça düzenlemektedir. Söz konusu hükümler kısıtlama kararının usulünü düzenlemektedir. Buna göre “bir kimse dinlenmeden ve kısıtlama sebebine ilişkin bilirkişi raporu alınmadan hakkında kısıtlama kararı verilmez (TMK m. 409)”. “Kısıtlama kararının kesinleşmesi üzerine kararın hemen ilân edilmesi gerekmektedir” (TMK m. 410).

Öncelikle vesayet makamına yöneltilmiş bir talep olmalıdır. Bu talepte (bildirimde) bulunacak kişiler kısıtlanma talep edilen kişinin yakınları, idari makamlar, noterler ve mahkemelerdir<sup>102</sup>. Bu bildirimle birlikte vesayet makamı gerekli incelemelere geçer. Vesayet makamı, kısıtlanmasa talep edilen kişi hakkında ileri sürülen sebeplerin kısıtlamayı gerektirecek derecede var olup olmadığını araştırırken ilgili kişiyi de dinlemek suretiyle gerekirse tanık beyanlarına da başvurarak incelemeyi tamamlar<sup>103</sup>.

Kısıtlama kararı verilmeden önce kişinin mutlaka dinlenmesi gerektiği TMK. m. 409/I’de “Bir kimse dinlenilmeden savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi veya isteği sebebiyle kısıtlanamaz” şeklinde ifade edilmiştir. İlgili hüküm emredici niteliktedir. Yargılamada ilgilinin dinlenmemesi ise bir bozma sebebidir<sup>104</sup>. Zira, kanun koyucu ilgiliye “kendisini savunabilme, davranışlarının

<sup>102</sup> RG. 10.08.2003, 25195, Türk Medeni Kanunu’nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 9; Kanun koyucunun üçüncü kişilere genel bir bildirim yükümlülüğü yüklediği hakkında bkz., **BAYRAMOĞLU**, Necati Şükrü, Kısıtlama ve Vasi Atama Kararı İlanının Aleniyeti Sağlama Fonksiyonu ve İlan Nedeniyle Kişilik Haklarının İhlal Edilip Edilmediği Sorunu, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 2020, S.2, 477.

<sup>103</sup> **AÇIKGÖZ**, 129-130.

<sup>104</sup> **BAYRAMOĞLU**, 483; **KÖPRÜLÜ**, Bülent/ **KANETİ**, Selim, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 1989, 319; **ÖZTAN**, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, 768; Y. 18. HD., 22.12.2024 tarih, E. 2014/9990, K. 2014/18789; Diyarbakır BAM, 5. HD., 20.04.2021, E. 2021/ 276 K. 2021/ 451; İstanbul BAM, 36. HD., 16.09.2020, E. 2020/ 1767 K. 2020/ 1276; Diyarbakır BAM, 5. HD., 09.02.2022, E. 2021/ 1743 K. 2022/ 243; Antalya BAM, 6. HD., 10.11.2021, E. 2020/1099 K. 2021/1585. (Bkz., Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

gerekçelerini açıklama imkânı” sunmaktadır<sup>105</sup>. Vesayet makamında ilgili kişinin dinlenilmesi, ilgiliye tanına bir hak olduğu kadar vesayet makamı açısından da yükümlülüktür<sup>106</sup>.

Mahkemenin kısıtlama talebine ilişkin yargılamada takdir yetkisi sınırlıdır. Öyle ki, araştırmalar neticesinde gerekli raporlar, ilgilinin ve tanıkların da dinlemeleri neticesinde kısıtlama sebebinin varlığı kesin olarak saptanırsa hâkim kişinin kısıtlanmasına karar vermek zorundadır. Bu aşamada kısıtlama kararı vermekten kaçamaz<sup>107</sup>.

Kararın kesinleşmesi ile birlikte kişi kısıtlanmış ve fiil ehliyeti sınırlandırılmış olacağı için kısıtlının yeni hukuki durumunun üçüncü kişilere duyurulması için kararın ilan edilmesi gerekir. İlanın iki amacı vardır<sup>108</sup>: Üçüncü kişilerin korunması<sup>109</sup> ve iyiniyet iddialarının bertaraf edilmesi suretiyle işlem güvenliğinin sağlanmasıdır (TMK m. 410/II).

Kısıtlama kararı, inşaî nitelikte yenilik doğuran bir karar ve bu niteliği itibariyle kamusal bir işlemdir<sup>110</sup>. Kısıtlama kararı ile birlikte tam ehliyetli olan ergin kişinin tam fiil ehliyeti sınırlandırılarak kişinin fiil ehliyetinin hukuki durumu sınırlı ehliyetsize dönüştürülür<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> ZEVKLİLER/ ACARBAY/ GÖKYAYLA, 1050; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V.: Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar- Şahsın Hukuku- Aile Hukuku- Miras Hukuku- Eşya Hukuku (Aynı Haklar), 3. Bası, İstanbul 1963, 504; ÖZTAN, 768-769.

<sup>106</sup> AÇIKGÖZ, 130.

<sup>107</sup> VELİDEDEOĞLU, 498; AÇIKGÖZ, 100.

<sup>108</sup> BAYRAMOĞLU, 475, 488, 490.

<sup>109</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 448, N.1986; ZEVKLİLER/ ACARBAY/ GÖKYAYLA, 1051; İKİZLER, Metin/ TÜZÜNER, Özlem, Medeni Hukuk- I, Ankara 2021, 327; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, 320. Vesayet hukukunda kısıtlama ile getirdiği korumanın üçüncü kişiler açısından da koruyucu bir rol üstlendiği göz önünde bulundurulduğunda bu nitelik gereği bir isteğe gerek dahi duymadan kısıtlama sebeplerinden birinin varlığını tespit eden mahkemenin resen kısıtlama kararı verebileceği, kanun koyucunun da kısıtlamayı gerektiren sebebin varlığını tespit eden makamların, mahkemelerin bu durumu derhal vesayet makamlarına bildirmesini zorunlu kıldığı hakkında YHGK'nun 30.05.2014 tarih E. 2013/18-2289 K. 2014/711 sayılı içtihadının esas teşkil ettiği karar için bkz., Ankara BAM, 5. HD., 18.01.2022, E. 2021/2505, K. 2022/168 (Bkz., Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi);

<sup>110</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 440, N.1948; ERTÜRK, 20; ZEVKLİLER/ ACARBAY/ GÖKYAYLA, 1041; AÇIKGÖZ, 95; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, 315; ÖZTAN, 1276.

<sup>111</sup> ZEVKLİLER/ ACARBAY/ GÖKYAYLA, 1041; ÖZTAN, 758.



### C. Hüküm ve Sonuçları

Kısıtlama kararının kesinleşmesiyle birlikte hakkında kısıtlama kararı verilen kişinin fiil ehliyeti yeni hukuki statüye kavuşur ve fiil ehliyeti sınırlanır<sup>112</sup>. Türk Hukuku'na göre sınırlı ehliyetsizler kişiye sıkı sıkıya bağlı hukuki işlemler ile kazandırıcı işlemler dışında vasisinin izni ya da icazeti olmadan kendilerini borç altına sokacak hukuki işlemleri yapamazlar. Bu bakımdan kısıtlama kararının en önemli sonucu, kişinin ayırt etme gücü olmasına rağmen kişiyi ehliyetini kısıtlayarak sınırlı ehliyetsiz hale getirmesidir<sup>113</sup>. Bu aşamadan sonra kısıtlı, kanunda öngörülen istisnalar dışında tek başına hukuki işlem yapamayacağı için kendisine vasi atanması gerekir<sup>114</sup>.

Vasi olacak kişinin ergin ve bu işi yapabilecek ehliyete sahip olması gerekir (TMK m. 413). Vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi, vasi olacak kişinin yeterliliğini değerlendirir ve bu değerlendirmeyi yaparken, vasi olacak kişinin yaşını ve eğitim durumunun yanı sıra vesayet işlerini yürütebilecek zamanı olup olmadığını dikkate alır<sup>115</sup>.

Türk Hukuku'na göre vasiliğin bir görev olduğu görülmektedir<sup>116</sup>. Medeni Kanun'un 416. maddesine göre "*vesayet altına alınan kimsenin yerleşim yerinde oturanlardan vasiliğe atananlar, bu görevi kabul etmekle yükümlüdürler*". Bu durumda vasi olarak atanmış kişi, Kanun'da öngörülen haller hariç vasilik görevini kabul zorundadır.

Vasi olarak atanacak kişinin TMK m. 418'de sınırlı sayıda belirtilmiş olan "*vasiliğe engel hallerden*" veya TMK m. 417'de sayılan "*vasilikten kaçınma sebeplerinden*" birinin bulunmaması gerekir. Bu durumda vasi TMK m. 417 gereği, "*65 yaşını doldurmuşsa, bedensel engeli veya sürekli hastalığı olması sebebi ile bu işi güçlüklerle yapabilecekse, dörtten fazla çocuğu varsa, üzerinde vasilik görevi varsa, Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar,*

<sup>112</sup> VELİDEDEOĞLU, 497, 505; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, 434; ÖZTAN, 758.

<sup>113</sup> ERTÜRK, 20; AÇIKGÖZ, 95.

<sup>114</sup> BAYRAMOĞLU, 485.

<sup>115</sup> KOÇ, Nevzat, Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 7, Özel sayı, 114.

<sup>116</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, İstanbul 2006, 5.

hâkimlik ve savcılık mesleği mensubu ise" vasilikten kaçınabilir. Diğer yandan, TMK m. 418'e göre de "kısıtlılar, kamu hizmetinden yasaklılar veya haysiyetsiz hayat sürenler, menfaati kendisine vasi atanacak kişinin menfaati ile önemli ölçüde çatışanlar veya onunla aralarında düşmanlık bulunanlar, ilgili vesayet daireleri hâkimleri" vasi olarak atanamazlar.

Vasinin görev ve sorumlulukları da Medeni Kanun tarafından düzenlenmiştir. Bu minvalde, TMK m. 403/I'e göre vasi, "vesayet altındaki kişinin tüm kişilik ve mal varlığına ilişkin menfaatlerini özenle korumak" (TMK m. 445, 447) ve "vesayet makamının müdahalesi saklı kalmak kaydıyla bütün hukuki işlemlerinde onu temsil etmek yükümlülüğü (TMK m. 448)" altındadır<sup>117</sup>.

Vasinin aynı zamanda vesayet organlarının, sorumluluğu ifadesinden anlaşılması gereken bu kişilerin görevlerini hiç veya gereği gibi yapmamalarına bağlı olarak kısıtlının zarara uğraması ve bundan doğan zararın tazminidir. Vesayet altındaki kişilerin, vesayet organlarından olan tazminat alacakları, yasal danışmana ve kayyıma, vasinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler kıyas yoluyla uygulanır<sup>118</sup>. Vesayet altındaki kimsenin zarara uğramasına, vasi tek başına sebebiyet verebileceği gibi, zararın doğmasına vesayet makamları da sebebiyet vermiş olabilir. Vesayet makamları, zararın doğmasına, ihmalleri veya kasıtlı davranışları ile sebebiyet vermiş olabilirler<sup>119</sup>.

Vasinin görevi kanuna dayanır ve vesayet makamının vereceği kesinleşmiş kısıtlama kararının ilanı ile başlar. Vesayet görevinin sona ermesine sebep olacak bir durum gerçekleşene kadar da devam eder (TMK m. 479, 482). Vesayet, kısıtlıya ilişkin sebeplerle sona erebileceği gibi vasilik sıfatını ortadan kaldıran sebeplerle de sona erebilir. Vesayet ya kendiliğinden ya da mahkeme kararıyla sona erer<sup>120</sup>. Vesayetin kendiliğinden

<sup>117</sup> ZEVKLİLER/ ACARBEY/ GÖKYAYLA, 1187; VELİDEDEOĞLU, 523-524; KÖP-RÜLÜ/ KANETİ, 338.

<sup>118</sup> Türk Medeni Kanunu'ndaki vesayet hukukunun kanun koyucu tarafından vesayet odaklı inşa edilip kayyımlığın ikinci plana atılmış olması hususundaki eleştirileri için bkz., GÜMÜŞ, 8.

<sup>119</sup> KOÇ, 115-116.

<sup>120</sup> KOÇ, 118-119 vd..

sona erdiği hallerde vasinin görevi de kendiliğinden sona erer<sup>121</sup>. Kanun koyucu küçükler ve hükümlülerin kısıtlılığının sona ermesini özel olarak düzenlemiş (TMK m. 470, 471), diğer kısıtlılık hallerinin ise genel anlamda ancak mahkeme kararıyla sona ereceğini öngörmüştür (TMK m. 472). Kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da savurganlık sebebi ile kısıtlılık açısından değerlendirilecek olursa müsrifin ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi hâlinde, vesayet kendiliğinden sona erer (TMK. m.28/I, 35/I). Aynı şekilde vasinin ölümü, kısıtlanması, vasilik için öngörülen sürenin sona ermesi, vasinin istifası ve görevden alınması (TMK. m.483) da vesayet görevini kendiliğinden sona erdirir (TMK m. 479). Bunun dışında vesayetin sona ermesi, yetkili vesayet makamının (sulh hukuk mahkemesinin) kararıyla gerçekleşir (TMK. m.472/I). Vesayeti gerektiren sebebin ortadan kalkması durumunda, vesayet makamı vesayetin sona ermesine karar verir (TMK. m.472/II). Medeni Kanun'a göre "savurganlığı sebebiyle kısıtlanmış olan bir kişi, en az bir yıldan beri vesayet altına alınmasını gerektiren sebeple ilgili olarak bir şikâyete meydan vermemişse, vesayetin kaldırılmasını isteyebilir (TMK. m.475).

## V. ROMA HUKUKU VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN SAVURGANLIK SEBEBİ İLE KISITLILIĞIN KARŞILAŞTIRILMASI

Savurganlık sebebi ile kısıtlılık, vesayet hukuku kapsamında düzenlenmiş bir kamu kurumudur. Roma Hukuku'nda ilk kez XII Levha Kanun'larında düzenlenmiş olan bu kurum zaman içinde bazı değişimlere uğramış olsa da günümüze kadar intikal etmiş ve Roma Hukuku'nu esas alan birçok Avrupa ülkesinin hukuk sisteminde uzun süre varlığını sürdürmüştür. Ancak yeni anlayışlar bu tür sebeplerin bir kısıtlılık sebebi olarak görülmesini haklı bulmamaktadır. Almanya ve İsviçre hukuklarında kısıtlılık sebeplerini değiştiren, yetişkinlerin korunmasına yönelik bu değişikliklere rağmen Türk Hukuku'nda Roma Hukuku'na dayalı bir şekilde savurganlık bir kısıtlılık sebebi olmaya devam ettirmektedir.

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinden Cumhuriyet Dönemine kadar vesayete ilişkin kurumlar daha çok özel kurum niteliğindedir. Cumhuriyet Döneminden itibaren vasilik görevi kamusal hizmet olarak

<sup>121</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 476, N.2143.

algılanmaya başlandı<sup>122</sup>. Roma Hukuku'nda ailenin, aile içerisinde aile babasının yeri ve rolü göz önünde bulundurulduğunda daha çok aileye ilişkin bir kurum gibi gözükse de aynen günümüzde olduğu gibi toplumu ilgilendiren, toplumsal yarar düşüncesiyle ortaya çıkan, sosyal bir karakter taşıdığı görülmektedir<sup>123</sup>. Hukuk, aile fertlerinin yararını, menfaatini göz önünde bulundurarak müsrifin yardım vasıtalarından mahrum kalmaması için fiil ehliyetini sınırlandırmıştır. Hatta, *Gaius* (I § 53), söz konusu kurumu “hakkın kötüye kullanılmaması” ile açıklamaktadır. Zira, müsrifin yapmış olduğu gereksiz, anlamsız ve lüks harcamaların, israfın yasal hakların kötüye kullanılması olduğunu ifade etmekteydi<sup>124</sup>.

Roma Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da müsrifin kısıtlanması toplumsal kaygılara dayanmakta ve temelde ailenin yararının korunması düşüncesi yatmaktadır<sup>125</sup>.

Savurganlık sebebi ile kısıtlılığın genel olarak her iki hukuk sistemi için aranan şartlarına baktığımız takdirde genel anlamda büyük benzerlik gösterdiği söylenebilir. Öyle ki, her iki sistemde de müsrifin malvarlığında yapacağı gereksiz, anlamsız, aşırı ve lüks harcamaların hem müsrifin hem ailesinin düşkün hale gelmesi yönünde ciddi bir tehlike oluşturmuş olması ve bu davranış bozukluğunun, irade zayıflığının devamlı surette cereyan etmesi gerekir. Zira, ancak bu durumda kişinin bir bağımlılık ve kontrolsüzlük içinde olduğu anlaşılmakta, kısıtlanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

<sup>122</sup> İNCEEL, 97-98.

<sup>123</sup> TAHİROĞLU/ ERDOĞMUŞ, 165; SCHWARZ, 257; KARADENİZ ÇELEBİCAN, 213; BUCKLAND, 190.

<sup>124</sup> *Iust. Ins. 1. 53 pr. “...Nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit: Male enim nostro iure uti non debemus; quae ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.”*. (Zira bazı eyalet valilerinden, tanrıların tapınaklarına veya prenslerin heykellerine sığınan köleler hakkında danışıldığında, eğer efendilerin zulmü dayanılmaz görünüyorsa, kölelerini satmaya zorlanmalarını emretmiştir. Her iki durumda da doğru bir şekilde hareket edilmektedir: Zira kendi hukukumuzu kötüye kullanmamalıyız; bu nedenle, israf içinde olanlara mallarını yönetme yasağı getirilmiştir). (<https://www.thelatinlibrary.com/gaius1.html#53>, E.T. 20.09.2024)

<sup>125</sup> KARADENİZ ÇELEBİCAN, 214.

Diğer yandan hem Roma Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda müsrifin fiil ehliyetinin kısıtlanabilmesi için hakkında kısıtlama kararının verilmesi gerekir. Yetkili bir mercii kararı olmaksızın kişinin fiil ehliyetinin kısıtlanması mümkün değildir.

Roma Hukuku'nda kısıtlanma kararı neticesinde kişiye *agnatik* hısımlarından birinin kayyım olarak atanacağı kabul edilmişti. Ancak *agnatik* hısımları yoksa veya vasilik görevini gereği gibi yerine getiremeyeceği düşünülüyorsa *praetor* başka bir kişiyi kayyım olarak atayabilirdi. Türk Hukuku'nda da benzer bir yaklaşım vardır. Vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi, eş veya hısımların önceliği prensibi gereği (TMK m. 414) öncelikle kısıtlının yakınlarından (eş veya hısımlarından) birinin vasi olarak atar. Eğer bu kişiler arasında vasi olmaya uygun biri yoksa başka biri de göreve atanabilir.

Bu noktada her iki hukuk sisteminde vasi ve kayyım farkına gidildiği görülmekle birlikte Roma Hukuku'nda savurganlık sebebi ile kısıtlanan kişiye *curator*, yani kayyım tayin edilirken Türk Hukuku'nda TMK m. 403 gereği hakkında kısıtlama kararı verilen kişilere kayyım atanacağı öngörülmüştür. Medeni Kanun 403/II hükmünde kayyımı "belirli işlerin görülmesi veya malvarlığının yönetilmesi" için atanan kişi olduğunu ifade etmiştir. Roma Hukuku'nda da vasi ve kayyım arasında görev, yetki ve sorumluluk açısından benzer bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Vasilerin daha geniş görev ve sorumlulukları varken kayyımlar daha sınırlı yetkiye sahipti. Ancak vasiliği ergin olmayan küçük ve kadınlar için sınırlı hallerde uygulamışlar, bunlar dışındaki kısıtlamayı gerektiren halleri kayyımın görev ve sorumluluğuna tabi kılmışlardır. Her ne kadar böyle bir ayrıma gidilmiş olsa da aksi bir düzenleme olmadıkça hem Roma Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda (TMK m. 403/III) vasilere ilişkin hükümlerin kayyıma da uygulandığı esası göz önünde bulundurulduğunda görev ve yetkilerinin kapsamı ile sorumluluklarına ilişkin ayrımlar dışında her iki vesayet makamının da aynı amaca hizmet ettiği görülmektedir<sup>126</sup>.

Savurganlık sebebi ile kısıtlılığın kapsamı konusunda Roma Hukuku'nda yapılan önemli değişiklikler kurumun Türk Hukuku'ndaki

<sup>126</sup> Bu hususa ilişkin tespit ve değerlendirmelerimiz için bkz., Ş II, C ve IV, B, 3.

haline yaklaşmasına sebep olmuştur. Öyle ki, ilk dönemler sadece mirasla intikal eden, ata mallarının müsrif tarafından israf edilmesi kısıtlılık sebebi olarak sayılırken daha sonra bu kapsam genişletilmiş ve müsrifin her türlü malı üzerindeki israfı kısıtlanma sebebi olarak kabul edilmişti. Bu değişikliklerle beraber, Türk Hukuku'nda olduğu gibi müsrifin malvarlığını oluşturan malların nasıl edinildiğinin bir önemi kalmamıştır.

Haklı sebepler engel olmadıkça, vasilige, vesayet altına alınacak kişinin ya da ana veya babasının gösterdiği kimse atanır (TMK m. 415). Roma Hukuku'nda da aile babası aile evladına atanacak vasiyi belirleyebilirdi. Ancak *praetor* bu görüşe öncelik vermek kaydı ile o kişiyi vasi olarak atamak zorunda değildir. Her iki hukuk sistemi de vasi olarak göreve atanacak kişinin bu göreve uygun olması şartını aramaktadır (TMK m. 414/I).

Roma Hukuku'nda kanun gereği kayyım olarak atanacak olan *agnatik* hısumın teminat, güvence göstermesi esası karşısında Türk Hukuku'nda TMK m. 401 hükmü gereğince özel vesayet kapsamında, aile meclisinin vasilik görevini yürüttüğü hallerde aile meclisi üyelerinin güvence vermesi zorunlu tutularak Roma'daki teminata ilişkin uygulama benzer şekilde günümüzde muhafaza edilmiştir. Bunun dışında kamu vesayetinde Roma'daki fahri kayyımlıkta olduğu gibi vasilige atanacak kişi için kanun koyucu bir güvence talep etmemektedir. Bununla birlikte vasi, vesayet makamının sıkı denetimine tabi tutulmuş ve vasiye yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması halinde de vasinin sorumluluğuna gidilmiştir.

Roma Hukuku'nda vasilikten feragat sebebi olarak kabul edilen haller (önemli sağlık problemleri, 70 yaşını geçmiş olmak, okur yazar olmamak, üzerinde 3 kişinin vesayetinin bulunması, bazı meslek gruplarının mensubu olmak, çok sayıda çocuk sahibi olmak, fakirlik) Türk Hukuku'nda vasilige engel teşkil eden haller kapsamında sayılmış ve vasinin feragatine gerek olmaksızın bu kişilerin vasi olması engellenmiştir (TMK m. 417)<sup>127</sup>.

Sona erme sebepleri açısından mukayesesi yapıldığında yine önemli benzerlikler göze çarpmaktadır. Roma Hukuku'nda vasinin

<sup>127</sup> Bu hususa ilişkin tespit ve değerlendirmelerimiz için bkz., § III ve IV, C.

ölümü halinde vesayet sona ermeyip yerine yeni bir vasi tayin edilirken, Türk Hukuku'nda vasinin ölümü halinde vesayet kendiliğinden sona erer ve vesayeti gerektiren sebep devam ediyorsa daha sonra yeni bir vasi tayin edilir. Diğer yandan, Roma'da vasinin hürriyetini, vatandaşlığını, aile durumu gibi sosyal statülerini kaybetmesi başka bir ifade ile vasinin "*capitis deminuto*" durumuna düşmesi vesayeti sona erdirirken Türk Hukuku'nda bu uygulamanın bir karşılığı bulunmamaktadır<sup>128</sup>.

Her iki hukuk sistemi de vasinin belirli bir süreliğine göreve atıldığı hallerde sürenin sona ermesi ile vesayetin kendiliğinden sona ereceğini kabul etmektedir. Ayrıca, aynı şekilde vasinin görevini layıkıyla yerine getirmemesi Roma ve Türk Hukuku'nda vesayeti sona erdiren bir sebeptir.

Vasinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de Roma ve Türk Hukuku'nda benzerlik göstermektedir. Kısıtlının malvarlığını gerektiği gibi yönetmeyen, mameleğini zarara uğratan, takip etmesi gereken işleri tam ve zamanında yerine getirmeyen vasi vermiş olduğu zarardan dolayı sorumlu tutulmuştur.

## SONUÇ

2013 yılına kadar mehzat İsviçre Medeni Kanunu'nda da benzer düzenlemelere yer verilmişti ve savurganlık bir kısıtlılık sebebi teşkil ediyordu. Ancak aile hukukunun dinamik bir hukuk olarak değişip gelişmesi ve Avusturya ve Almanya'da konuya ilişkin yapılan yeni düzenlemelerin etkisiyle, İsviçre Medeni Kanununun bu konuya (Art. 360-456 ZGB) ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılması ihtiyacı doğmuştur<sup>129</sup>. Bu çerçevede İsviçre Federal Konseyi'nin revizyon çalışmaları sonucu 19.12.2008 tarihli "Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukuna İlişkin Federal Kanun hazırlanmış (*Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht*) ve bu kanun 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda vesayeti gerektiren zayıflık hallerinin tek tek

<sup>128</sup> İNCEEL, 128.

<sup>129</sup> HAUSHEER, Heinz, (Çev. Bilge Öztan), Türk-İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler, TBB Dergisi, Y. 2008, C. 21, S. 76, 204, 205 vd.

sayılmış ve vazgeçilerek<sup>130</sup>, erişkin kişilerin ehliyetsizlikleri genel olarak düzenlenmiş, en önemli değişiklikler “Yetişkinleri Koruma Hukuku” kapsamında vesayet hukukunda idari ve idari olmayan tedbirler şeklinde yapılan ikili bir ayırımla kendini göstermiştir. Eski vesayet sistemindeki “vasi atanması, kayyımlik ve yasal danışmanlık” idari tedbirleri, sadece “kayyımlik” müessesesi altında toplanmıştır. “Yetişkinlerin Korunması Hukuku” kapsamında “Kişisel Tedbirler (*Eigene Vorsorge*)” başlığı altında iki yeni hukuki kurum tesis edilmiştir. Bu kurumlar: “İşlerini Gereği Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekalet” (*der Vorsorgeauftrag*, ZGB Art. 360 ff) ile “Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar” (*die Patientenverfügung*, ZGB Art. 370 ff) dır<sup>131</sup>.

Almanya’da ise İsviçre’den önce vesayet hukukunda önemli değişikliklere gidilmiştir. Bu kapsamda Alman Medeni Kanunu’nun BGB §§ 1896-1908i hükümlerinin yer aldığı, dördüncü kitabının (aile hukuku) üçüncü bölümünün ikinci başlığı “*Betreuungsgesetz- BtG*” tamamen yeniden düzenlenmiş, bu değişiklikler, 01.01.1992 tarihinde yürürlüğe girmişti. Ancak daha sonra bu hükümler kaldırılmıştır. Söz konusu “Himaye Yasası” (*Betreuungsgesetz- BtG*) kapsamlı bir revizyona tabi tutulmuş ve yeni hükümler 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişikliklerin sebebi olarak himayenin temel amacının hasta, sakat veya engelliler için yardım olduğu halde mevcut düzenlemelerin bedenen, zihnen veya ruhen sakatlığı ya da hastalığı bulunan kişilerin kendi işlerini kısmen veya tamamen yapmalarını engelleyen, onların bağımsızlıklarını ellerinden alan bir sisteme dönüşmesi gösterilmektedir<sup>132</sup>. Zira eski sistem savurganlık, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi sebeplerle ehliyetleri ellerinden alınan kişilerin vasilerinin izni olmadan evlenememeleri, ticari işlemlerini yapamamaları, hatta rızaları olmadan zorunlu olarak kayyım atanması uygulamalarının, bu sürecin ne kadar devam edeceğinin bilinmemesiyle

<sup>130</sup> AÇIKGÖZ, 19-20.

<sup>131</sup> YAVUZ, Cevdet/ ERLÜLE, Fulya/ TOPUZ, Murat, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul 2017, 8; HONSELL, Heinrich/ VOGT, N. Peter/ GEISER, Thomas, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage, Zürich 2014, 1945, N. 5, 8.

<sup>132</sup> ABEL, Wilfried, (Çev. Dr. Erdal Tercan), Alman Himaye Hukuku, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S. 1, 253-354.



birleşince genelde ömür boyu kısıtlılığa yol açtığı eleştirilerine maruz kalmıştır<sup>133</sup>. Değişiklik öncesinde vesayet ve kayımlık şeklinde mevcut olan iki kurumun zaman içinde özellikle erginlerin kısıtlılığı açısından, onları küçük düşürücü bir hal alarak, ehliyeti sınırlandırılmış kişiye yardımdan ziyade ön vesayeti doğuran bir sisteme dönüşmesi üzerine söz konusu kurumlar kaldırılarak, ilgililerin hukuki durumlarının iyileştirilmesi amacıyla vesayet hukuku yeniden düzenlenmiştir<sup>134</sup>. Sonuç olarak her iki ülke hukukunda yapılan tüm bu değişikliklerin felsefesinin, insanların ahlaki zayıflıklarının artık tek başına kısıtlama sebebi olarak görülmemesi düşüncesine dayandığı<sup>135</sup> ve diğer önemli bir sebebin de hem Almanya hem İsviçre bakımından insanların “kendi kaderini (geleceğini) belirleme hakkının güçlendirilmesi” amacı olduğu ifade edilmektedir<sup>136</sup>. Ülkemiz açısından da söz konusu değişikliklerin Medeni Kanunumuza yansıtılması, İsviçre hukuku ile paralellik sağlanması önemlidir<sup>137</sup>. Ancak TMK.

<sup>133</sup> “Das Betreuungrecht- Informationen zu den Themen Betreuung und Vorsorge”, (www. Justiz.bayern.de, E.T. 07.08.2024), 4 vd.

<sup>134</sup> ABEL, 254, 265. Yazar aynı zamanda eski vesayetin en büyük dezavantajının vesayet altındaki veya kısıtlanmış kişilerin haklarından kısmen veya tamamen mahrum bırakılması olduğu görüşündedir.

<sup>135</sup> HONSELL/ VOGT/ GEISER, Basler Komm., 2165, Art. 390, N. 8 usw; AKÇAAL, Mehmet, İsviçre Medeni Kanunu’na Göre Kayımlık Türleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2018, C. 20, S. 2, 71-72; “Das Betreuungrecht- Informationen zu den Themen Betreuung und Vorsorge”, (www. Justiz.bayern.de, E.T. 07.08.2024), 4 vd.. ZGB Art. 390 hükmü gereğince reşit bir kişinin “zayıflık halleri” kavramı ile kısıtlanabilmesi için bu kapsama dahil edilebilecek unsurların sınırlı şekilde tek tek sayılmadan Kanunda yer verildiği görülmekte ve bunun yanı sıra kişinin hem kendi başına işlerini göremeyecek hem de işlerinin görülmesi hususunda başkalarını yetkilendiremeyecek durumda olması şartlarının arandığı görülmektedir. Benzer düzenlemeye Alman Hukuku’nda da BGB § 1896 hükmü ile yer verilmiştir.

<sup>136</sup> HONSELL/ VOGT/ GEISER, Basler Komm., 1945, N. 8; ABEL, 258, 265-266; YAVUZ/ ERLÜLE/ TOPUZ, 7 vd., 29; HAUSHEER, Heinz, (Çev. İbrahim Kaplan), İsviçre Medeni Kanunu’na (ZGB) Göre Yetişkinlerin Korunması Hukuku, Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 1, S. 1, 156 vd.

<sup>137</sup> Hausheer bu konudaki görüşlerini şöyle ifade etmiştir: “Çok küçük bir coğrafyada bulunan İsviçre’nin bile birçok önemli hususu dikkate alınarak, sürekli değişen, çeşitli büyüklükte, ana merkeze çeşitli uzaklıkta olan farklı yoğunluktaki ilişkileri göz önünde bulundurarak özel hukuk alanında önemli reformlar gerçekleştirdiği düşünüldüğünde farklı bir coğrafyada, tamamen farklı sosyo-kültürel özellikler taşıyan bir ülke olarak Türk Hukuku’nda söz konusu düzenlemelerin kodifikasyonunda önemli farklılıklar olması kaçınılmaz görülmektedir. Bu noktada Türkiye’nin İsviçre’deki yeni normları iyi anlaması gerektiğinin, kendi hukuk

m. 406 ülkemizde yürürlüktedir ve Roma Hukuku'ndan gelen savurganlıktan dolayı kısıtlama sebebi varlığını korumaktadır.

Roma Hukuku'nda savurganlık sebebi ile kısıtlılık XII Levha Kanun'undan beri gelişerek, büyük oranda benzer esaslarla Kara Avrupası hukuk sistemlerindeki ilgili düzenlemelerin temelini oluşturmuştur. Roma Hukuku'ndan günümüze bu müessese devlet eliyle desteklenmiş, her dönemin ilgili makamının incelemesi, onayı ve denetimi ile kurumun amacına ulaşması sağlanmıştır.

Roma Hukuku'nda dönemlere göre vesayet hukuki niteliğine ilişkin yapılan çeşitli yorumlara rağmen son tahlilde vesayet günümüzdeki gibi bir kamu kurumu olduğu görüşünde birleşmiştir. Roma'da aileye yüklenen anlam ve ailenin toplum içindeki yeri, önemi göz önünde bulundurulduğunda savurganlık sebebi ile kısıtlama ilk dönemlerde daha çok aileye ilişkin bir tedbir olarak değerlendirilirken zamanla kapsamındaki genişleme, *praetor*'ların yasal *curator*'lar (yasal kayyımlar) dışında fahri kayyım tayin etmeye başlamaları ile kayyımın görev ve sorumlulukları da göz önünde bulundurulduğu bu kurumun daha çok toplumsal, sosyal bir özellik taşıdığı görülmüştür.

Roma Hukuku'nda savurganlık sebebi ile kısıtlılığa ilişkin spesifik uygulama ve esasları içeren doğrudan kaynaklara fazla ulaşamamasına rağmen, vesayete ilişkin günümüze ulaşmayı başaran kaynaklar incelendiğinde ilk dönemlere nispeten vesayet aldığı son şekli dikkate alındığında vesayet Türk Hukuku ile büyük oranda paralellik gösterdiği görülmektedir. Özellikle ilk dönemlerde savurganlık sebebi ile kısıtlılığın kapsamının mirasla intikal eden malların israfı ile sınırlandırılması, ailenin varlığını temsil eden ata malı kavramının korunması amacına hizmet etse de bir aile babasının malvarlığı sadece bunlardan oluşmadığı için kısıtlama tedbirinin beklenen amaca ulaşmamış olduğu söylenebilir. Aile babasının malvarlığına dahil unsurlar göz önünde bulundurulduğunda kazanım şekli her ne surette olursa olsun aile babasının malvarlığına dahil olan her türlü malın israfının kısıtlılık sebebi olarak kabul edilmesi vesayet hukukunun günümüzle paralel bir hâl almasına sebep olmuştur.

---

*düzenine her alanda entegrasyonun sağlanmasının, mümkün olduğunca yeknesak uygulamaya gidilmesinin önemi vurgulanmaktadır.* Bkz., HAUSHEER, 206- 207.

Aynı şekilde her iki hukuk sisteminde de vasinin görevi kabul, görevden feragat ve çekinme halleri de benzerdir. Vasilik ve aynı şekilde kayyımlik da bu vazifeye atanmış kişiye yüklenmiş bir görevdir. Öyle ki, vasilik görevine atanacak kişinin bu işi layıkıyla yerine getirecek yeterlilikte, ergin bir kişi olması gerektiği yönündeki kriterler de vesayet hukukuna atfedilen önemi göstermektedir. Bir başka benzerlik ise hem Türk Hukuku'nda hem de Roma Hukuku'nda bir kimsenin fiil ehliyetinin sınırlandırılmasının hukuki ve sosyal açıdan önemi göz önünde bulundurulurken, sınırlı hallerde kısıtlama tedbirine başvurusu, vesayet altındaki kişiye ilişkin vasinin yürüttüğü işlemler konusunda yetkili makamlarca denetime tabi tutulmuş olmasıdır. Hatta her iki hukuk sistemi de vasinin bu vazifenin ciddiyetini algılayabilmesi ve üstlendiği sorumluluğun farkına varabilmesi için aile üyelerinin kanunen vasi olarak atandığı hallerde vasilerin teminat göstermesini zorunlu tutmuştur. Buna karşılık vasi olarak atanacak kişi açısından Roma Hukuku'nda sosyal statü, sınıf ve cinsiyet ayırımına dayanan bir sistem benimsendiği için Türk Hukuku'ndan farklı olarak vasi olarak atanacak kişi için aranan kriterlerde ise farklılıklar görülmektedir. Örneğin hukukumuzda böyle bir sebep bulunmamakla birlikte, Roma Hukuku'nda vasinin sosyal statüsünde yaşayabileceği bir değişim vasilik görevini de kendiliğinde sona erdirmekteydi.

Roma Hukuku'ndan günümüze vesayet hukuku, önemini korumaya devam etmektedir. Roma Hukuku'nda benimsenen anlayış bazı farklılıklara rağmen, genel anlamda hukukumuzdaki konuya ilişkin düzenlememelerle büyük oranda örtüşmektedir. Toplumsal, sosyal ve ailevi ihtiyaçlar yaşanan dönem ve hukuk sistemleri içinde değişse de insanın öznesi olduğu yapı içerisinde hep birbirine benzerdir. Söz konusu ihtiyaçların karşılanması için hukukun getirdiği çözüm önerileri ve benimsediği yaklaşım da büyük oranda benzerlik göstermeye devam etmektedir. Zira hukuk her toplumun ve zamanın ihtiyaçlarına göre değişim ve gelişim gösterse de insanın doğasından kaynaklanan hukuki sorunlar temelde hep aynıdır. Bu noktada vesayet hukukunda olduğu gibi Roma Hukuku'nun zamanının ötesinde bir bakış açısıyla getirdiği çözüm önerileri ve yarattığı müesseseler halen modern hukukların güncel sorunlarına ışık tutmaya devam etmektedir. Ancak Roma Hukuku'nun Kara

Avrupası hukuk sistemi kapsamındaki ülkeler üzerinde etkisi uzun yıllar devam etmiş olsa da zaman içerisinde Alman ve İsviçre Medeni Kanun'larında olduğu gibi özellikle aile hukuku gibi sürekli gelişen ve değişen bir alanda önemli kanuni değişiklikler yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda gerekli zeminin sağlanması halinde Almanya ve İsviçre Vesayet Hukuku'ndaki değişim sürecinin, Türk Vesayet Hukuku açısından da gündeme gelmesinin söz konusu olacağı kanaatindeyiz<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> Türk Hukuku'nda başka bir yaklaşımla Gümüş de kanun koyucunun ilk fırsatta Medeni Kanun'da kayyımlığın ikinci plana atıldığı, vesayet odaklı kurulan yapının değiştirilerek, kayyımlığın temel "vesayetî tedbir" olarak getirilerek, vesayet hukukunun yeniden inşa edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Bkz., **GÜMÜŞ**, 8.

**KAYNAKÇA**

- ABEL**, Wilfried, (Çev. Dr. Erdal Tercan), “*Alman Himaye Hukuku*”, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S. 1, 253-267.
- AÇIKGÖZ**, Aslı: Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul 2017.
- AKÇAAL**, Mehmet, “*İsviçre Medeni Kanunu’na Göre Kayyımlık Türleri*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 20, S. 2, 63-87.
- AKINCI**, Şahin: Roma Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 17. Bası, Konya 2022.
- BAYRAMOĞLU**, Necati Şükrü, “*Kısıtlama ve Vasi Atama Kararı İlanının Aleniyeti Sağlama Fonksiyonu ve İlan Nedeniyle Kişilik Haklarının İhlal Edilip Edilmediği Sorunu*”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 2020, S.2, (473-510).
- BERNARD**, Fernand, (Translated by Charles P. Sherman D.C.L.), The First Year of Roman Law, New Jersey 2009.
- BUCKLAND**, W. Warwick: The Main Institutions of roman Private Law, Cambridge 1965.
- DECLAREUIL**, Joseph, (Translated by E.A. Parker): Rome The Law - Giver, The History of Civilization, London 1927.
- DI MARZO**, Salvatore (Çev. Ziya Umur): Roma Hukuku, İstanbul 1954.
- DİNÇER ARAZ**, Nilgün, “*Roma Hukukunda Mirasçılık Vasfının Şartları*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2022, C. 80, S.4, 1223-1266.
- DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan: Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2015.
- DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan/ **GÜMÜŞ**, M. Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19. Bası, İstanbul 2024.
- ELPE**, M. Nezhik: Vasilik ve Kayyımlık Hukuku, Ankara 1967.
- ERTÜRK**, Fatih, “*Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE., Ankara 2010.
- GÖNENÇ**, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Kadın, İstanbul 2010.

- GÜNAL**, Nadi/ **ÜÇER**, Mehmet: Roma Hukuku Kavram ve Kurumları, İstanbul 2023.
- GÜNAL**, Nadi, “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, AÜHFD, Y. 1995, C. 44, S. 1, 425- 442.
- GÜNEŞ CEYLAN**, Seldağ, “Roma Hukukunda Kayyımlik (Cura) Müessesine Genel Bir Bakış”, AÜHFD, Y. 2004, C. 53, S. 1.
- GÜNEŞ CEYLAN**, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Velayet- Vesayet Hukuku, Ankara 2004, (**GÜNEŞ CEYLAN**, Vesayet).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006.
- HAUSHEER**, Heinz, (Çev. Bilge Öztan), “Türk-İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler”, TBB Dergisi, Y. 2008, C. 21, S. 76, 201- 216.
- HAUSHEER**, Heinz, (Çev. İbrahim Kaplan), İsviçre Medeni Kanunu’na (ZGB) Göre Yetişkinlerin Korunması Hukuku, Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 1, S. 1, 155-173, (**HAUSHEER**, ZGB).
- HONSELL**, Heinrich/ **VOGT**, N. Peter/ **GEISER**, Thomas, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage, Zürich 2014.
- İKİZLER**, Metin/ **TÜZÜNER**, Özlem: Medeni Hukuk- I, Ankara 2021.
- İNCEEL**, Murat: Roma ve Türk Hukukunda Vesayet, Yayım lanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara 2009.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Özcan: Roma Hukuku, Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış 18. Bası, Ankara 2020.
- KAYAK**, Sevgi, “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, Hacettepe HFD, Y. 2018, C. 8, S. 2, 249-302.
- KOÇ**, Nevzat, “Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 7, Özel sayı, (99-120).
- KOSCHHAKER**, Paul/ **AYİTER**, Kudret: Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1983.

- KÖPRÜLÜ**, Bülent/ **KANETİ**, Selim: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 1989.
- LONG**, George, “*William Smith, D.C.L., LL.D.: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, John Murray, London 1875*”, (<https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA/Law/home.html>, E.T. 16.07.2024).
- MOMMSEN**, Theodor/ **KRUEGER**, Paul/ **WATSON**, Alan: The Digest of Iustinian, Vol. II, Philadelphia 1985.
- MÜLLER**, Carl: Die Entmündigung wegen Verschwendung, Buchdruckerei Robert Noske, Borna Leipzig, 1910.
- ÖZTAN**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- RADO**, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2014.
- SCHWARZ**, Andreas B., (Çev. Türkan Basman): Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1943.
- TAHİROĞLU**, Bülent/ **ERDOĞMUŞ**, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul 2023.
- TAHİROĞLU**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2014.
- TEKİNAY**, Selahattin S.: Türk Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1990.
- UMUR**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987.
- UMUR**, Ziya: Iustinianus Institutiones, İstanbul 1968, (**UMUR**, Inst.).
- UMUR**, Ziya: Roma Hukuku, İstanbul 1974, (**UMUR**, 1974).
- UMUR**, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, (**UMUR**, Lügat).
- ÜÇER**, Mehmet: Roma Hukuku’na Giriş, 2. Bası, İstanbul 2020.
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı V.: Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar- Şahsın Hukuku- Aile Hukuku- Miras Hukuku- Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 3. Bası, İstanbul 1963.
- VILLEY**, Michel, (Çev. Bülent Tahiroğlu), Roma Hukuku Güncelliği, 7. Basısından (1979), İstanbul 2017.
- YAVUZ**, Cevdet/ **ERLÜLE**, Fulya/ **TOPUZ**, Murat: Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul 2017.

**ZEVKLİLER**, Aydın/ **ACABEY**, M. Beşir/ **GÖKYAYLA**, K. Emre: Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 1999.

**İnternet Kaynakları:**

<https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest27.shtml>, E.T. 18.09.2024.

<https://www.ilhanhelveaciailehukuku.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-406>, E.T. 06.09.2024.

*“Das Betreuungrecht- Informationen zu den Themen Betreuung und Vorsorge”*, (www. Justiz.bayern.de, E.T. 07.08.2024)



## VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA ZİNCİRLEME SUÇ

Prof. Dr. Berrin AKBULUT\*

### Öz

Vergi kaçakçılığı suçu, Vergi Usul Kanununun (VUK) 359. maddesinde düzenlenmiştir. VUK'un 359. maddesi, birçok bentten ve hükümden oluşan ve bu bentlerde birden fazla farklı suçun (a, b, c, ç ve d bentlerinde) düzenlendiği bir hükümdür. Kanun koyucu kaçakçılık suçlarıyla ilgili Vergi Usul Kanununun 359. maddesinde zincirleme suçla ilişkin belirleme de yapmıştır. Bu hüküm 15.04.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son fıkrası ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359. maddesine eklenmiştir. Zincirleme suç, Türk Ceza Kanununun (TCK'nın) genel hükümlerinde (m. 43) düzenlenen bir müessesedir. Türk Ceza Kanununun 5. maddesine göre de "TCK'nın genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmü gereğince de zincirleme suçla ilişkin 43. madde tüm suçlar için uygulanacaktır. Ancak kanun koyucu vergi suçlarında zincirleme suçun uygulanmasında bir suç işleme kararının hangi takvim yılıyla veya vergilendirme dönemiyle ilgili değerlendirileceğinde sorun yaşanması nedeniyle bu sorunu gidermek için Vergi Usul Kanununda böyle bir düzenlemeye gitmiştir. Vergi Usul Kanununun 359. maddesine eklenen bu fıkraya göre, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359. maddesinde düzenlenen suçların, birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme

\* Prof. Dr., Selçuk. Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Prof. Dr., Selçuk University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Konya, Türkiye.

✉ bakbulut@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-8045-2784

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AKBULUT, Berrin : "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2703-2733 .

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde Türk Ceza Kanununun 43. maddesi uygulanacaktır.

Bu çalışma, özellikle Vergi Usul Kanununun 359. maddesine eklenen zincirleme suça ilişkin fıkra kapsamında yapılacaktır. Önce zincirleme suça ilişkin getirilen hükmün neyi ifade ettiği açıklanacak, daha sonra konuyla ilgili Yargıtay'ın önceki uygulaması ile değişiklikten sonraki uygulaması belirtilecektir.

### **Anahtar Kelimeler**

- Vergi Usul Kanunu • Vergi kaçakçılığı suçu • İçtima • Gerçek içtima
- Zincirleme suç

## **SUCCESSIVE OFFENSE IN TAX EVASION CRIMES**

### **Abstract**

Tax evasion is regulated in Article 359 of the Tax Procedure Code (TPC). Article 359 of the TPC is a provision consisting of many subparagraphs and provisions, and more than one different crimes are regulated in these subparagraphs (subparagraphs a, b, c, ç and d). The legislator has also made a determination regarding successive offence in Article 359 of the TPC regarding crime of smuggling. This provision was added to Article 359 with the last paragraph of Article 4 of Law No. 7394, which entered into force after being published in the Official Gazette on 15.04.2022. Successive offence is an institution regulated under the general provisions (Art. 43) of the TPC. According to Article 5 of the TPC, "The general provisions of this Statute shall apply both to special criminal statutes and other statutes which include criminal penalties", Article 43 regarding the successive offence shall apply to all crimes. However, the legislator has made such an arrangement in the TPC in order to solve this problem due to the problem of which calendar year or taxation period a decision to commit a crime will be evaluated in the application of the successive offence in tax crimes. According to this paragraph added to Article 359 of the TPC, Article 43 of the TPC will be applied if the crimes regulated in Article 359 of the TPC No. 213 are committed within the scope of the execution of the same criminal decision within more than one calendar year or taxation period.

This study will be conducted specifically within the scope of the paragraph regarding the successive offence added to Article 359 of the TPC. Firstly, the meaning of the provision regarding the successive offence will be explained, then the previous practice of the Court of Cassation and the practice of the Court of Cassation after the amendment will be stated.

### **Keywords**

- Tax Procedure Law • Tax Evasion • Aggregation • Actual Aggregation
- Successive Offence

## GİRİŞ

Devletin en önemli gelir kaynağını vergiler oluşturmaktadır. Bu nedenle devlet verginin elde edilmesini sağlamak, verginin kaçırılmasını engellemek için bazı düzenlemelere başvurmaktadır. Verginin elde edilememesi ekonomiyi etkilediği gibi, devletin kamu hizmetinin yerine getirmesini de sekteye uğratmaktadır. Tarihi süreç içinde de devletler vergi almak ve verginin kaçırılmasını engellemek için farklı yöntemler kullanmışlardır.

Vergi Usul Kanunu m. 359’da vergi kaçırılmasını engellemek, ülke ekonomisine zarar verecek fiilleri yasaklamak için haksızlık içeriği daha fazla olan fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Daha az haksızlık içeriği olan fiiller ise VUK’da vergi kabahatleri olarak hükme bağlanmıştır. Vergi kaçakçılığı suçlarında aynı beyanname veya vergilendirme döneminde vergiyi kaçırmak için birçok belgenin kullanılması, vergi mükellefinin<sup>1</sup>, mükellefliği devam ettikçe değişik dönemlerde vergi yükümlülüğünün de var olması, kaçakçılık niteliğindeki aynı fiillerin işlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suçla ilişkin 2022 yılında 7394 sayılı Kanunla değişiklik yapılmasına rağmen 2024 Yargıtay kararları incelendiğinde uygulamanın hükmün uygulanmasında hala sorun yaşadığı anlaşılmıştır. Özellikle aynı suçun seçimlik hareketlerinin birden fazla takvim yılı veya farklı vergilendirme dönemi içinde gerçekleştirilmesinde uygulamanın doğru olmayan kararlar verdiği görülmüştür. Bu çalışma Yargıtay kararlarının ortaya konularak, seçimlik hareketli suçlarda farklı vergilendirme dönemi veya farklı takvim yıllarında farklı seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde sorunun nasıl değerlendirilmesine ilişkin çözüm getirmeye çalışmaktadır.

<sup>1</sup> VUK’un 8. maddesine göre, “Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu tettiğüden gerçek veya tüzel kişidir. Vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir. Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna mütaallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz. Bu kanunun mütaakıp maddelerinde geçen “mükellef” tabiri vergi sorumlularına da şamildir. (Ek: 24/6/1994-4008/1 md.; Değişik: 25/5/1995-4108/1 md.) Türkiye Cumhuriyeti tabiyetinde bulunan her gerçek kişi ile tüzel kişilere bir vergi numarası verilir. Bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esasları tespit etmeye ve vergi numarasının kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerce yapılacak işlemlerle ilgili kayıtlarda ve düzenlenecek belgelerde kullanılması mecburiyetini getirmeye Maliye Bakanlığı yetkilidir”.

## I. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Suç teşkil eden düzenlemeler, yapılması veya yapılmaması istenen davranış kurallarına yer veren hükümlerdir. Bu kurallara aykırı davranılması halinde ise ceza hukuku yaptırımı devreye girmektedir. Suç ve ceza içeren fiiller sadece Türk Ceza Kanununda yer almamaktadır. Özel ceza kanunlarında veya diğer kanunlarda da düzenlenebilmektedir. Vergi kaçakçılığı suçları da bunlardan biridir. Vergi kaçakçılığı suçu, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda düzenlenen bir suç grubudur. 359. maddede, yani aynı maddede, birbirinden farklı suçlar düzenlenmiştir. Hatta aynı bentte farklı nitelikteki suçlar (TCK'da farklı maddelerde ayrı suçlar olarak düzenlenen suçlar) seçimlik olarak hükme bağlanmıştır. Örneğin 359. maddenin a bendinde düzenlenen, tahrif etme veya gizleme ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak fiilleri seçimlik hareket niteliğindedir<sup>2</sup>. 359. maddede kaçakçılık suçunu oluşturan fiiller ağırlıklarına göre 5 bentte hükme bağlanmıştır. Bu bentlerde, "a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,

Hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmününün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.[132]

<sup>2</sup> Bu belirleme ve düzenlemenin eleştirisi için bkz.: AKBULUT, Berrin: "Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçu (VUK m. 359/b)", AD, 2023/2, S. 71, s. 654, 655.

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.

c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

ç) (Ek:29/4/2021-7318/4 md.) Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyen veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

d) (Ek:30/11/2022-7423/1 md.) 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun ile düzenlenen piyasalarda, Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetki verilip verilmediğine bakılmaksızın, mükerrer 257 nci maddenin birinci fıkrasının (6) numaralı bendi kapsamında vergi güvenliğini sağlamak amacıyla kullanılmasına zorunluluk getirilen özel etiket ve işaretlerle ürünlerin etiketlenmesi veya işaretlenmesi ve etiketlenen veya işaretlenen ürün bilgilerinin kurulan veri merkezine aktarılmasını sağlayan sisteme fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek Hazine ve Maliye Bakanlığınca elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini

*önleyenler veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* düzenlemesi yer almaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçları<sup>3</sup>, vergisel yükümlülükler aykırı davranışları cezalandırmaktadır. Vergi kaçakçılığı suçları, farklı nedenlerle

<sup>3</sup> Vergi kaçakçılığı suçlarıyla ilgili olarak bkz.: **TAŞTAN**, Mehmet, Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 81 vd.; **KARAKOÇ**, Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Ankara 2016, s. 273 vd.; **ŞENYÜZ**, Doğan/**YÜCE**, Mehmet/**GERÇEK**, Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 15. Baskı, Bursa 2024, s. 307, 308; **KARASLAN**, Mehmet: “Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkileri”, TBB Dergisi, Sayı 64, 2006, s. 119 vd.; **AĞAR**, Serkan: “Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları”, TBB Dergisi, Sayı 58, 2005, s. 278 vd.; **BİLİCİ**, Nurettin, Vergi Hukuku, 52. Baskı, Ankara 2021, s. 126 vd.; **ÖNER**, Erdoğan, Vergi Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2023, s. 175 vd.; **TAŞKAN**, Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 304 vd.; **KARAKOÇ**, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 387 vd.; **SABAN**, Nihal, Vergi Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2019, s. 395 vd.; **ÖNCEL**, Mualla/**KUMRULU**, Ahmet/**ÇAĞAN**, Nami/**GÖKER**, Cenker, Vergi Hukuku, 31. Baskı, Ankara 2022, s. 233 vd.; **KANETİ**, Selim/**EKMEKÇİ**, Esra/**GÜNEŞ**, Gülşen/**KAŞIKCI**, Mahmut, Vergi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2022, s. 331 vd.; **BATI**, Murat, Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 263 vd.; **ŞENYÜZ**, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, 11. Baskı, Bursa 2020, s. 436 vd.; **ÇOMAKLI**, Şafak Ertan/**AK**, Ahmet, Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler, Erzurum 2013, s. 43 vd.; **AYDOĞAN**, Dündar, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ankara 2022, s. 293 vd. Genel olarak vergi suç ve kabahatleri ile ilgili olarak bkz.: **TÜRKAL**, Hasan/**EKİCİ**, Mehmet Sena/**İNAN**, Mahmut: “Vergi Suç ve Kabahati Kavramı, 4369 Sayılı Yasa Öncesinden Günümüze Yürürlükteki Vergi Suçları – Kabahatleri ve Cezaları”, SUHFD, 2010, C. 18, S. 1, s. 48 vd.; **BİLİCİ**, Nurettin, Vergi Hukuku, 52. Baskı, Ankara 2021, s. 121 vd.; **ÖNER**, Erdoğan, Vergi Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2023, s. 149 vd.; **TAŞKAN**, Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 281 vd.; **KARAKOÇ**, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 412 vd.; **SABAN**, Nihal, Vergi Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2019, s. 438 vd.; **ÖNCEL**, Mualla/**KUMRULU**, Ahmet/**ÇAĞAN**, Nami/**GÖKER**, Cenker, Vergi Hukuku, 31. Baskı, Ankara 2022, s. 237 vd.; **KANETİ**, Selim/**EKMEKÇİ**, Esra/**GÜNEŞ**, Gülşen/**KAŞIKCI**, Mahmut, Vergi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2022, s. 371 vd.; **BATI**, Murat, Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 315 vd.; **ŞENYÜZ**, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, 11. Baskı, Bursa 2020, s. 1 vd.; **KARAKOÇ**, Yusuf: Vergi Ceza Hukuku, Ankara 2016, s. 38 vd.; **ÇOMAKLI**, Şafak Ertan/**AK**, Ahmet, Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler, Erzurum 2013, s. 3 vd.; **AYDOĞAN**, Dündar, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ankara 2022, s. 27 vd. Vergi kaçakçılığı suçunun boyutunun değerlendirilmesi için bkz.: Bulbul, Duran/Ozay Nihat, “Vergi Kaçakçılığı ve Boyutunun Türkiye ve AB Ekseninde Değerlendirilmesi”, Gümrük & Ticaret Dergisi, S. 7, Y. 2016, ss. 52-62, s. 53 vd.

işlenebilmektedir<sup>4</sup>. Ancak asıl hedef vergi vermemek veya az vergi vermek olmaktadır. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı suçlarıyla vergi gelirini korumak ve vergi kaybını önlemek amaçlanmaktadır. Ancak vergi kaçakçılığı suçu bazen de haksız kazancı ekonomiye katmak için de gerçekleştirilebilmektedir. Bu halde vergi kaçırılmamakta, tam tersine vergi verilmektedir. Kişi suçtan elde ettiği geliri sanki meşru yoldan elde etmiş izlenimi yaratmak için şirket kurmakta ve bu şirkette sahte belge veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek suretiyle gerçeğe uygun olmayan şekilde mal veya hizmet alımı göstermekte, suçtan elde edilen gelir ekonomiye dahil edilmektedir<sup>5</sup>. Belirtilen nedenlerle vergi kaçakçılığı suçlarıyla kişilerin haksız kazanç sağlaması, hazinenin zarara uğratılması engellenmek istenmekte, devletin vergilendirme hak ve yetkisi korunmak amaçlanmaktadır.

Kaçakçılık suçları ancak gerçek kişiler tarafından işlenebileceğinden tüzel kişiler veya tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin vergi mükellefi veya sorumlusu olması durumunda tüzel kişilerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri fail olabilecektir. Farklı suçlar aynı maddede düzenlendiği için herkes tarafından işlenen vergi kaçakçılığı suçu olduğu gibi (sahte belge düzenlemek gibi), ancak belirli kişiler tarafından işlenen vergi kaçakçılığı suçu da bulunabilmektedir (muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçu). Suçların mağduru ise toplumu oluşturan herkeştir.

Suçlar arasında zarar suçu (örneğin m. 359/b, ç, d), neticeli suç olanlar olduğu gibi sırf hareket suçu veya tehlike suçu niteliğinde olanlar da (sahte belge düzenlemek veya kullanmak suçu ile muhteviyatı itibariyle sahte belge<sup>6</sup> düzenleme veya kullanma suçu gibi) bulunmaktadır.

<sup>4</sup> Kaçakçılık suçlarının işlenmesindeki faktörler için bkz.: **KAHYA**, Yavuz: "Suç Teorileri Işığında Türkiye'de Kaçakçılık Olgusu: Toplumsal Nedenleri, Boyutları ve Algısı", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 15, S. 3, 2015, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/147563>, s. 162 vd.

<sup>5</sup> **AKBULUT**, Berrin: "Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Bu Belgeyi Kullanma Suçu", *SDÜHFD*, 2024, C. 14, S. 1, s. 7.

<sup>6</sup> Sahte belge suçu ile ilgili olarak bkz.: **ÜNAL**, Ertuğrul: "Vergi Usul Kanununun 359'uncu Maddesinin b Fıkrasında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu", *MÜHFHAD*, C. 27, S. 2, 2021, s. 1261 vd.

Kaçakçılık suçları kasten işlenebilen suçlardır. Taksirli şekli düzenlenmediğinden kastın bulunmadığı hallerde ceza vermek söz konusu olmayacaktır.

Vergi kaçakçılığı suçlarında soruşturma, vergi inceleme raporuna dayalı vergi suçu raporu ve idarenin mütalaasının Cumhuriyet başsavcılığına iletilmesi ile başlamaktadır (m. 367). Ancak suçun işlendiğinin diğer yollarla öğrenilmesi de mümkündür. Bu halde idareden inceleme istenmektedir. Her iki halde de idarenin mütalaası kovuşturma şartıdır<sup>7</sup>. Ancak Cumhuriyet savcısı mütalaa ile bağlı olmayıp, mütalaya rağmen iddianame düzenlemesi için aranan şartlar gerçekleşmemişse KYOK verebileceği gibi tersi durumda iddianame de düzenleyebilir.

## II. ZİNCİRLEME SUÇ

### A. Genel Olarak

Zincirleme suç, TCK'nın suçların İçtimai başlığını taşıyan 5. bölümünde 43. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *“bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır”*. Hükümden de anlaşıldığı gibi zincirleme suçun şartları, birden çok fiilin bulunması, fiillerin aynı suçları oluşturması, suçların aynı kişiye karşı gerçekleştirilmesi ve bir (aynı) suç işleme kararı şeklinde ifade edilebilir. Bir suç işleme kararı sübjektif şart olarak, diğer şartlar ise objektif şart olarak doktrinde nitelendirilmektedir<sup>8</sup>.

Zincirleme suçta, bir kişinin birden fazla suç teşkil eden fiili olmasına rağmen bir suç işleme kararıyla hareket ettiği için biri üzerinden artırım uygulanarak cezalandırılmaktadır. Gerçek içtimada birden fazla fiil, birden fazla suç ve birden fazla ceza varken; zincirleme suçta birden fazla

<sup>7</sup> ÜSTÜN, Ümit Süleyman: “Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 3-4, s. 312-313.

<sup>8</sup> İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972, s. 110 vd.



fiil, birden fazla suç, ancak tek ceza bulunmaktadır. Sadece sonuç açısından istisna teşkil etmektedir. Birden fazla suç olmasına rağmen tek ceza verilmesi söz konusu olduğu için suçların içtimaı kapsamında incelenmektedir.

Zincirleme suçun varlığı için birden fazla fiilin bulunması gerektiği için, somut olayda tipik hareket teklifinin veya doğal hareket teklifinin bulunmaması gerekir. Bir başka ifadeyle tek fiilin kabul edildiği hallerde fiil çokluğu bulunmadığından zincirleme suç da oluşmayacaktır (m. 43/1). Birden çok fiilin her birinin suç oluşturması gerekir. Yani suçun maddi unsurunun, manevi unsurunun ve hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi gerekir. İşlenen suçların zincirleme suç kapsamında değerlendirilebilmesi için her biri için haksızlığın unsurları dışındaki cezalandırılabilirlik şartlarının gerçekleşmesi (kusurluluğun bulunması, objektif cezalandırılabilirlik şartlarının gerçekleşmesi, şahsi cezasızlık veya cezayı ortadan kaldıran şahsi sebeplerin bulunmaması gerekir), muhakeme şartlarının (şikâyet, izin, talep gibi) varlığı, dava ve ceza ilişkisini düşüren sebeplerin (dava zamanaşımına uğramaması, genel affa tabi olmaması) bulunmaması gerekir. Şartlardan biri gerçekleşmemişse suç zincirleme suç ilişkisinde göz önüne alınmaz. Fiillerin değişik zamanda işlenmesi gerekir. Zaman aralığının kısa veya uzun olması mümkündür. Burada önemli olan bir suç işleme kararındaki birliktir<sup>9</sup>. Yargıtay ise zincirleme suç için mutlaka fiillerin değişik zamanda gerçekleştirilmesini aramakta, aynı zaman diliminde gerçekleştirilen hareketleri tek fiil, aksi durumda değişik zamanlarda gerçekleştirilmiş birden fazla fiilin varlığını kabul etmektedir. Yargıtay, değişik zamana ilişkin kanunda bir açıklık bulunmadığını ve önceden kesin belirlemelerin yapılmasının mümkün olmadığını, bu hususun her somut olayın ve işlenen suçun özelliği göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay, aynı zamanda kavramının dar yorumlanmayarak, çok kısa zaman aralıklarının da aynı zaman dilimi olarak kabul edilmesi gerektiğini benimsemektedir<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜ-YÜK, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2023, s. 588.

<sup>10</sup> CGK, 11.06.2013, E. 2013/13-303, K. 2013/296; CGK, 28.05.2013, E. 2013/14-35, K. 2013/266, kazanci.com.tr (E.T.12.04.2015).

Zincirleme suçun oluşması için değişik zamanlarda gerçekleştirilen fiillerin aynı suçu meydana getirmesi gerektirmektedir. Aynı suçun ne olduğu ise birinci fıkranın 2. cümlesinde, “*bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla suçların aynı olması için suçun temel şekli veya nitelikli şekli olması gerekir. Birden fazla suçun hepsinin temel şekli gerçekleştirilebileceği gibi, birinin temel şekli diğerlerinin nitelikli şekli olması da mümkündür.

Zincirleme suçun oluşması için aranan diğer bir şart olan suçların aynı kişiye karşı işlenmesi için mağdurların aynı olması gerekir<sup>11</sup>. Mağdurların farklı olduğu olaylarda zincirleme suç kuralları uygulanmayacaktır<sup>12</sup>. Toplum oluştururan herkesin mağdur olduğu suçlarda da zincirleme suç kuralları uygulanacaktır. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı suçlarında da zincirleme suç kuralları uygulanacaktır.

Zincirleme suçun oluşması için varlığı aranan bir suç işleme kararının varlığı ise zincirleme suçta birden fazla fiil ve suç bulunmasına rağmen tek sorumluluğun kabul edilmesinin nedenini oluşturmaktadır. Karar, kasttan farklı olup, kastı da içine alan, kişiyi harekete geçirici sübjektif etkeni, iradeyi ifade eder<sup>13</sup>. Baştan itibaren kurulan plan doğrultusunda

<sup>11</sup> “Banka ya da finans kuruluşları tarafından üretilen, banka veya kredi kartlarının ya da kart bilgilerinin, kartın hamile tesliminden önce ele geçirilerek menfaat temin edilmesi halinde, suçun mağduru ilgili banka olup; kullanım ve sağlanan çıkar miktarı, kastın yoğunluğu, suçların işleniş biçimleri gözetilerek TCK.nun 3 ve 61. maddeleri uyarınca alt sınırdan uzaklaşımak suretiyle ve kart sayısı gözetilerek zincirleme şekilde TCK.nun 245/1 ve 43. madde ve fıkraları uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kart sayısınca mahkumiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır”, Yargıtay 8. CD, 18.01.2016, E. 2015/14822, K. 2016/441, www.kazanci.com.tr (E.T.23.04.2016).

<sup>12</sup> “Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun mağdurunun kredi veya banka kartı sahibi kişi olduğu gözetilerek mağdur sayısınca uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde 1 kez zincirleme suç hükümleri uyarınca uygulama yapılması doğru değildir. Öte yandan, başkalarına ait banka veya kredi kartlarını ele geçirilerek yarar sağlanması suçunun mağduru kart sahibi olup, suçtan doğrudan zarar görmeyen bankanın davaya katılma hakkı bulunmadığı halde, katılan sıfatı ile davaya kabulüne karar verilip lehine vekalet ücreti tayin edilmesi yanlıştır”, Yargıtay 8. CD, 27.01.2016, E. 2015/14834, K. 2016/969, www.kazanci.com.tr (E.T.23.05.2016).

<sup>13</sup> Yargıtay’a göre, “Suç kastından daha geniş bir anlamı içeren suç işleme kararı, suç kastından daha önce gelen genel bir karar ve niyeti ifade etmektedir. Önce suç işleme kararı verilmekte ve bundan sonra bu genel kararın icrası farklı zamanlardaki suçlarla gerçekleştirilmektedir. Kararın gerçekleştirilmesi için gerekli suçların her birinde ayrı suç kastları, bir başka

işlenen fiillerde (örneğin, evi bir günde soyamayacağını düşünen kişinin farklı günlerde soymayı planlaması ve bunu gerçekleştirmesi gibi) bir suç işleme kararı bulunduğu gibi, başlangıçta kanun hükmünü bir defa ihlal etme iradesiyle hareket ettiği halde sonradan fiillerin devamına karar verilmesi halinde de zincirleme suç kabul edilmektedir. Fiilin icrası sırasında da failin, sonraki fiilleri işlemeye karar vermesi ve fiilleri gerçekleştirmesi halinde de zincirleme suçun sübjektif unsuru oluşmuştur. Bir suç işleme kararının failin hareketleri arasında bulunması gereken sübjektif bağ olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Her hareket önceki hareketin devamı olarak gözükiyorsa ve böylece failin tüm hareketleri arasında tek sübjektif bağlantı bulunuyorsa bir suç işleme kararının bulunduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde önceden plan kurmuş faile haksız ayrıcalık tanınacağı ifade edilmektedir<sup>14</sup>.

## B. Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç

Kanun koyucu, 7394 sayılı Kanunun 4. maddesiyle 213 sayılı Kanunun 359. maddesine bir fıkra ilave ederek vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suça ilişkin özel belirleme yapmıştır. Bu fıkraya göre, “*Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır*”. Kanun koyucu TCK’nın zincirleme suça ilişkin 43. Maddesinin, 5. maddedeki “*TCK’nın genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” hükmü gereğince tüm suçlar için uygulanmasına rağmen vergi kaçakçılığı sularında ayrıca belirleme yapmıştır. Vergi suçlarında zincirleme suçun uygulanmasında bir suç işleme kararının hangi takvim yılıyla veya vergilendirme dönemiyle ilgili değerlendirileceğinde sorun yaşanması nedeniyle<sup>15</sup> bu sorunu gidermek için Vergi Usul Kanununda 359. maddesinde böyle bir düzenlemeye gitmiştir. Düzenleme sadece belirtilen

---

*deyişle bir suç için gerekli olan maddi ve manevi unsurlar ayrı ayrı yer almaktadır. Böylece suç işleme kararı denilen genel plân, niyet veya karar, zinciri oluşturan ve her biri birbirinden bağımsız olan suçları birbirine bağlayan ortak bir zemini oluşturur”, CGK, 18.10.2018, E. 2018/11-216, K. 2018/456.*

<sup>14</sup> Bkz.: İÇEL, s. 130 vd.

<sup>15</sup> Eleştiri için bkz.: TAŞTAN, s. 432.

hususla ilişkin olup, bunun dışında zincirleme suçun şartları ve ceza yaptırımının belirlenmesi TCK'nın 43. maddesine göre belirlenecektir.

7394 sayılı Kanunla 359. maddeye eklenen fıkra gereğince, zincirleme suçun uygulanması için vergi kaçakçılığı suçlarının birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde işlenmesi ve suçların aynı suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Düzenlemeden kaçakçılık suçunun aynı takvim yılı veya aynı vergilendirme döneminde işlenmesi halinde birden fazla fiil ve zincirleme suç değil, tek fiil ve tek suçun bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Zincirleme suçun farklı takvim yılı veya farklı vergilendirme dönemi yanında aynı takvim yılı veya aynı vergilendirme döneminde de uygulanması istenseydi düzenlemenin daha farklı yapılması gerekirdi (örneğin “*suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde de TCK m. 43 uygulanır*” gibi). Zincirleme suç aynı vergilendirme veya takvim yılında uygulanmak isteniyorsa, düzenlemenin “*aynı veya farklı takvim yılı veya vergilendirme önemi olsa bile bir suç işleme kararıyla gerçekleştirilmesi şartıyla zincirleme suç kuralları uygulanır*” şeklinde yapılması doğru olurdu<sup>16</sup>.

Zincirleme suç düzenlemesinde geçen farklı vergilendirme dönemi, VUK'da tanımlanmamıştır. Ancak bazı maddelerinde (m. 26, 31, 35, 117, 366) vergilendirme dönemi ifadesi geçmektedir. Bazı kanunlarda ise vergilendirme döneminin neyi ifade ettiği gösterilmiştir (Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu ve Katma Değer Vergisi Kanunu). Hesap dönemi verilendirme dönemi kabul edilebildiği gibi, farklı bir tarih de belirlenebilmekte veya değişiklik yapmak için Maliye Bakanlığına da yetki verilebilmektedir. Dolayısıyla vergilendirme dönemi, “verginin türüne, vergilendirme usulüne, mükellef veya vergi sorumlusunun faaliyete göre vergilendirme (verginin tarhı) için vergi kanunlarında gösterilen veya kanunun verdiği yetki ile Maliye Bakanlığınca belirlenen dönem” olarak tanımlanabilir<sup>17</sup>. Zincirleme suç düzenlemesinde geçen diğer kavram olan takvim yılı kavramı normal hesap dönemini ifade etmektedir. Zira VUK'un 174. maddesine göre, “Hesap dönemi normal olarak takvim

<sup>16</sup> Bkz.: AKBULUT, Sahte Belge, s. 383.

<sup>17</sup> TAŞTAN, s. 29, 30.

yılıdır". Yine 174. maddeye göre defterler hesap dönemi itibariyle tutulmakta ve her hesap dönemi sonunda kapatılmaktadır. Kayıtlar ertesi dönem başında yeniden açılmaktadır. Takvim yılı dönemi, faaliyet ve işlemlerinin niteliğine uygun bulunmayanlar için müracaat etmeleri halinde Maliye Bakanlığı 12 şer aylık özel hesap dönemleri belli edebilmektedir. Yeniden işe başlama veya işi bırakma hallerinde ise, hesap dönemi içinde bir yıldan eksik olan faaliyet süresi, hesap dönemi sayılmaktadır. 174. maddeye göre özel hesap dönemi tayin edilenlerin ticari ve zirai kazançları, hesap dönemlerinin kapandığı takvim yılının kazancı sayılmaktadır. Görüldüğü gibi hesap dönemi ile vergilendirme dönemi birbirinden farklı olduğu için kanun koyucu zincirleme suçla ilişkin düzenlemesinde iki kavramı ayrı ayrı ifade etmiştir.

Yargıtay zincirleme suçla ilişkin hükmün ilave edilmesinden sonra verdiği kararlarda aynı seçimlik hareketin aynı vergilendirme veya takvim yılında olmasına veya farklı vergilendirme veya takvim yılında olmasına göre değerlendirme yapmaktadır. Aynı seçimlik hareket farklı vergilendirme döneminde işlenmişse zincirleme suç kuralının uygulanmasını kabul etmektedir. Örneğin 359/b'de düzenlenen sahte belge düzenleme fiillerinin farklı vergilendirme döneminde gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suç kurallarını uygulamaktadır: *"Bu kapsamda inceleme konusu dava dosyası değerlendirildiğinde; Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının, 23.12.2016 tarihli ve 2016/116252 Soruşturma, 2016/38437 Esas sayılı iddianamesi ile dava şartı olan komisyon mütalaasına uygun olarak sanık hakkında "sahte fatura düzenleme" suçundan dava açıldığı ve hükmün gerekçesinde de bu suçtan hüküm kurulduğu belirtildiği halde, hüküm fıkrasında suç adının "sahte fatura kullanma" olarak belirtilmesi hususu ile 2011 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme suçunu işlediği iddia ve kabul olunan sanık hakkında, 7394 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi ile eklenen 213 sayılı Kanun'un 359 uncu maddesinin beşinci fıkrası gereğince 5237 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle tek bir mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiği gözetilmeden, sanığın her takvim yılı yönünden ayrı ayrı mahkûmiyetine karar verilmesi Kanun'a aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerinde görülmüştür"*<sup>18</sup>. Buna karşılık aynı seçimlik

<sup>18</sup> Yargıtay 11. CD, 6.5.2024, E. 2023/5542, K. 2024/5956; "213 sayılı Kanun'un 359 uncu maddesine eklenen "Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya

hareket (örneğin aynı vergilendirme döneminde düzenlenen sahte belgeler açısından) aynı vergilendirme döneminde işlenmişse tek fiil ve tek suçun bulunduğunu kabul etmektedir: “7394 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi ile 213 sayılı Kanun’un 359 uncu maddesinin son fıkrasından önce gelmek üzere;

vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır.” fıkrası ve 5237 sayılı Kanun’un 66 n maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “Zamanaşımı, ... zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, ... itibaren işlemeye başlar” hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, dosya kapsamında toplanan delillere göre, sanığın farklı takvim yıllarındaki eylemleri arasında hukuki veya fiili kesintinin bulunmaması nedeniyle eylemlerin birden fazla takvim yılı içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında zincirleme şekilde gerçekleştirildiğinin anlaşılması karşısında, 2010 ve 2011 takvim yılları yönünden de suç tarihinin 2012 takvim yılında düzenlenen son fatura tarihi olduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hükümler kurulması, hukuka aykırı bulunmuştur”, Yargıtay 11. CD, 11.6.2024, E. 2024/1482, K. 2024/7985; “sanığın farklı takvim yıllarındaki eylemleri arasında hukuki veya fiili kesintinin bulunmaması nedeniyle eylemlerin birden fazla takvim yılı içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında zincirleme şekilde gerçekleştirildiğinin ve suça konu edilen faturaların son olarak 2012 yılında da düzenlendiğinin iddi olunduğunun anlaşılması karşısında; tüm takvim yıllarındaki eylemler bütün halinde değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken, 2009, 2009, 2010 ve 2011 takvim yılları hakkında düşme, 2012 takvim yılı hakkında mahkumiyet hükmü kurulmuş”, Yargıtay 11. CD, 8.5.2024, E. 2024/2225 K. 2024/6160; “Sanık hakkında düzenlenen ve dava şartı olan mütalaanın, 2010, 2011 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme eylemine ilişkin olduğu, Araç Cumhuriyet Başsavcılığının 04.05.2015 tarihli ve 2015/50 Karar sayılı kararı ile 2010 ve 2011 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme suçundan ayırma kararı verilerek, bu suçlar yönünden dosyanın Karabük Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği ve hakkında iddianame düzenlendiği, Karabük 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 24.10.2019 Tarihli ve 2016/317 Esas, 2019/623 Karar sayılı kararı ile sanık hakkında 2010 ve 2011 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme suçlarından mahkumiyet hükümleri kurulduğu ve kararın 10.12.2019 tarihinde kesinleştiği görülmekle; 15.04.2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7394 sayılı Kanun’un 4 ün maddesiyle 213 sayılı Kanun’un 359 uncu maddesine eklenen “Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır.” fıkrası gözetilerek anılan dosyanın getirtilerek incelenmesi, mümkün olması halinde davaların birleştirilmesi, aksi halde dava dosyası getirtilip incelenerek bu dosyayı ilgilendiren delillerin onaylı örneklerinin dosya içine alınması ve toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek anılan dosya bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi hukuka aykırı bulunmuştur”, Yargıtay 11. CD, 17.4.2024, E. 2024/228, K. 2024/5118; Aynı yönde Yargıtay 11. CD., E. 2024/1452 K. 2024/5125 T. 17.4.2024. “Sanığım aynı takvim yılında birden fazla muhteviyatı itibariyle yanılıcı belge düzenlediği ve muhteviyatı itibariyle yanılıcı belgelerin farklı beyanname dönemlerinde kullanıldığı kabul edilmesine rağmen zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması”, Yargıtay 11. CD, 4943/2005, 21.02.2024.

*“Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır.” hükmü uyarınca, ceza tayin edilirken zincirleme suç hükümlerinin bir kez uygulanabileceği, farklı takvim yıllarında sahte fatura düzenlenmesi ve fatura sayısının, temel cezanın ve zincirleme suç hükümlerinin alt ve üst sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınabileceği gözetilmeden, hükümlü hakkında yapılan uyarlamaya yargılamasında 5237 sayılı Kanun’un 43 üncü maddesinin iki kez uygulanması Kanun’a aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerinde görülmiştir”<sup>19</sup>, “sanığın sahte faturaları*

<sup>19</sup> “Konya Cumhuriyet Başsavcılığınca, yukarıda belirtilen değişiklik doğrultusunda uyarlama talep edilmesi üzerine duruşmalı olarak yapılan yargılama neticesinde, Konya 10. Asliye Ceza Mahkemesinin, 26.04.2023 tarihli ve 2022/305 Esas, 2023/297 Karar sayılı kararı ile hükümlü hakkında 2009, 2010, 2011, 2012 ve 2013 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme suçundan, 213 sayılı Kanun’un 359 uncu maddesinin (b) fıkrası, 5237 sayılı Kanun’un 43 üncü ve 62 nci maddeleri ile 7394 sayılı Kanun uyarınca; “...1-Sanığın üzerine atılı 2009, 2010, 2011, 2012 ve 2013 yıllarında sahte fatura düzenlemek suretiyle Vergi Usul Kanununa muhalefet suçunu işlediği sabit olduğu, 213 sayılı kanunun 7394 sayılı kanunun 4 ve 5. Maddeleri ile değişik 213 sayılı kanunun 359. maddesinin 3. 4 .5. Ve 6. Fıkra hükümlerine göre 4369 sayılı yasa ile değişik 213 sayılı vergi usul kanununun 359/b maddesinin daha lehe suçun işleniş biçimi göz önüne alınarak, eylemine uyan 4369 sayılı yasa ile değişik 213 sayılı vergi usul kanununun 359/b maddesi gereğince takdiren 3 YIL HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, Sanığın aynı takvim yılı içerisinde değişik zamanlarda suçu işlediği anlaşılmakla verilen cezada TCK’nun 43. Maddesi gereğince takdiren 1/4 oranında artırım yapılarak 3 YIL 9 AY HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, Sanığın farklı takvim yılları içerisinde birden çok kez zincirleme şekilde atılı suçu işlediği sabit olduğundan TCK’nun 43/1. maddesi uyarınca takdiren 1/4 oranında artırım yapılarak 4 YIL 8 AY 7 GÜN HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, Sanığa verilen cezadan, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları nedeniyle TCK 62/1 maddesi uyarınca takdiren 1/6 oranında indirim yapılarak 3 YIL 10 AY 25 GÜN HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, 7394 sayılı yasa ile 213 sayılı yasaya eklenen ek 4. Fıkrası uyarınca sanığın herhangi bir etkin pişmanlık göstermediği anlaşılmakla, söz konusu yasanın sanık le uygulanmasına yer olmadığına...” karar verilmiştir. 5. Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 20.06.2006 tarihli ve 2006/10-124 Esas, 2006/165 Karar sayılı kararında da belirttiği üzere, kesin hükümde değişiklik yargılaması (uyarlama yargılaması) sonucu verilen hükümler ile tayin olunan cezaların kazanılmış hak oluşturmayacağı, b hükümler yönünden cezada aleyhe değiştirme ilkesinin uygulanamayacağı kabul edilmiştir. 6. Bu kapsamda inceleme konusu dava dosyası değerlendirildiğinde; 7394 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesi ile 213 sayılı Kanun’un 359 uncu maddesinin son fıkrasından önce gelmek üzere; “Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır.” hükmü uyarınca, ceza tayin edilirken zincirleme suç hükümlerinin bir kez uygulanabileceği, farklı takvim yıllarında sahte fatura düzenlenmesi ve fatura sayısının, temel cezanın ve zincirleme suç hükümlerinin alt ve

aynı KDV beyannamesinde kullanması nedeniyle eyleminin tek bir sahte fatura kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini, Nedenleriyle hukuka aykırı bulunmuştur”<sup>20</sup>, “Sahte fatura kullanma suçunun, gerçekte herhangi bir mal alım satımına dayanmayan fatura bilgilerinin kaydedildiği beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesiyle oluşturduğu, bu itibarla sahte fatura kullanma suçları yönünden zincirleme suç hükmünün uygulanmasında kıstas olarak düzenlenen sahte fatura sayısının değil, farklı dönemlerde verilen beyanname sayısının dikkate alınmasının gerektiği ve genellikle kurumlar vergisi beyanının yılda bir kez tek bir beyanname ile vergi dairesine verildiği cihetle...dosya kapsamından sahte olduğu tespit edilen 16 adet faturanın 2010 yılının kurumlar vergisi beyannamesine konu edilerek bu beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesi ile kullanıldığı anlaşıldığından Özel Dairenin davaya konu olayda zincirleme suç hükmünün uygulanma şartları bulunmadığı şeklindeki kabulünün isabetli olduğu”<sup>21</sup>.

---

üst sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınabileceği gözetilmeden, hükümlü hakkında yapılan uyarılama yargılamasında 5237 sayılı Kanun’un 43 üncü maddesinin iki kez uygulanması Kanun’a aykırı olup, kanun yararıma bozma talebi yerinde görülmüştür”, Yargıtay 11. CD, 29.4.2024, E. 2023/5541 K. 2024/5625.

<sup>20</sup> Yargıtay 11. CD, 15.5.2024, E. 2024/1721, K. 2024/6632: “1. UYAP sistemi üzerinden yapılan incelemede, suça konu faturaları düzenleyen mükellefler hakkında ilgili yıllarda sahte fatura düzenleme suçundan verilen mahkûmiyet kararlarının onanmak suret kesinleştiğinin anlaşılması, Mahkemenin temel cezaı alt sınırdan uzaklaşarak belirlemesinde ve birden fazla vergilendirme döneminde birden fazla sahte faturayı bilerek kullanan sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığından sanık müdafinin temyiz sebepleri yerinde görülmemiştir”, Yargıtay 11. CD, 15.5.2024, E. 2024/2309, K. 2024/6665.

<sup>21</sup> “Vergi Dairesi Müdürlüğü mükellefi olan...İletişim Temizlik Ürünleri Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Tanıtım San. ve Tic. Ltd. Şti.nin yetkilisi olan sanık ...’in, 2010 yılında sahte fatura düzenlediği tespit edilen ... (Güneş İletişim) isimli firmaya ait 05.02.2010, 08.02.2010, 09.02.2010, 12.02.2010, 17.02.2010, 18.02.2010, 19.02.2010, 22.02.2010 (119782 fatura numaralı), 22.02.2010 (119802 fatura numaralı), 24.02.2010, 25.02.2010 (119805 fatura numaralı), 25.02.2010 (119806 fatura numaralı), 26.02.2010 (119786 fatura numaralı), 26.02.2010 (119787 fatura numaralı), 27.02.2010 (119789 fatura numaralı) ve 27.02.2010 (119807 fatura numaralı) tarihli 16 adet faturayı yasal defterlerine kaydettiği ve bu faturaları kurumlar vergisi beyannamesinde kullanarak vergi kaybına neden olduğunun iddia ve kabul edildiği olayda; Sahte fatura kullanma suçunun, gerçekte herhangi bir mal alım satımına dayanmayan fatura bilgilerinin kaydedildiği beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesiyle oluşturduğu, bu itibarla sahte fatura kullanma suçları yönünden zincirleme suç hükmünün uygulanmasında kıstas olarak düzenlenen sahte fatura sayısının değil, farklı dönemlerde verilen beyanname sayısının dikkate alınmasının gerektiği ve genellikle kurumlar vergisi beyanının yılda bir kez tek bir beyanname ile vergi dairesine verildiği cihetle; sanığın yetkilisi



olduğu...İletişim Temizlik Ürünleri Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Tanıtım San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında düzenlenen 09.10.2013 tarihli ve 81 sayılı vergi inceleme raporu ile eki tutanakta yer alan; mükellef kurumun sahte fatura düzenlediği tespit edilen ... (Güneş İletişim) isimli firmaya ait toplam 156.230 TL tutarıdaki 2010 yılının Şubat ayında düzenlenen 16 adet faturayı maliyetlerine intikal ettirerek vergi kaybına sebep olduğu yönündeki tespitler ile 01.09.2014 ve 15.06.2020 tarihli bilirkişi raporlarında bulunan; sanığın, toplam tutarı 156.230 TL olan 16 adet kontör satışına ilişkin faturayı Şirketin yasal defterlerine kaydedip kullandığı, kullanılan bu sahte faturalar nedeniyle 31.246 TL kurumlar vergisi kaybına neden olduğu şeklindeki tespitler göz önünde bulundurularak suça konu faturaların tamamının 2010 yılının Şubat ayında düzenlendiği ve bu faturaların 2010 yılının kurumlar vergisi yönünden tek bir beyannameye konu edilerek kullanıldığı, belirtilen beyan dışında farklı bir beyana konu edildiğine dair dosya kapsamında herhangi bir delil de bulunmadığı hususları bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, dosya kapsamından sahte olduğu tespit edilen 16 adet faturanın 2010 yılının kurumlar vergisi beyannamesine konu edilerek bu beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesi ile kullanıldığı anlaşıldığından Özel Dairenin davaya konu olayda zincirleme suç hükmünün uygulanma şartları bulunmadığı şeklindeki kabulünün isabetli olduğu sonucuna varılmalıdır”, CGK, 04.10.2022, E. 2022/192, K. 2022/606; “...Vergi Dairesi Müdürlüğü mükellefi ...Yazılım Donanım ve Bilgisayar Sarf Ürünleri İth. İhr. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti.’nin yetkilisi olan sanık ...’in, 2010 yılında sahte fatura düzenlediği tespit edilen... Grup İnş. Elekt. Pet. Med. Kırt. Otom. Temz. San. Ltd. Şti.’ye ait 04.05.2010, 11.05.2010, 18.05.2010 ve 26.05.2010 tarihli dört adet faturayı yeşil defterine kaydettiği ve bu faturaları 2010 yılının Mayıs ayı KDV beyannamesinde kullanarak indirim konusu yaptığının iddia ve kabul edildiği olayda; Sahte fatura kullanma suçunun, gerçekte herhangi bir mal alım satımına dayanmayan fatura bilgilerinin kaydedildiği beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesiyle oluştuğu, bu itibarla sahte fatura kullanma suçları yönünden zincirleme suç hükmünün uygulanmasında kıstas olarak düzenlenen sahte fatura sayısının değil, farklı dönemlerde verilen beyanname sayısının dikkate alınmasının gerektiği cihetle; sanığın yetkilisi olduğu ...Yazılım Donanım ve Bilgisayar Sarf Ürünleri İth. İhr. Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında düzenlenen 17.09.2012 tarihli ve 1071/28 sayılı vergi inceleme raporu ile eki tutanakta yer alan; mükellef kurumun, 19.10.2011 tarihli ve 2132/14 sayılı vergi tekniği raporuyla sahte fatura düzenlediği tespit edilen... Grup İnş. Elekt. Pet. Med. Kırt. Otom. Temz. San. Ltd. Şti.’ye ait 04.05.2010, 11.05.2010, 18.05.2010 ve 26.05.2010 tarihli dört adet faturayı yeşil defterine kaydettiği ve bu faturaları ilgili dönem KDV beyannamesinde kullanarak indirim konusu yaptığı yönündeki tespitler ile 21.02.2014 tarihli bilirkişi raporunda bulunan; sanığın suça konu dört adet faturayı Şirketin yasal defterine kaydedip 2010 yılının Mayıs ayı KDV beyannamesinde indirim konusu yaptığı şeklindeki tespit göz önünde bulundurularak suça konu faturaların tamamının 2010 yılının Mayıs ayında düzenlendiği, aynı ay içerisinde tek bir beyannameye konu edilerek kullanıldığı, belirtilen ay dışında farklı bir vergilendirme döneminin KDV beyannamesine konu edildiğine dair dosya kapsamında herhangi bir delil bulunmadığı hususları bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, dosya kapsamından sahte olduğu tespit edilen dört adet faturanın 2010 yılının Mayıs ayı KDV beyannamesine konu edilerek bu beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesi ile kullanıldığı anlaşıldığından Özel Dairenin davaya konu olayda zincirleme suç hükmünün uygulanma şartları bulunmadığı şeklindeki kabulünün isabetli olduğu sonucuna varılmalıdır”, CGK, 22.09.2022, E. 2021/433, K. 2022/575.

Sahte belgenin vergi dairesine verilmesinden sonra devam eden dönemlerde verilen beyannamelerde de sahte belge kullanılmışsa yeni bir kullanma fiili işlenmiş olacaktır. Bu takdirde bir suç işleme kararı varsa zincirleme suç kuralları uygulanabilecektir. “*Vergi Dairesi Müdürlüğü mükellefi olan...İletişim Temizlik Ürünleri Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Tanıtım San. ve Tic. Ltd. Şti.nin yetkilisi olan sanık ...'in, 2010 yılında sahte fatura düzenlediği tespit edilen ... (Güneş İletişim) isimli firmaya ait 05.02.2010, 08.02.2010, 09.02.2010, 12.02.2010, 17.02.2010, 18.02.2010, 19.02.2010, 22.02.2010 (119782 fatura numaralı), 22.02.2010 (119802 fatura numaralı), 24.02.2010, 25.02.2010 (119805 fatura numaralı), 25.02.2010 (119806 fatura numaralı), 26.02.2010 (119786 fatura numaralı), 26.02.2010 (119787 fatura numaralı), 27.02.2010 (119789 fatura numaralı) ve 27.02.2010 (119807 fatura numaralı) tarihli 16 adet faturayı yasal defterlerine kaydettiği ve bu faturaları kurumlar vergisi beyannamesinde kullanarak vergi kaybına neden olduğunun iddia ve kabul edildiği olayda; Sahte fatura kullanma suçunun, gerçekte herhangi bir mal alım satımına dayanmayan fatura bilgilerinin kaydedildiği beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesiyle oluştuğu, bu itibarla sahte fatura kullanma suçları yönünden zincirleme suç hükmünün uygulanmasında kıstas olarak düzenlenen sahte fatura sayısının değil, farklı dönemlerde verilen beyanname sayısının dikkate alınmasının gerektiği ve genellikle kurumlar vergisi beyanının yılda bir kez tek bir beyanname ile vergi dairesine verildiği cihetle; sanığın yetkilisi olduğu...İletişim Temizlik Ürünleri Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Tanıtım San. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında düzenlenen 09.10.2013 tarihli ve 81 sayılı vergi inceleme raporu ile eki tutanakta yer alan; mükellef kurumun sahte fatura düzenlediği tespit edilen ... (Güneş İletişim) isimli firmaya ait toplam 156.230 TL tutarındaki 2010 yılının Şubat ayında düzenlenen 16 adet faturayı maliyetlerine intikal ettirerek vergi kaybına sebep olduğu yönündeki tespitler ile 01.09.2014 ve 15.06.2020 tarihli bilirkişi raporlarında bulunan; sanığın, toplam tutarı 156.230 TL olan 16 adet kontör satışına ilişkin faturayı Şirketin yasal defterlerine kaydedip kullandığı, kullanılan bu sahte faturalar nedeniyle 31.246 TL kurumlar vergisi kaybına neden olduğu şeklindeki tespitler göz önünde bulundurulup suça konu faturaların tamamının 2010 yılının Şubat ayında düzenlendiği ve bu faturaların 2010 yılının kurumlar vergisi yönünden tek bir beyannameye konu edilerek kullanıldığı, belirtilen beyan dışında farklı bir beyana konu edildiğine dair dosya kapsamında herhangi bir delil de bulunmadığı hususları bir bütün hâlinde*

değerlendirildiğinde, dosya kapsamından sahte olduğu tespit edilen 16 adet faturanın 2010 yılının kurumlar vergisi beyannamesine konu edilerek bu beyannamenin ilgili vergi dairesine verilmesi ile kullanıldığı anlaşıldığından Özel Dairenin davaya konu olayda zincirleme suç hükmünün uygulanma şartları bulunmadığı şeklindeki kabulünün isabetli olduğu sonucuna varılmalıdır” şeklinde belirleme yapmıştır. Yine bir başka kararında, “Aynı isteme yazısı ile birden fazla takvim yılına ait defter ve belgelerin incelenmek üzere ibrazının talep edilmesi halinde, tek bir “defter ve belge gizleme” suçunun oluşacağı gözetilmeden zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini” şeklinde belirleme yapmıştır<sup>22</sup>. Yargıtay’ın aynı vergilendirme döneminde düzenlediği birden fazla sahte belge ile ilgili olarak zincirleme suçu uyguladığı kararları da bulunmaktadır<sup>23</sup>.

Yargıtayın belirlemesi yukarıdaki gibi olmakla birlikte farklı vergilendirme döneminde veya takvim yıllarında farklı seçimlik hareketler gerçekleştirilmişse zincirleme suç kuralını uygulamamaktadır. Zira Yargıtay’a göre burada artık aynı suçlar değil farklı suçlar gerçekleştirilmiştir. Yargıtay farklı takvim yıllarının birinde sahte belge düzenleme, diğerinde kullanmadan dava açılan olayda zincirleme suçun uygulanmayacağına, gerçek içtimanın uygulanmasına ilişkin karar vermiştir: “2010 takvim yılında sahte fatura kullanma ve 2011 takvim yılında sahte fatura düzenleme suçlarından açılan kamu davası neticesinde yapıla yargılamada, her iki suç yönünden ayrı ayrı mahkûmiyet hükümleri kurulduğu ve yapılan uyarla yargılamasında da zincirleme suç hükümlerinin uygulanmadığı anlaşılmış ise de; sanığın 2010 takvim yılında farklı mükellefler tarafından düzenlenen sahte faturaları kullanması ve 2011 takvim yılında da komisyon karşılığı farklı mükelleflere sahte fatura düzenlemesi şeklinde gerçekleşen eylemlerinin birbirinden bağımsız ve ayrı suçları oluşturduğu, bu eylemlerin aynı suç kavramı içinde

<sup>22</sup> Yargıtay 11. CD, 15.5.2024, E. 2023/6897, K. 2024/6190.

<sup>23</sup> “Aynı takvim yılı içinde farklı tarihlerde birden fazla sahte fatura düzenleme eyleminin zincirleme suç oluşturduğu ve sanık hakkında 5237 sayılı Kanun’un 43 üncü maddesi hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır”, 11. CD., E. 2023/3498 K. 2024/481 T. 16.1.2024; “Kabule göre de; 2012 takvim yılında farklı tarihlerde birden fazla sahte fatura düzenlediğinin tespit edilmesine karşın sanık hakkında 5237 sayılı Kanun’un 43 üncü maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması, nedenleriyle hukuka aykırı bulunmuştur”, Yargıtay 11. CD, 7.2.2024, E. 2023/1817, K. 2024/1194.

değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanma olanağının bulunmadığı, dosya kapsamına göre vergi borcunun da ödenmediği anlaşılmakla; kanun yararına bozma isteminin reddine karar vermek gerekmiştir”<sup>24</sup>. Yargıtay seçimlik hareket ve tek ceza ile aynı suç kavramını

<sup>24</sup> Yargıtay 11. CD, 12.2.2024, E. 2023/6725, K. 2024/1465; “İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 30.04.2015 tarihli iddianamesi ile sanık hakkında, 2010, 2011 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura kullanma suçundan kamu davası açıldığı, 2011 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme suçundan açılmış bir dava bulunmadığı gibi birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olan “sahte fatura düzenleme” ve “sahte fatura kullanma” suçlarının birbirine dönüşmeyeceği gözetilmeden, sanık hakkında 2011 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması, 2. 15.04.2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7394 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesiyle 213 sayılı Kanun’un 359 uncu maddesine eklenen “Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır.” fıkrası ve 5237 sayılı Kanun’un 66 n maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “Zamanaşımı, ... zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, ... itibaren işlemeye başlar” hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, dosya kapsamında toplanan delillere göre, sanığın farklı takvim yıllarındaki eylemleri arasında hukuki veya fiili kesintinin bulunmaması nedeniyle eylemlerin birden fazla takvim yılı içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında zincirleme şekilde gerçekleştirildiğinin anlaşılması karşısında, 2010 takvim yılında sahte fatura kullanma eylemi nedeniyle zamanaşımı süresinin dolmadığı gözetilmeden düşme kararı verilmesi”, Yargıtay 11. CD, 24.4.2024, E. 2024/2059, K. 2024/5339. Aynı yönde Yargıtay 11. CD, 24.4.2024, E. 2024/2059, K. 2024/5339; “1. Sanık hakkında 2010, 2011 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma suçlarından açılan kamu davasında; 15.04.2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7394 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesiyle 213 sayılı Kanun’un 359 uncu maddesine eklenen “Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanununun 43 üncü maddesi uygulanır.” ve 5237 sayılı Kanun’un 66 ncı maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “Zamanaşımı, ... zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, ... itibaren işlemeye başlar.” hükümleri dikkate alınarak, 213 sayılı Kanun’un 359 uncu maddesinde, 7394 sayılı Kanun’un dördüncü ve beşinci maddeleriyle yapılan değişiklikle nedeniyle, 213 sayılı Kanun’un söz konusu değişiklikten önceki ve sonraki hükümlerinin ayrı ayrı ve bir bütün olarak uygulanarak birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle lehe Kanun’un tespit edilmesi ve her iki Kanun’la ilgili uygulamanın gerekçeleriyle birlikte denetime olanak verecek şekilde ayrıntılı olarak gerekçeli kararda gösterilmesi suretiyle sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, 2010 takvim yılında sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma suçlarından açılan kamu davasında olağanüstü zamanaşımı süresinin gerçekleştiğinden bahisle düşme, 2011 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma suçlarından 7394 sayılı Kanun’la değişik 213 sayılı Kanun’un 359 uncu maddesinin lehe olduğu kabul edilip mahkûmiyet kararı verilerek karma uygulama yapılması, 2. Kabule göre de; sahte fatura düzenleme ve sahte fatura kullanma suçları birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olup birbirine dönüşmeyeceği, her suç için ayrı hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, 2010 takvim yılında sahte fatura düzenleme ve sahte fatura

ayırt etmede sorun yaşamıştır. Seçimlik hareketlerin<sup>25</sup> öngörüldüğü suçlarda bu hareketlerden yalnızca birinin yapılması suçun oluşması yeterlidir. Seçimlik hareketlerden birkaçının veya hepsinin gerçekleşmesi suçun birden fazla işlendiği anlamına gelmemekte, suç bir defa işlenmiş kabul edilmektedir. Ancak seçimlik hareketlerden birkaçının gerçekleştirilmesi TCK m. 61 gereğince cezanın belirlenmesinde göz önüne alınmaktadır. Seçimlik hareketlerden birkaçının gerçekleştirilmesinin tek suç oluşturması için seçimlik hareketlerin aynı konuya ilişkin olması gerekir. Seçimlik hareketlerin her birinin konusu farklı ise birden fazla işlenmiş suç söz konusudur. Birden fazla suçun işlenmiş olması, farklı suçların oluştuğu anlamına gelmez. Aynı suçun işlendiğini gösterir. Bilindiği gibi TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrasına göre, *“bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır”*. Dolayısıyla suçun değişmesi için suçun temel şeklinin veya nitelikli şeklinin dışında başka bir suçun gerçekleştirilmesi gerekir. Seçimlik hareketin değişmesi suçun değiştiği anlamına gelmez. Farklı seçimlik hareketlerin farklı konular üzerinde işlenmesi aynı suçun birden fazla işlenmesi anlamına gelmektedir. Aralarında bir suç işleme kararı bulunmak şartıyla zincirleme suç kuralları uygulanacaktır. Aynı suç gerçekleştiriliyorsa bir suç işleme kararı da gerçekleşebilir. Aksine uygulama seçimlik hareketli tüm suçlarda farklı hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suçun uygulanmaması sonucunu doğurur. Örneğin aynı kişinin iki farklı arabasından birini bir gün bozan diğerini de başka bir gün aynalarını kırmak suretiyle zarar veren kişi için zincirleme suç kabul edilmeyecek, her bir araba için ayrı ayrı ceza verilmesi gerekecektir. Bu şekilde kabul hem 43. madde düzenlemesine aykırı hem de kişilerin aleyhine uygulama yapılması niteliği taşır. Nitekim Yargıtay mala zarar verme suçlarında zincirleme suçu uygulamaktadır: *“Sanığın, olay günü saat: 23.00 sıralarında katılan ...'a ait aracı ateşe verdikten sonra saat: 04.00 sıralarında katılanlara ait evin pencere altına benzin dökerek yaktığı olayda, sanık hakkında aynı suç işleme icrası kapsamında katılanlara karşı gerçekleştirdiği yakarak mala zarar verme eylemleri nedeniyle*

---

*kullanma suçlarından tek hüküm kurulması”, Yargıtay 11. CD, 22.5.2024, E. 2023/6556, K. 2024/7127.*

<sup>25</sup> Seçimlik hareket konusunda bkz.: Kaya, Ramazan/Kılıç, Numan, Karşı Oy Yazısı, CGK, 02.10.2024, E. 2024/11-280, K. 2024/279.

TCK'nın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanarak hüküm kurulması gerekirken ... şekilde karar verilmesi aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır"<sup>26</sup>. Dolayısıyla Yargıtay'ın vergi kaçakçılığı suçlarıyla ilgili yaptığı değerlendirme doğru değildir. Seçimlik konulu suçlarda bile zincirleme suçun uygulanması kabul edilirken seçimlik hareketli suçlarda kabul edilmemesi hukuka uygun olmayacaktır. Zira seçimlik konulu suçlarda da hareketin veya hareketlerin farklı konular üzerinde gerçekleştirilmesi söz konusu olabilmektedir. Eğer farklı konular üzerinde farklı zamanlarda fiil gerçekleştirilmişse (hareket tekliği söz konusu değilse) tek suç oluşmayacak, suçun birden fazla gerçekleştirilmesinden bahsedilecektir. Zincirleme suçun şartları gerçekleşmişse zincirleme suç kuralları uygulanabilecektir. Örneğin önce ibadethaneye, daha sonra mezarlığa zarar veren kişi 153. maddeyi iki defa ihlal etmiş olacaktır. Yine bir seferinde başkasının yerine ceza infaz kurumuna giren kişi, bir başka seferinde tutukevine girmişse TCK m. 291'i iki defa ihlal etmiş

<sup>26</sup> Yargıtay 6. CD, 8.11.2022, E. 2021/17058 K. 2022/15459; "Dosya kapsamına göre, sanığın 01/01/2015 tarihinde müşteki ... tarafından işletilen ... Bahane isimli işyerine üzerinde bulunan anahtarla girip içeride bulunan malzemeleri üst üste yakması ve 06/01/2015 tarihinde iş yerinin camını kırdıktan sonra içerideki malzemeleri yakması şeklindeki eylemlerinden dolayı, ...38. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/30 esas sayılı dosyasındaki suçun 01/01/2015 tarihinde işlendiği, bu suçla ilişkin iddianamenin ise 12/01/2015 tarihinde düzenlendiği, diğer taraftan ... 34. Asliye C Mahkemesinin 2015/491 esas sayılı dosyasındaki aynı neviden suçun 06/01/2015 tarihinde işlendiği, bu suçla ilişkin iddianamenin de 11/05/2015 tarihinde düzenlendiği anlaşılmalıdır; söz konusu iddianamelerin atılı suçlar işlendikten sonra düzenlenmeleri ve suç tarihlerinin yakınlığı dikkate alındığında hukuki kesintinin gerçekleşmediği ve her iki dosyada da sanığın üzerine atılı eylemlerin aynı mahiyette olduğu, dolayısıyla bu eylemlerin bir suç işleme kararı icrası kapsamında gerçekleştiğinin kabulü ile dosyaların birleştirilmesinden sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43.maddesinde öngörülen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeksizin, her bir eylem için ayrı ayrı ceza verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur", Yargıtay 2. CD, 22.6.2021, E. 2021/8771, K. 2021/12798; "1-Müşteki beyanları, sanıkların kolluk beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, sanık ...'in 19.08.2012 günü saat 16:00 sıralarında müştekinin iş yerinin aydınlatma kablolarını kestiği, 20.08.2012 günü saat 03:00 sıralarında ise müştekiye ait dükkanda, yanında getirdiği yanıcı maddeyi gazete kağıdına dökerek attığı ve çıkan yangın sonucu işyerinin kapı ve vitrin çerçevesi, klima ve elektrik borularının yanmasına sebep olduğunun anlaşılması karşısında, sanıkların eyleminin zincirleme biçiminde gerçekleştiği ve haklarında 5271sayılı CMK'nın 226'ncı maddesi uyarınca ek savunma hakkı tanınarak, TCK'nın 43. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden eylemin tek suç kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayini", Yargıtay 13. CD, 18.6.2020, E. 2020/2620, K. 2020/5879.

olacak, dolayısıyla da iki suç işlemiş sayılacaktır. Bir suç işleme kararı olmak şartıyla zincirleme suç kuralları uygulanacaktır<sup>27</sup>.

Yukarıda yaptığımız belirleme vergi kaçaklığı suçundaki tüm seçimlik hareket olarak düzenlenen suçlar açısından geçerlidir. Örneğin VUK m. 359/b'de farklı suçlar seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla failin m. 359/b'de yer alan sahte belge düzenleme veya kullanma hareketi dışındaki fiilleri gerçekleştirmesi halinde de konu aynı olmak şartıyla tek suç oluşacaktır. Yargıtay sahte fatura düzenleme ile defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçlarının aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesini kabul etmemektedir<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> AKSAN, Murat: "Başkası Yerine Ceza Infaz Kurumuna veya Tutukevine Girme Suçu (TCK m. 291)", SDÜHFD, C. 9, S. 2, 2019, s. 382.

<sup>28</sup> Yargıtay'a göre: "Doktrinde durum incelendiğinde "Dikkat etmek gerekir ki; seçimlik hareketli suçlarda suçun konusu değişmemektedir. Bu seçimlik hareketlerden her biri aynı konu üzerinde, aynı konu ile ilgili ola gerçekleşebilmektedir. Bu itibarla seçimlik hareketli suçlardan söz edebilmek için seçimlik hareketlerin aynı konuya ilişkin olması gerekir. Suç tanımına ilişkin kanun madde-sinde birden fazla harekete seçimlik olarak yer verilmiş olmakla birlikte bunların ilişkin olduğu konuların birbirinden farklı olması halinde artık seçimlik hareketli suç söz konusu değildir. Özellikle 5237 sayılı Kanun dışındaki kanunlarda yer alan suç tanımlarında bu durumla karşılaşmaktadır. Bu durumda kanun maddesindeki her bir konuya ilişkin hareket ayrı suç oluştur-maktadır" (Türk Ceza hukuku Genel Hükümler Seçkin yayıncılık 10. Bası Sayfa 166) Seçimlik hareketli suçlarda birden fazla seçimlik hareketin birlikte icrası suretiyle işlenen suçların tek suç olduğu hususunda bir ihtilaf olmamakla birlikte bu durum ancak suç konusu değişmeden aynı suç konusuna ilişkin olması haline münhasır olduğu suç konusunun değişmesi halinde ise her bir seçimlik hareketin bir birinden bağımsız ve ayrı suçlara konu olacağı gerek doktrin ve gerekse istikrar kazanmış Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Özel Daire içtihatları ile kesinlik kazanmış olup sahte fatura düzenleme ile defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçlarının aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi mümkün görülmediğinden Dairemizin istikrarlı içtihatlarına uygun olarak ayrı ayrı suçlar olduğu kabul edilmiş, Yargıtay Ceza Kurulunun 04.03.2008 tarihli ve 47/43 sayılı kararında açıkladığı üzere, sahte fatura düzenleme suçundan eleştiri konusu yapılan ve sanığın gerçekte alması gereken ceza miktarından daha az bir ceza almasına yol açan mahkeme uygulamasının sanık lehine olması nedeniyle bu yanlış uygulamada yapılan hatadan ötürü ikinci kez atıfet sağlayacak şekilde bozma yapılması adalet ve hakkaniyete uygun olmayacağından sahte fatura düzenleme suçundan kurulan hükümde takdiri indirim nedeninin uygulanmaması bozma nedeni yapılmamış olup Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır", Yargıtay 11. CD, 25.6.2024, E. 2024/3434, K. 2024/8357.

Yargıtay'ın belirlemesi yukarıdaki gibi olmakla beraber yeni tarihli kararında (2 Ekim 2024 tarihinde) seçimlik hareketli suç olan m. 359/b ile ilgili yaptığı değerlendirmede konunun aynı olmasının neyi ifade ettiğine açıklık getirmiştir. Yargıtay'a göre, kanun, belgelerin nesnel olarak ayniyetine ilişkin bir şart öngörmüş değildir. Dolayısıyla Yargıtay kendi düzenlediği sahte belgelerle birlikte başkası tarafından düzenlenen sahte belgeleri aynı beyannamede kullanan kişinin eylemini tek suç olarak kabul etmektedir. Yargıtay'a göre, belgelerin tür, amaç ve işlevleri aynı olduğundan maddi konunun da aynı olduğunun kabulü gerekir<sup>29</sup>: *"Seçimlik hareketli suçlarda "suçun maddi konusunun aynı olması" gerektiğinde kuşku bulunmamakta ise de "aynıyet"ten ne anlaşılması gerektiği hususunun, mahkûmiyete konu suç bakımından, VUK'un 359. maddesinin b fıkrasının yukarıda yer verilen hususiyetleri çerçevesinde değerlendirilmesinde zorunluluk vardır. Çünkü suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Farklı fiillerle de olsa ihlal edilen norm aynı ve tek normdur ve farklı fiiller için bir tek müeyyide öngörmektedir. Kanun, belge(ler)in tür itibarıyla ayniyeti değil nesnel olarak ayniyetine ilişkin bir şart öngörmüş değildir. Kullanılan belgenin başkası tarafından düzenlenip düzenlenmediği, kanun vazunun önem atfettiği bir özellik olarak kanun metnine yansıtılmamıştır. Diğer taraftan komisyon almak suretiyle haksız kazanç sağlamak için sahte belge düzenleyenlerin ayrıca ve doğrudan "düzenleyen" olarak cezalandırılmaları ya da ihtimale göre hukuki durumlarının VUK'un 360. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olduğundan, norm ile korunan hukuki değer ve maddi konunun kendine özgü, vergi kaçakçılığını önlemeye matuf karakteri nazara alındığında, özellikle kullanmak fiili bakımından sahte belgeyi kimin düzenlediği hususu kaçakçılık eyleminin haksızlık içeriğini doğrudan etkileyen bir durum olarak kabul edilemez. Bu cümleden olarak, suçun seçimlik hareketli suç olduğu gerçeği üzerine yapılacak uygulamanın, cezalandırılmayan tipik eylem kalmadığından fiilin haksızlık içeriğini tamamen ortadan kaldıracığı da söylenebilir. Bu hâliyle sahte belgeyi (sadece) düzenleyenle kullanan sanıkların farklı olması durumunda her ikisinin de cezalandırılmasını mümkün kılan normun, kendi düzenlediği sahte belgelerle birlikte başkası tarafından düzenlenen sahte belgeleri de kullanan sanığın, aynı fıkra kapsamında iki kez cezalandırılmasını emrettiğini söylemek, "maddi konunun ayniyeti" kavramını dar anlamda*

<sup>29</sup> Yargıtay CGK, 02.10.2024, E. 2024/11-280, K. 2024/279.



*kabul edip normu geniş yorumlayarak, kanun metninin öngörmediği, kanun vazunun amacını aşan, orantısız bir uygulamayı netice vermektedir. Bu nedenlerle bir başkası tarafından doğrudan vergi kaçakçılığına matufen düzenlenen sahte belgelerin/faturaların, kullanan tarafından düzenlenen diğer sahte belgelerle/faturalarla birlikte aynı beyannameye müstenidat yapılarak kullanılması hâlinde, belgelerin tür, amaç ve işlevleri aynı olduğundan maddi konunun da aynı olduğunun” kabulü gerekir<sup>30</sup>.*

Farklı suçlardaki seçimlik hareketler arasında ise zincirleme suç kuralı uygulanmaz. Aynı maddede düzenlense bile farklı suçların hükme bağlandığı hallerde zincirleme suç kuralı uygulanmayacaktır. Örneğin kişinin hem sahte belge düzenlemesi (m. 359/b) hem de muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemesi (m. 359/a-2) halinde her iki suç da m. 359 vergi kaçakçılığı suçu olarak düzenlenmiş olsa da farklı suçlar olduğundan aralarında zincirleme suç kuralları uygulanmayacak fail gerçek içtima kuralları gereğince sorumlu olacaktır. VUK m. 359’da aynı maddede farklı suçlara yer verilmiştir. Önemli olan aynı suçun seçimlik hareketi mi yoksa farklı suçun mu hareketi mi olduğudur. Farklı zamanlarda farklı suçların seçimlik hareketleri gerçekleştirildiğinde TCK m. 43’teki aynı suç tanımındaki açık belirleme nedeniyle aralarında zincirleme suç kuralları uygulanmaz. Aynı suç, aynı kanun maddesine göre değil, bir suçun temel şekli veya nitelikli şekli olmasına göre belirlenmektedir. Ancak doktrinde yazarlar arasında farklı belirlemeler yapılmaktadır<sup>31</sup>. Bazı yazarlara göre, m. 359’da yer verilen hareketler seçimlik hareket olup, konu aynı olmak şartıyla birden fazla suçun varlığı söz konusu olmayıp hepsi aynı suç olduğundan zincirleme suç kuralları uygulanmayacak tek suçtan sorumluluk tayin edilecektir<sup>32</sup>. Bazı yazarlar, farklı bentlerde farklı suçların düzenlendiğini, aynı bentteki hareketlerin seçimlik hareket niteliği taşıdığını, farklı bentlerdeki fiillerden birkaçının aynı zamanda işlenmesi halinde fiil sayısı kadar suç oluşacağını ve gerçek içtimanın uygulanacağını

<sup>30</sup> Yargıtay CGK, 02.10.2024, E. 2024/11-280, K. 2024/279.

<sup>31</sup> Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: TAŞTAN, s. 432, 433.

<sup>32</sup> KIZILOT, Şükrü/KIZILOT, Zuhâl: Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Ankara 2009, s. 598.

belirtmektedirler<sup>33</sup>. Bazı yazarlar ise, VUK 359. maddesinde farklı bentlerde farklı suçların düzenlendiğini, (a), (b), (c) ve (ç) ve (d) bentlerinde tanımlanan fiillerin aynı suç işleme kararıyla birden fazla gerçekleştirilmesi durumunda zincirleme suç kurallarının uygulanacağını belirtmektedirler. Örneğin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi düzenleyen, başka fiili ile sahte belge düzenleyen, daha sonra farklı bir fiil ile belgeleri gizleyen failin zincirleme suç kuralları gereğince sorumlu tutulacağını ifade etmektedirler<sup>34</sup>.

Yargıtay 7394 sayılı Kanununun 4. maddesiyle 213 sayılı Kanunun 359. maddesine zincirleme suça ilişkin fıkra eklenmeden önce vergi kaçakçılığı suçunun farklı vergilendirme döneminde işlenmişse hukuki kesintinin gerçekleştiği gerekçesiyle gerçek içtimanın, aynı takvim yılı veya vergilendirme döneminde işlenmişse bir suç işleme kararı bulunmak şartıyla zincirleme suç hükmünün uygulanmasını kabul ediyordu<sup>35</sup>: *“Sahte fatura düzenleme suçlarında her takvim yılında işlenen suçların. birbirinden ayrı ve bağımsız suçları oluşturduğu, ancak aynı takvim yılı içerisinde farklı aylarda/zamanlarda düzenlenen sahte fatura eylemlerinin bir bütün halinde zincirleme sahte fatura düzenleme suçunu oluşturacağı, suç tarihinin de son faturanın düzenlendiği tarihe göre belirleneceği cihetle; somut olayda sanık hakkında, “2005, 2006, 2007, 2008 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme” suçlarından kamu davası açıldığı, her takvim yılındaki eylemlerin ayrı ayrı zincirleme biçimde işlenmiş suçları oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde zincirleme suç hükümleri de uygulanmadan 2005 yılından tek hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini”*<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> NARTER, Recep/ SARICAOĞLU, Ercan: ‘Türk Vergi Hukukunda Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İçtima’, EÜHFD, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 90, 91.

<sup>34</sup> SARIKOĞLU, Şenel/ ŞİŞMAN, Gülden: “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç”, Malî Hukuk Dergisi, C. 19, S. 220, 2023, s. 639, 640.

<sup>35</sup> Değişiklikten önceki durum için bkz.: BAYRAKLI, Hasan Hüseyin: “Vergi Kaçakçılık Suçlarında Birleşme (İçtima)”, TAAD, Yıl 7, S. 30, Nisan 2017, s. 11 vd.; UMİT, Ceyda: “Vergi Ceza Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Sahte Belge Kullanma Suçlarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Hacettepe HFD, 11 (1), 2021, s. 380 vd.; ÜSTÜN, Süleyman/ŞİŞMAN, Gülden: “Vergi Usul Kanununda Düzenlenen Adli Vergi Suçlarının Görünüm Şekilleri”, Vergi Dünyası, S. 339, Kasım 2009, s. 151.

<sup>36</sup> Yargıtay 11. CD, E. 2016/1815, K. 2017/1521.

## SONUÇ

Kanun koyucu, 7394 sayılı Kanununun 4. maddesiyle 213 sayılı Kanunun 359. maddesine bir fıkra ilave ederek vergi kaçakçılığı suçlarında zincirleme suça ilişkin özel belirleme yapmıştır. Eklenen fıkra gereğince, zincirleme suçun uygulanması için vergi kaçakçılığı suçlarının birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde işlenmesi ve suçların aynı suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Düzenlemeden kaçakçılık suçunun aynı takvim yılı veya aynı vergilendirme döneminde işlenmesi halinde birden fazla fiil ve zincirleme suç değil, tek fiil ve tek suçun bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay zincirleme suça ilişkin hükmün ilave edilmesinden sonra verdiği kararlarda aynı seçimlik hareketin aynı vergilendirme veya takvim yılında olmasına veya farklı vergilendirme veya takvim yılında olmasına göre değerlendirme yapmaktadır. Aynı seçimlik hareket aynı vergilendirme döneminde işlenmişse tek fiil ve tek suçun bulunduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık aynı seçimlik hareket farklı vergilendirme döneminde işlenmişse zincirleme suç kuralını uygulamaktadır. Örneğin 359/b’de düzenlenen sahte belge düzenleme fiillerinin farklı vergilendirme döneminde gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suç kurallarını uygulayarak sorumluluk tespit etmektedir. Farklı vergilendirme döneminde veya takvim yıllarında farklı seçimlik hareketler gerçekleştirilmişse zincirleme suç kuralını uygulamamaktadır. Zira Yargıtay’a göre burada artık aynı suçlar değil farklı suçlar gerçekleştirilmiştir. Yargıtay seçimlik hareket ve tek ceza ile aynı suç kavramını ayırt etmede sorun yaşamıştır. Zira seçimlik hareketlerin her birinin konusu farklı olmasında birden fazla suç söz konusu olmakla beraber, birden fazla suçun işlenmiş olması, farklı suçların oluştuğu anlamına gelmez. Aynı suçun işlendiğini gösterir. Bilindiği gibi TCK’nın 43. maddesinin birinci fıkrasına göre, “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır”. Dolayısıyla suçun değişmesi için suçun temel şeklinin veya nitelikli şeklinin dışında başka bir suçun gerçekleştirilmesi gerekir. Seçimlik hareketin değişmesi suçun değiştiği anlamına gelmez. Farklı seçimlik hareketlerin farklı konular üzerinde işlenmesi aynı suçun birden fazla işlenmesi anlamına gelmektedir. Aralarında bir suç işleme kararı bulunmak şartıyla zincirleme suç kuralları uygulanacaktır. Aksine uygulama seçimlik hareketli

tüm suçlarda farklı hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suçun uygulanmaması sonucunu doğurur. Dolayısıyla Yargıtay'ın vergi kaçakçılığı suçlarıyla ilgili yaptığı değerlendirme doğru değildir.

Yukarıda yapılan belirleme vergi kaçakçılığı suçundaki tüm seçimlik hareket olarak düzenlenen suçlar açısından geçerlidir. Örneğin VUK m. 359/b'de farklı suçlar seçimlik hareketli suç olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla failin m. 359/b'de yer alan sahte belge düzenleme veya kullanma hareketi dışındaki fiilleri gerçekleştirmesi halinde de konu aynı olmak şartıyla tek suç oluşacaktır.

Farklı suçlardaki seçimlik hareketler arasında ise zincirleme suç kuralı uygulanmaz. Aynı maddede düzenlense bile farklı suçların hükme bağlandığı hallerde zincirleme suç kuralı uygulanmayacaktır. Örneğin kişinin hem sahte belge düzenlemesi (m. 359/b) hem de muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemesi (m. 359/a-2) halinde her iki suç da m. 359 vergi kaçakçılığı suçu olarak düzenlenmiş olsa da farklı suçlar olduğundan aralarında zincirleme suç kuralları uygulanmayacak fail gerçek içtima kuralları gereğince sorumlu olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- AĞAR**, Serkan: “Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları”, TBB Dergisi, S. 58, 2005, s. 273-301.
- AKBULUT**, Berrin: “Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Bu Belgeyi Kullanma Suçu”, SDUHFD, C. 14, S. 1, 2024, s. 3-56.
- AKBULUT**, Berrin: “Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçu (VUK m. 359/b)”, AD, C. 2, S. 71, 2023, s.653-702.
- AKSAN**, Murat: “Başkası Yerine Ceza İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Girme Suçu (TCK m. 291)”, SDUHFD, C. 9, S. 2, 2019, s. 335-404.
- AYDOĞAN**, Dündar: Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ankara 2022.
- BATI**, Murat: Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022.
- BAYRAKLI**, Hasan Hüseyin: “Vergi kaçakçılık Suçlarında Birleşme (içtima)”, TAAD, Yıl 7, S. 30, Nisan 2017, s. 1-18.
- BİLİCİ**, Nurettin: Vergi Hukuku, 52. Baskı, Ankara 2021.
- BULBUL**, Duran/**OZAY**, Nihat: “Vergi Kaçakçılığı ve Boyutunun Türkiye ve AB Ekseninde Değerlendirilmesi”, Gümrük & Ticaret Dergisi, S. 7, 2016, s. 52-62.
- ÇOMAKLI**, Şafak Ertan/**AK**, Ahmet: Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler, Erzurum 2013.
- İÇEL**, Kayıhan: Suçların İçtimaı, İstanbul 1972.
- KAHYA**, Yavuz: “Suç Teorileri Işığında Türkiye’de Kaçakçılık Olgusu: Toplumsal Nedenleri, Boyutları ve Algısı”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 15, S. 3, 2015, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/147563>, s. 159-178.
- KARAASLAN**, Mehmet: “Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkileri”, TBB Dergisi, S. 64, 2006, s. 115-150.
- KARAKOÇ**, Yusuf: Vergi Ceza Hukuku, Ankara 2016.
- KARAKOÇ**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.

- KANETİ**, Selim/**EKMEKÇİ**, Esra/**GÜNEŞ**, Gülsen/**KAŞIKCI**, Mahmut: Vergi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2022.
- KAYA**, Ramazan/**KILIÇ**, Numan, Karşı Oy Yazısı, CGK, 02.10.2024, E. 2024/11-280, K. 2024/279.
- KIZILOT**, Şükrü/**KIZILOT**, Zuhâl: Vergi, Ticaret ve Ceza Hukuku Yönünden Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Ankara 2009.
- NARTER**, Recep/**SARICAĞLU**, Ercan: 'Türk Vergi Hukukunda Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İctima', EUHFD, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 73-99.
- ÖNER**, Erdoğan: Vergi Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2023.
- ÖNCEL**, Mualla/**KUMRULU**, Ahmet/**ÇAĞAN**, Nami/**GÖKER**, Cenker: Vergi Hukuku, 31. Baskı, Ankara 2022.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**MERAKLI**, Serkan/**BACAKSIZ**, Pınar/**BAŞBÜYÜK**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2023.
- SABAN**, Nihal: Vergi Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2019.
- SARSIKOĞLU**, Şenel/**ŞİŞMAN**, Gülden: "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç", Malî Hukuk Dergisi, C. 19, S. 220, 2023, s. 627-656.
- ŞENYÜZ**, Doğan/**YÜCE**, Mehmet/**GERÇEK**, Adnan: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 15. Baskı, Bursa 2024.
- ŞENYÜZ**, Doğan: Vergi Ceza Hukuku, 11. Baskı, Bursa 2020.
- TAŞKAN**, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022.
- TAŞTAN**, Mehmet: Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, 3. Baskı, Ankara 2022.
- TÜRKAL**, Hasan/**EKİCİ**, Mehmet Sena/**İNAN**, Mahmut: "Vergi Suç ve Kabahati Kavramı, 4369 Sayılı Yasa Öncesinden Günümüze Yürürlükteki Vergi Suçları – Kabahatleri ve Cezaları", SUHFD, C. 18, S. 1, 2010, s. 45-83.
- ÜMİT**, Ceyda: "Vergi Ceza Hukukunda Sahte Belge Düzenleme ve Sahte Belge Kullanma Suçlarına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Hacettepe HFD, C. 1 S. 11, 2021, s. 357-393.

- ÜNAL**, Ertuğrul: “Vergi Usul Kanununun 359’uncu Maddesinin b Fıkрасında Düzenlenen Vergi Kaçakçılığı Suçu”, MÜHF-HAD, C. 27, S. 2, 2021, s. 1260-1297.
- ÜSTÜN**, Süleyman/**ŞİŞMAN**. Gülден: “Vergi Usul Kanununda Düzenlenen Adli Vergi Suçlarının Görünüm Şekilleri”, Vergi Dünyası, S. 339, Kasım 2009, s. 143-154.
- ÜSTÜN**, Ümit Süleyman: “Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 293-323.





## YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİNİN CEZA SORUŞTURMASI (4483 SAYILI KANUNLA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME)

Doç. Dr. Haydar ALBAYRAK\*

### Öz

Ceza soruşturmaları, yükseköğretim kurumlarının güvenilirliğini korumak, aynı zamanda da personelin görevlerini yaparken hukuk dışına çıkmalarını engellemek amacıyla yapılmaktadır. Bu nedenle soruşturma sürecinin hatasız, eksiksiz ve hukuk devletine yakışır bir şekilde yürütülüp sonuçlandırılması gerekir. Bu perspektiften yapılan çalışmada, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesinde düzenlenmiş olan yükseköğretim personeli hakkında yapılan ceza soruşturma usulü, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Alıntısız ve dolaylı araştırma yöntemlerinin kullanıldığı, bu çerçevede ikincil veri ve içerik analizleri yapıldığı çalışmada, yükseköğretim personeli için öngörülen özel ceza soruşturması usulünün akademik personelinin bilimsel ve akademik özerkliğinin korunması için gerekli olduğu, ancak yükseköğretim kurumlarında görev yapan idari personelin 4483 sayılı Kanuna tabi olmaları gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca ceza soruşturmalarında alanında uzman kişilerden destek alınması, soruşturmacı ve yetkili kurul üyelerinin bu konuda özellikle bilgi ve deneyim sahibi kişilerden seçilmesi tavsiye edilmektedir.

\* Doç. Dr. Malatya Turgut Özal Üniversitesi, Battalgazi Meslek Yüksekokulu, Malatya Türkiye | Assoc. Prof., Malatya Turgut Özal University, Battalgazi Vocational School, Malatya, Türkiye.

✉ haydar.albayrak@ozal.edu.tr • ORCID 0000-0002-8041-4339.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: **ALBAYRAK**, Haydar: "Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması (4483 Sayılı Kanunla Karşılaştırmalı Bir İnceleme)", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2735-2768.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

• Ceza Soruşturması • Akademik Personel • Memur ve Diğer Kamu Görevlileri • Yükseköğretim Kanunu • Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun

## CRIMINAL INVESTIGATION OF HIGHER EDUCATION PERSONNEL: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH LAW NO 4483

### Abstract

Criminal investigations are conducted to protect the reliability of public institutions and at the same time to prevent personnel from acting outside the law while performing their duties. Therefore, the investigation process must be carried out and concluded without error, completely and in a manner befitting a state of law. In this study, the criminal investigation procedure regarding higher education personnel, regulated in Article 53/c of the Higher Education Law No. 2547, is examined comparatively with the Law on the Trial of Civil Servants and Other Public Officials No. 4483. In the study, where quotation and indirect research methods are used and secondary data and content analyses are conducted within this framework, it is concluded that the special criminal investigation procedure envisaged for higher education personnel is necessary to protect the scientific and academic autonomy of academic personnel, but administrative personnel working in higher education institutions should be subject to Law No. 4483. In addition, it is recommended to receive support from experts in the field in criminal investigations, and to select investigators and authorized board members from people who are particularly knowledgeable and experienced in this regard.

### Keywords

• Criminal Investigation • Academic Personnel • Civil Servants and Other Public Officials • Higher Education Law • Law on Trial of Civil Servants and Other Public Officials

## GİRİŞ

Memurlar ve diğer kamu görevlileri, görevleri nedeniyle ya da görevleri sırasında cezai sorumluluk kapsamında değerlendirilen çeşitli eylemlerde bulunabilirler. Bu durumda memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ceza soruşturması yapılması söz konusu olmaktadır. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin ceza soruşturması özel bir usule tabidir. Bu usul Osmanlı İmparatorluğu döneminden beri

uygulanmaktadır.<sup>1</sup> Bu usulün amacı, kamu hizmetlerinde oluşabilecek aksamaları önlemek ve kamu otoritesinin saygınlığını korumak olarak açıklanmaktadır.<sup>2</sup>

Bütün memurlar ve diğer kamu görevlileri için 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun ile özel bir soruşturma usulü belirlenmiştir. Çerçeve kanun niteliğindeki bu düzenlemeye ek olarak farklı kamu personeline farklı ceza soruşturması usullerinin uygulanması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Çalışmanın konusunu oluşturan yükseköğretim personeli de özel ceza soruşturması usulüne tabi kamu personeli arasında yer almakta olup bu personel hakkındaki ceza soruşturması, 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi uyarınca yapılmaktadır.

Yükseköğretim kurumları, üniversiteler ve diğer akademik yapılar bünyesinde akademik ve idari personeli barındıran kompleks yapılardır. Bu tür kurumlarda görev yapan personelin zaman zaman disiplin ya da ceza hukuku açısından suç işlemleri söz konusu olabilmektedir. Bu makalede, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan kamu personelinin farklı bir ceza soruşturması usulüne tabi olan yükseköğretim personelinin ceza soruşturması usulü, hukuki dayanakları ve göz önünde bulundurulmuş temel ilkeler çerçevesine incelenmektedir.

Alıntısız ve dolaylı araştırma yöntemlerinin kullanıldığı ve bu çerçevede ikincil veri ve içerik analizlerinin yapıldığı bu çalışmada, yükseköğretim personelinin tabi olduğu ceza soruşturması usulü, hukuksal altyapısı ve yaşanan sorunlar göz önünde bulundurularak ve diğer kamu kurumlarında görev yapan kamu personelinin tabi olduğu usul ile karşılaştırmalı olarak incelenmekte, yaşanan sorunların giderilmesi ve daha etkin bir ceza soruşturması yürütülebilmesi amacıyla çeşitli önerilerde bulunmaktadır.

## I. CEZA SORUŞTURMASININ KAPSAMI

Ceza soruşturmasının kapsamını, görev suçu olarak adlandırabileceğimiz, kamu personelinin görevleriyle ilgili veya

<sup>1</sup> ASLAN, Onur Ender: "Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, C. 33, S. 1, Mart 2000, s. 60.

<sup>2</sup> GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 668.

görevleri sırasında işledikleri iddia olunan suçlar oluşturmaktadır. Kamu personelinin göreviyle ilgili olmayan genel ve kişisel suçlar kapsam dışındadır. Bu çerçevede ele alacağımız ceza soruşturmasının kapsamı, kişi yönünden kapsamı ve konu yönünden kapsamı şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir.

### A. Kişi Yönünden Kapsamı

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinde yer alan "Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında..." şeklindeki hüküm özel ceza soruşturması usulünün kişi bakımından kapsamının çerçevesini çizmektedir.

657 sayılı DMK'ya göre, genel idari hizmetler sınıfındaki şoför, güvenlik görevlisi, hizmetli ve hastabakıcı gibi yardımcı hizmetler sınıfındaki görevliler, memur ve diğer kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle de 4483 sayılı Kanundaki memur yargılama güvencesi, bu kişiler için bulunmamaktadır. Ancak 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinde yer alan "...bu kuruluş ve kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında..." ibaresi nedeniyle diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların aksine, yükseköğretim personeli olan yardımcı hizmetler sınıfında yer alan personel, memur yargılama güvencesine sahiptir. Çünkü 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesinin kapsamı, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun kapsamına göre çok daha geniştir.<sup>3</sup> Dolayısıyla yükseköğretim personeli arasında yer alan yardımcı hizmetler sınıfındaki personel ve güvenlik görevlileri hakkında doğrudan Savcı tarafından ceza davası açılmamaktadır.

Kişi yönünden kapsamın belirlenmesinde vekâlet de önemli bir husustur. 4483 sayılı Kanunun 14. maddesinde vekillerin, asillerin tabi

<sup>3</sup> MESCİ, Hatice/AYDIN, Vahdettin: "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturması Usulü", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 10-12.

olduğu usule tabi oldukları belirtilmektedir. Bu nedenle, asiller hakkındaki soruşturma usulü, vekil açısından da geçerlidir. Çünkü vekil, vekalet süresince asilin sahip olduğu bütün yetki ve sorumluluğa sahiptir. Ayrıca soruşturma usulünün belirlenmesinde suç tarihindeki görev esas alınmaktadır.<sup>4</sup> Soruşturma usulünün tespitinde diğer sorunlu bir alan ise iştirak halinde işlenen suçlardır. 2547 sayılı Kanunun 53/c-5. maddesine göre, suçun “iştirak” halinde işlenmesi durumunda soruşturma usulünün “üst makama” göre belirlenmesi gerekir.

Ceza soruşturması usulünün tespitinde diğer sorunlu bir alan ise, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 38. maddesi kapsamında diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında geçici olarak görevlendirilen akademik personelin bu görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili ceza soruşturmasında hangi usulün uygulanacağı konusudur. Danıştay, bu gibi durumlarda fiili olarak görev yapılan kurumun tabi olduğu usulün esas alınması gerektiğini yönünde kararlar vermiştir.<sup>5</sup> Bazı yazarlar, soruşturmanın özlüğe ilişkin bir husus olduğu<sup>6</sup> ve soruşturma açma yetkisi görevli olduğu kuruluşa değil, kadrosunun bulunduğu kuruluşa ait olduğu<sup>7</sup> gerekçeleriyle Danıştay’ın bu görüşüne karşı çıkmaktadırlar. Müşterek kararnameyle ataması yapılan yükseköğretim personeli hakkındaki ceza soruşturması usulü hakkında ise herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre, müşterek kararnameyle ataması yapılan yükseköğretim personeli hakkında ceza soruşturması atandığı kurumunda ve kadronun tabi olduğu usule göre yapılmalı, dolayısıyla müşterek kararnameden dolayı soruşturma açılıp açılmayacağına

<sup>4</sup> DUMAN, Bahattin: Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması: Yönetici- Personel-Öğrenci, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 75

<sup>5</sup> D. 1. D, 24.05.2012, E. 2012/510, K. 2012/894, (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2012-510.htm> 21.10.2024.)

Danıştay 2. Dairesi: E. 2000/2103, K. 2002/3569, K. T. 23.10.2002, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/2d-2000-2103.htm> 21.10.2024.

<sup>6</sup> YILMAZ, Dilşat: “Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 113-114.

<sup>7</sup> MESCİ/AYDIN, s. 40.

Danıştay 1. Dairesi tarafından karar verilmelidir.<sup>8</sup> Danıştay'ın bu kararının 2547 sayılı Kanununun 53/A-1-f bendindeki "Soruşturulanın disiplin cezası verilmesini gerektiren fiili işlediği ve disiplin soruşturmasının başlatıldığı tarihteki görev veya unvanının farklı olması hâlinde disiplin soruşturması, üst görev veya unvanı esas alınarak yürütülür. Disiplin amirinin belirlenmesi ve uygulanacak diğer disiplin hükümleri, görev yapılan kurumun tâbi olduğu mevzuata göre belirlenir" hükmü ile uyumlu olduğu düşünülmektedir.<sup>9</sup>

Ayrıca 2547 sayılı Kanununun 53/c maddesinde yer alan "...görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar..." ifadesi nedeniyle yükseköğretim personelinin görevleriyle ilgisi olmayan suçlarda özel ceza soruşturması usulü uygulanamaz. Danıştay 1. Dairesinin 2023 yılında vermiş olduğu kararın gerekçesinde "... isnat edilen suçların, Dokuz Eylül Üniversitesi'ndeki öğretim üyeliği görevinden kaynaklanmadığı, buradaki görevi dolayısıyla ve bu görevi sırasında da işlenmediği, şüphelinin Özel ... Hastanesindeki mesleki faaliyetiyle ilgili söz konusu eylemleri nedeniyle şüpheli hakkında 2547 Sayılı Kanun'un 53. maddesi uyarınca ceza soruşturması yapılamayacağı ve men-i muhakemesi veya lüzum-u muhakemesi yolunda bir karar alınamayacağı..." belirtilerek şüpheli hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca genel hükümlere göre doğrudan soruşturma yapılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>10</sup>

Devlet üniversitelerinde görev yapan yükseköğretim personeli için ceza soruşturması usulü yukarıda açıklandığı şekilde iken vakıf üniversitelerinde görev yapanlar açısından durum farklıydı. Vakıf üniversitesi personeli için herhangi bir özel soruşturma usulü benimsenmemiştir. Ancak 2016 yılında 6764 sayılı Kanununun 26. maddesi ile yapılan değişiklikle daha önce kapsam dışında olan vakıf üniversitelerinde görev yapan rektör, rektör yardımcısı ve üst kuruluş genel sekreter Kanun kapsamına alınarak özel soruşturma usulüne tabi kılınmış; vakıf üniversitelerinin mütevelli heyeti üyeleri ve başkanı ile diğer personel ise kapsam dışında tutulmuştur. Nitekim Danıştay 1.

<sup>8</sup> D. 2. D, 23.10.2002, E. 2000/2103, K. 2002/3569, (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/2d-2000-2103.htm#> 21.10.2024.)

<sup>9</sup> MESCI/AYDIN, s. 40.

<sup>10</sup> D. 1. D, 02.11.2023, E. 2023/1716, K. 2023/1610, (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2023-1716.htm> 21.10.2024.)

Dairesinin 2023 yılında yukarıda zikredilen kanun maddesine atıf yapılarak bir vakıf üniversitesinde mütevelli heyet başkanı, rektör özel kalemi, muhasebe müdürü hakkında Cumhuriyet başsavcılığınca genel hükümlere göre soruşturma yapılması gerektiğine karar vermiştir.<sup>11</sup> Aynı Dairenin 2023 yılında vermiş olduğu başka bir kararda ise bir vakıf üniversitesinde görev yapan bir öğretim üyesi doktorla ilgili yapılan şikayet üzerine 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesine göre yapılan ceza soruşturması sonucu verilen Men-i Muhakeme kararının, ilgili kişi hakkında Cumhuriyet başsavcılığı tarafından genel hükümlere göre soruşturma yapılması gerektiği gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiştir.<sup>12</sup>

## B. Konu Yönünden Kapsamı

4483 sayılı Kanun, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındaki ceza soruşturmalarında uygulanacak soruşturma yöntemini belirleyen genel bir kanundur. Bütün memurlar ve diğer kamu görevlileri için geçerli olan bu kanun 2/2. maddesindeki düzenlemeyle diğer kanunlarda yer alan özel soruşturma ve kovuşturma usullerinin belli görev ve sıfatları taşıyan kamu personeline uygulanabileceğini hüküm altına almıştır. Bu hüküm nedeniyle 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde düzenlenmiş olan özel soruşturma ve kovuşturma usulleri yükseköğretim personeli hakkında açılan soruşturmalarda uygulanabilmektedir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 17/1. maddesiyle mezkur kanun kapsamında yer alan suçlar ile “4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlar ve irtikap, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etme” suçları 4483 sayılı Kanun kapsamından çıkarılmıştır. Dolayısıyla bu suçları işleyenler 2547 sayılı Kanunda öngörülen özel ceza soruşturma usulü kapsamında da değildir. Ancak söz konusu kanun maddesinin devamında, çeşitli istisnalar öngörülmüştür. Örneğin; müsteşarlar, valiler

<sup>11</sup> D. 1. D, 01.11.2023, E. 2023/1559, K. 2023/1581, (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2023-1559.htm> 21.10.2024.)

<sup>12</sup> D. 1. D, 28.09.2023, E. 2023/1374, K. 2023/1288, (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2023-1374.htm> 21.10.2024.)

ve kaymakamlar 3628 sayılı Kanunun 17/1 maddesi kapsamı dışında tutulmuştur.

3628 sayılı Kanunun 17/2-3. maddesindeki düzenleme ile görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan şüpheliler de kapsam dışında bırakılmıştır. Bu nedenle özel soruşturma ve kovuşturma usulünü içeren 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu 53/c-6 maddesinde yer alan “Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörler hakkında 19/4/1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usulü tatbik edilir. 3628 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, 2547 sayılı Kanunun 53/c-6. maddesine göre, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır.” hükmü nedeniyle Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörler, 3628 sayılı Kanunun kapsamı dışında tutulmuşlardır. Dolayısıyla Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörler hakkında 3638 sayılı Kanun kapsamındaki bir suç<sup>13</sup> iddiasından dolayı doğrudan Cumhuriyet savcıları tarafından soruşturma açılmamaktadır. Ancak diğer yükseköğretim personeli hakkında doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma açılabilmektedir.<sup>14</sup> Cumhuriyet savcısı, istisna kapsamında yer almayan yükseköğretim personeli hakkında başlatmış olduğu soruşturmayı sadece bilgi vermiş olmak için atamaya yetkili amire veya yasanın 8. maddesinde gösterilen mercilere bildirir. Bu nedenle 3628 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar “izin” sisteminden “bildirim” sistemine geçilmiştir, denilebilir.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> İrtikap, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmek.

<sup>14</sup> DUMAN, s. 107-108.

<sup>15</sup> UĞUR, Hüsamettin: “3828 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’na Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri,” TBB Dergisi, S. 76, 2008, s. 302.



2547 Sayılı kanunun 53/c-7. maddesinde yer alan “İdeolojik amaçlarla Anayasa’da yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanarak nitelikleri Anayasa’da belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükun, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ve ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde...” doğrudan Cumhuriyet savcılar tarafından soruşturma yürütüleceği hükmü gereğince yukarıda sayılan suçların işlendiği iddiaların varlığında Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve Rektörler dahil bütün yükseköğretim personeli hakkında 53/c maddesinde öngörülen özel soruşturma yöntemlerine başvurulmadan genel usullere göre Cumhuriyet savcılar tarafından soruşturma açılabilir.

2547 sayılı Kanunun 53/c-8 maddesinde “Bu Kanunda yer almamış hususlarda 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme nedeniyle 2547 sayılı Kanunda hakkında hüküm bulunmayan “5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda geçen suçlar ile TCK 160. maddesinde düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanına fiilen saldırı, Türklüğe, Milletvekillerine, Anayasal Kuruluşlara ve kanunlara sövme” fiillerin işlenmesi halinde 4483 sayılı Kanunun uygulanması söz konusu olacaktır. 4483 sayılı Kanunda yukarıda sayılan suçlar hakkında 4483 sayılı Kanunun uygulanmayacağı öngörüldüğü için bu suçların yükseköğretim personeli tarafından işlenmesi halinde ise, başkaca bir işleme ve herhangi bir izne gerek kalmaksızın Cumhuriyet savcılar tarafından soruşturma açılacaktır.<sup>16</sup>

Yukarıda saydığımız istisnalara ilave olarak 4483 sayılı Kanunun 2. maddesi ile “disiplin suçları, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali, adli görevlerden doğan suçlar, işkence ve zor kullanma yetkisinde sınırı aşma suçları ile kamu görevlisi aleyhine suç uyduranlar hakkındaki diğer soruşturmalar” da kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca diğer diğer kanunlarda düzenlenen çeşitli istisnalar da bulunmaktadır.

<sup>16</sup> MESCİ/AYDIN, s. 24.

Örneğin, “İcra İflas Kanunu kapsamına giren suçlar, Seçim Suçları, Cumhuriyet Savcısı veya Mahkemece İstenen Bilgiyi Vermeme Suçu, Çocuk Koruma Kanunundan Kaynaklanan Görevlerden Doğan Suçlar, Gerçeğe Aykırı Yeşil Kart Alınması, Düzenlenilmesi veya Böyle Bir Karttan Yararlandırılması Suçları, Hakim ve Savcıları Usulsüz Arama, Yakalama ve Sorgulama Fiilleri, Hakim ve Savcıları Kötü Niyetle Şikayet Fiilleri, Müfettiş ve Muhakkikin İhbar Görevini Yapmaması suçu”, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin kapsamı dışında kalmaktadır. Bu suçların işlendiğine ilişkin şüphenin varlığında Cumhuriyet Savcısı tarafından doğrudan soruşturma yapılabilecektir.<sup>17</sup>

4483 sayılı Kanun, kamu personelinin görevleri sebebiyle işledikleri suçları kapsamına almış iken, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunda yer alan “... görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada...” düzenlemesi yükseköğretim personeli açısından yargılama güvencesini konu yönünden genişletmektedir.<sup>18</sup> Bu düzenlemeye göre, yükseköğretim personeli hakkında ancak görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili olarak 2547 sayılı kanun hükümlerince ceza soruşturması yapılması gerekirken, diğer suçların varlığı halinde ise genel hükümlere göre soruşturma yapılacaktır. Nitekim Danıştay birçok kararında akademik personele yönelik ceza soruşturması usulünün “...görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada...” işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili uygulanabileceğini, diğer durumlarda genel hükümlere göre soruşturma yapılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>19</sup>

## II. CEZA SORUŞTURMASININ SÜRECİ

### A. Genel İlkeler

1982 Anayasası'nın 129/6 maddesinde yer alan “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciinin iznine bağlıdır.” hükmü ile memur ve diğer kamu görevlilerinin yargılanması anayasal güvenceye alınmış ve bu

<sup>17</sup> GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 330.

<sup>18</sup> MESÇİ/AYDIN, s. 19.

<sup>19</sup> D. 1. D, 07.12.2010, E. 2010/1638, K. 2011/1902 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2010-1638.htm> 21.10.2024.)

konuda izin sistemi benimsenmiştir.<sup>20</sup> Anayasadaki bu düzenlemeye istinaden 1999 yılında çıkarılan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile Cumhuriyet Başsavcılarına memurlar hakkında soruşturma ve kovuşturma yürütebilmesi için kanunda belirtilen idari mercilerce izin verilmesi gerekmektedir.<sup>21</sup> Söz konusu yasal düzenleme nedeniyle yetkili merci izin vermedikçe memur hakkında soruşturma yapıp dava açılmamakta, dava açılmış ise "yargılamanın durmasına" karar verilerek eksikliğin giderilmesi istenmektedir. Ancak bazı suç türleri önemi, bazı memurlar ve diğer kamu görevlileri ise görev ve sıfatları nedeniyle 4483 sayılı Kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır.<sup>22</sup> Kapsam dışı bırakılan suç türlerine örnek olarak "3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu" kapsamına giren suçlar; memurlar ve diğer kamu görevlilerine örnek olarak ise yükseköğretim personeli gösterilebilir.<sup>23</sup>

Yükseköğretim personelinin ceza soruşturması usulü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/c maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme nedeniyle "Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticileri, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanları ile bu kuruluş ve kurumlarında görev yapan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi memurlar, görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında" ceza soruşturmalarının, istisnalar hariç<sup>24</sup>, Cumhuriyet

<sup>20</sup> **EREN**, Abdurrahman: "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 3, 2000, s. 60-61.

<sup>21</sup> **AKKAN**, Tahir Murat: "4483 sayılı Kanun'a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç." Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 6.

<sup>22</sup> **MESCİ/AYDIN**, s. 7.

<sup>23</sup> **YILMAZ**, s. 101-102.

<sup>24</sup> Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli, İcra ve İflas Kanunu'nun 357'nci maddesindeki suçlar, disiplin suçları, Atatürk aleyhine işlenen suçlar, adli görevlerden doğan suçlar, seçim suçları, savcı veya mahkemenin istediği bilgileri vermeme suçu, Çocuk Koruma Kanunu'na giren suçlar ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda cumhuriyet savcılığı tarafından doğrudan soruşturma ve kovuşturma açılabilir. 3628 sayılı Kanun kapsamına giren suçların Yükseköğretim Kurulu başkanı ile rektörler

Savcıları tarafından değil, kurum içinde özel bir ceza soruşturması usulüne göre yapılması gerekmektedir. 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesindeki bu düzenleme nedeniyle yükseköğretim personeli hakkındaki ceza soruşturmaları, “izin” sistemine göre değil, “tahkik (soruşturma)” sistemine göre yapılmaktadır.<sup>25</sup> 2547 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Kanunun 53/c-8 maddesi gereğince 4483 sayılı Kanun, 4483 sayılı Kanun’da hüküm bulunmayan hâllerde ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) uygulanmaktadır.

### **B. Soruşturma Açmaya Yetkili Merciler**

Yükseköğretim personelinin disiplin amirlerinin kimler olduğu 2547 sayılı Kanunun 53/a maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “Yükseköğretim Kurulu Başkanı üst kuruluşlar, rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürlerinin; Rektör, üniversitenin; Bağımsız vakıf meslek yüksekokulu müdürü, bağımsız vakıf meslek yüksekokulunun; Dekan, fakültenin; Enstitü müdürleri, enstitünün; Yüksekokul müdürleri, yüksekokulun; Kadrosu bulunan uygulama araştırma merkezi ile bağımsız enstitü müdürleri, uygulama araştırma merkezi ile enstitünün; Bu birimlerin genel sekreter veya sekreterleri de bağlı birim personelinin disiplin amiridir.” Kanunun 53/c-1. maddesinde ise, disiplin amirlerinin emrinde çalışan personel hakkında disiplin soruşturması ve ilk soruşturma açmaya yetkili oldukları belirtilmiştir. 2547 sayılı Kanunda sıralı disiplin amirlerinin soruşturma açmaya yetkili oldukları açıkça belirtilmemiştir. Ancak kanunun 53. maddesinin (a) fıkrasında yer alan disiplin amirlerinin kimler olduğu düzenlemesi ile 53/Ç maddesindeki disiplin cezası verme yetkisi ile ilgili düzenleme birlikte değerlendirildiğinde sıralı disiplin amirlerinin ilk soruşturma açmaya yetkili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>26</sup>

Hakkında ceza soruşturması açılacak yükseköğretim personelinin suç işlediği iddia edilen tarihteki görevi ile soruşturmanın yapılacağı dönemdeki görevi farklı olabilir. Bu durumda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine ilişkin 2547 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle 2547 sayılı Kanunun 53/c-8. maddesi gereğince 4483 sayılı

---

tarafından işlenmesi hâlinde ise yine Yükseköğretim Kanunu’nun 53/c maddesi uygulanacaktır.

<sup>25</sup> MESCİ/AYDIN, s. 7.

<sup>26</sup> MESCİ/AYDIN, s. 29-30.

Kanunun 3/3. maddesinde yer alan “Yetkili mercilerin saptanmasında, memur veya kamu görevlisinin suç tarihindeki görevi esas alınır” hükmünün uygulanması gerekir. Ayrıca birden fazla görevi birlikte yapan memur ve diğer kamu görevlisi hakkında açılacak ceza soruşturmalarında hangi usulün esas alınacağı konusunda da zaman zaman tereddütler yaşanmaktadır. Birden fazla görevi üstlenen memur ve diğer kamu personeli hakkındaki ceza soruşturmalarında hangi görevinden dolayı inceleme ya da soruşturma açılacaksa bu göreve ilişkin usule göre işlem yapılması gerekir.<sup>27</sup> Ancak akademik personelin idari bir görevi ikinci görev olarak yapması durumunda idari görevinden kaynaklı disiplin amiri tarafından soruşturma başlatılamayacak olup akademik kadrosundaki disiplin amiri tarafından inceleme ya da soruşturma başlatılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle daire başkanlığı görevini yürüten bir akademik personel hakkında genel sekreter tarafından inceleme ya da soruşturma başlatılamayacaktır.<sup>28</sup>

2457 sayılı Kanunda bölüm, anabilim, anasanat, bilim veya sanat dalı başkanlarının disiplin amirliğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu görevi yürütenlerin disiplin ya da ceza soruşturması açma gibi bir yetkileri bulunmamaktadır. Bu nedenle bölüm, anabilim, anasanat, bilim veya sanat dalı başkanlarının, uhdesinde bulunan personelle ilgili ceza ya da idari soruşturma açılması gerektiğinde, bu taleplerini en yakın disiplin amirine bildirmeleri gerekir. Böyle bir talebin varlığı halinde disiplin amirlerinin soruşturma açmaması söz konusu olmayıp talebin en kısa zamanda yerine getirilmesi gerekmektedir.<sup>29</sup> Disiplin amirlerinin yardımcılarını soruşturma açma yetkileri bulunmamaktadır. Kanun bu yetkiyi bizzat disiplin amirlerine vermiştir. Ancak disiplin amirlerinin izinli olması ve yerlerine vekâlet edilmesi durumunda vekâlet eden kişinin soruşturma açma yetkisinin olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Çünkü 2547 sayılı Kanunda vekillerin soruşturma açma yetkisi konusunda herhangi bir hüküm olmamasına karşın 4483 sayılı Kanunun 3/2. maddesindeki hüküm gereğince vekillerin böyle bir yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.

<sup>27</sup> D. 1. D, 30.03.2016, E.2016/373, K.2016/410, (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2016-373.htm> 21.10.2024.)

<sup>28</sup> DUMAN, s. 167.

<sup>29</sup> MESCI/AYDIN, s. 33-34.

Ayrıca kamu yönetiminin ve idare hukukunun genel bir kuralı olarak vekil, asilin sahip olduğu bütün yetkilerine sahiptir.

### **C. Soruşturmanın Yürütülme Usulü**

2547 sayılı Kanununun 53/c maddesine göre, yükseköğretim personeli hakkında yapılacak ceza soruşturması, “İlk Soruşturma” ve “Son Soruşturma” şeklinde iki aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamalar, Cumhuriyet savcıları tarafından yürütülen soruşturmalardaki “Hazırlık Aşamasına” karşılık gelmektedir.<sup>30</sup>

#### **1. İlk Soruşturma**

##### **a. Genel İlkeler**

Yetkili makamın soruşturma ya da inceleme başlatabilmesi için 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinin (a) ve (c) bentleri birlikte değerlendirildiğinde, bir yükseköğretim personeli hakkında ilk soruşturma ya da inceleme başlatılabilmesi için personelin görevi nedeniyle ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri iddia edilen bir suçun varlığı gereklidir. İlk soruşturma doğrudan doğruya başlatılabileceği gibi öncesinde inceleme yaptırılarak incelemenin sonucuna göre de başlatılabilir. Burada takdir tamamen yetkili makama aittir. 2547 sayılı Kanununun 1981 yılında çıkarılan ilk halinde yer almayan “İnceleme” aşaması 2016 yılında 6764 sayılı Kanununun 26. maddesiyle kanuna eklenmiştir. İnceleme aşamasının kanunda yer almadığı 2016 değişikliği öncesinde ise, 2547 sayılı Kanununun 53/c-8 maddesi gereğince 4483 sayılı Kanununun 4. maddesi kapsamında inceleme yaptırılmaktaydı.<sup>31</sup> 2016 yılında çıkarılan 6764 sayılı Kanununun 26. maddesi ile Yükseköğretim Kanununa eklenen diğer bir düzenleme ise, somut ve inandırıcı nitelikte bilgi ve belgeye dayanmayan, soyut nitelikte, kısa bir inceleme ile suç işlenmediği açıkça anlaşılan ihbar ve şikayetlerin işleme konulmaması uygulaması olmuştur.

##### **b. İlk Soruşturmada Süreler**

---

<sup>30</sup> PINAR, İbrahim: 4483 Sayılı Kanun’a Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 159.

<sup>31</sup> ÖZTÜRK, İlhami/SÜMER, Arif Emre: “Yükseköğretim Personeli Hakkındaki Şikayetler Üzerine Verilen Ceza Soruşturması Açılmaması Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 50, 2022, s. 287-288.

Soruşturma izninin ne kadarlık bir süre içerisinde verileceği konusunda 2547 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda 4483 sayılı Kanuna bakılması gerekir. 4483 sayılı Kanunun 7. maddesinde soruşturma izinlerinin ön inceleme dahil en fazla 30 gün içinde verilebileceği, zorunlu hallerde ise 30 güne ilaveten 15 günlük bir ek sürenin kullanılabilmesi öngörülmüştür. Soruşturma izni verilmesine ilişkin bu süreler, yetkili makamlarca suçun öğrenildiği ya da öğrenildiğinin kabul edildiği tarih itibarıyla başlar.<sup>32</sup> Yetkili makamlar, kamu personelin görevini kötüye kullandığı, suiistimal ettiği ya da suç unsuru içeren bir eylemde bulunduğu bilgisini, şikâyet veya ihbarla ya da rutin denetimler sırasında öğrenebilirler.

Benzer şekilde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda ceza soruşturmalarının ne kadar sürede tamamlanacağına ilişkin de bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak mezkûr Kanunun 53/A-1 fıkrasının (I) bendinde disiplin soruşturmalarının, görevlendirmenin soruşturmacıya tebliğinden itibaren en geç 2 ay içinde tamamlanacağı hüküm altına alınmıştır. Soruşturmanın bu süre içerisinde tamamlanmasının mümkün olmaması halinde soruşturmacının gerekçeli olarak ek süre talebinde bulunabilir. Ceza soruşturması ve disiplin soruşturmasının farklı şeyler olmasına karşın disiplin soruşturmaları için öngörülen 2 aylık süre, teamülde ceza soruşturmalarında da kullanılmaktadır. Ceza soruşturması için 2547 sayılı Kanunda disiplin cezası için öngörülen bu sürenin değil de 4483 sayılı Kanundaki sürelerin uygulanması gerektiğini ileri süren akademisyenler de bulunmaktadır.<sup>33</sup> Bu akademisyenlerin aksine teamüldeki uygulamanın daha doğru bir yaklaşım olduğu düşünülmektedir.

### **c. Soruşturmacının Niteliği**

İlk Soruşturma, bizzat yetkili makam tarafından yapılabileceği gibi yetkili makam tarafından görevlendirilen bir ya da birden fazla soruşturmacı tarafından da yapılabilir.<sup>34</sup> Ancak soruşturma açmaya yetkili merciin tarafsızlığının ve soruşturmanın adillığının tartışma konusu olmaması için soruşturma açmaya yetkili merci ile

<sup>32</sup> 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun: RGT. 04.12.1999, RGS. 23896, md. 7.

<sup>33</sup> MESCI/AYDIN, s. 49.

<sup>34</sup> 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu: RGT. 06.11.1981, RGS. 17506, md. 53/c-1.

soruşturmacının ya da ceza vermeye yetkili merciin aynı kişi olmamasına özen gösterilmelidir. Soruşturma açmaya yetkili merciin son soruşturma kurulunda yer almasının söz konusu olduğu durumlarda ise farklı bir kişinin soruşturmacı olarak görevlendirilmesi zorunlu hale gelmektedir.<sup>35</sup> Çünkü hakkında soruşturma açılan kamu personeli ve diğer personelin adalete ve hakkaniyete olan güveninin sarsılmaması için soruşturmacının da tarafsız ve objektif olması kadar insanların kafasında soruşturmacının tarafsızlığına ve objektifliğine ilişkin en küçük bir şüphenin olmaması da önem arz etmektedir.

Soruşturmacı ya da soruşturmacıların tarafsızlığı ve objektifliğinin nasıl sağlanacağı konusunda 2547 sayılı Kanun ve 4483 sayılı Kanunda açık bir düzenleme bulunmama ile birlikte 5271 sayılı CMK'nın 22. maddesinde düzenlenen hâkimin davaya bakamayacağı hallerin kıyasen uygulanması gerekir. Çünkü soruşturmalarda uyulması gereken yöntem, esas olarak 2547 sayılı Kanunun uygulanması, 2547 sayılı Kanunda hüküm bulunmaması halinde 4483 sayılı Kanun'un uygulanması, 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmaması halinde ise, 5271 sayılı CMK'da öngörülen usullere göre işlem yapılması şeklindedir. Bu çerçevede soruşturma yapmak üzere görevlendirilecek kişi/kişilerin konu ve olayla ilgisinin bulunmamasının, soruşturma konusu iş ve işlemlerden zarar görmüş olmamasının, sanık ya da olayın mağdurlarıyla kan veya kayın hısımlığının olmamasının, hakkında soruşturma yürütülen kamu personeli ile halef-selef ilişkisinin bulunmamasının ve daha önce soruşturduğu kişinin maiyetinde görev yapmamasının, tarafsızlık ve objektifliğin sağlanması açısından zorunlu olduğu söylenebilir.<sup>36</sup>

2547 sayılı Kanunda 53/c-1 maddesinde yer alan "Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır" düzenlemesiyle bir soruşturmacıda olması gereken asgari şartlar belirlenmiştir. 2547 sayılı Kanunun 53/A-1 maddesine 2016 yılında yapılan bir ekle "Soruşturmacının görev ve unvanı, soruşturulanın görev ve unvanının

---

<sup>35</sup> MESCİ/AYDIN, s. 36.

<sup>36</sup> GÖKÇAN/ARTUÇ, s. 701.



üstünde veya onunla aynı düzeyde olmalıdır” hükmü eklenmiştir.<sup>37</sup> Bu ilaveyle birlikte soruşturmacının sadece akademik unvan değil, aynı görev bakımından da soruşturulan akademik personelin üst ya da eşiti olması zorunluluğu getirilmiştir. Böylece, örneğin bir dekan hakkında yürütülecek bir soruşturmada soruşturmacının akademik unvan olarak profesör olmasının yanında görev olarak da minimum dekan olması zorunluluğu getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle bir dekan hakkında açılacak bir soruşturma bizzat rektör tarafından yürütülmeyecekse soruşturmacının dekan ya da rektör yardımcıları arasından görevlendirilmesi zorunludur.

Soruşturmacıda olması gereken görev ve unvan şartı, sadece akademik personel açısından değil idari personel için de zorunludur.<sup>38</sup> Ayrıca kural olarak soruşturmacılar, soruşturmaya izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinde belirlenmelidir. Ancak istisnai olarak yetkili merci, başka bir kurum veya kuruluştan soruşturmacı görevlendirilmesini isteyebilir. Soruşturmacı görevlendirmesi talep edilen ilgili kurum bu talebe olumlu cevap vermek zorunda değildir. 4483 sayılı Kanunda yer alan soruşturmacının kurum içinden belirleneceği düzenlenmesine karşın, 2547 sayılı Kanunda buna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte 2547 sayılı Kanunda soruşturmacının hakkında soruşturma yürütülen akademik personelle akademik unvan eşitliği ve üstünlüğünün bulunması şartı, soruşturmacının kurum dışından görevlendirilmesini pratikte mümkün kılmamaktadır. Ayrıca 2547 sayılı Kanunun 53/A-1-c maddesindeki “Disiplin amiri soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmayı yapmak üzere birim içerisinde soruşturmacı veya komisyon görevlendirebilir. Ancak zorunlu hallerde rektörlük aracılığıyla diğer birimlerden soruşturmacı talep edilebilir” hükmü göz önüne alındığında kurum içinde yürütülen disiplin soruşturmalarında öncelikle ilgili birim içerisinde, zorunlu hallerde yükseköğretim kurumunun diğer

---

<sup>37</sup> 6764 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: RGT. 09.12.2016, RGS. 29913, md. 27.

<sup>38</sup> 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun: RGT. 04.12.1999, RGS. 23896, md. 5/3.

birimlerinden soruşturmacı görevlendirilmesi yönteminin benimsendiği görülmektedir.<sup>39</sup>

#### **d. Soruşturmacının Yetki ve Sorumlulukları**

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 6. maddesinde soruşturmacının bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahip oldukları belirtilmektedir. 5271 sayılı CMK'da ise, inceleme yapacak görevli veya soruşturmacının delil toplayabileceği, savunma alabileceği, tanık dinleyebileceği, görevden uzaklaştırma kararı verebileceği ya da verilmesini talep edebileceği, bilirkişi görevlendirebileceği, keşif yapabileceği veya yaptırabileceği, suç belge ve aletlerine el koyabileceği düzenlenmiştir. Ancak zorla getirtme, arama yapılması, muayene ve otopsi yapılması konularında soruşturmacının doğrudan bir yetkisi bulunmamaktadır. İhtiyaç duyulması halinde soruşturmacının bu türden bir faaliyetleri hâkim kararı ya da Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile yapması gerekmektedir.<sup>40</sup>

Soruşturmacıların yetkisine ilişkin diğer bir düzenleme, "Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği" ile yapılmıştır. Söz konusu yönetmeliğin 24. maddesinde soruşturmacıların, sorgu Hâkimi yetkisine sahip oldukları, 2547 sayılı Kanun, 4483 sayılı Kanun ve 5271 sayılı CMK hükümleri ile kendilerine verilen soruşturma onayı çerçevesinde faaliyette bulunacakları belirtilmektedir. Söz konusu yönetmeliğin 24. maddesinin devamında soruşturmacının gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi isteyebileceği, bunları görebileceği, bunların örneklerini ya da somut bir delil niteliğindeyse aslını alabileceği, birimlerin kasa, ambar, depo ve demirbaşlarını sayabileceği, inceleyebileceği, gerekirse mühür altına alabileceği ve tüm bu süreçlerde ihtiyaç duyduğu her türlü yardımı ilgili kuruluşlardan isteyebileceği hüküm altına alınmıştır.

Danıştay 1. Dairesinin 2005 yılında vermiş olduğu bir kararda da soruşturmacının görev ve yetkilerinin neler olduğu sayılmıştır. Bu karara göre, soruşturmacının, "...öncelikle suç konusu eylemleri ve bu eylemlerde illiyet bağı bulunan şüphelileri isim ve unvanlarıyla belirlemesi, şüphelilerin savunması ile tanıkların ifadesini alması,

<sup>39</sup> MESCİ/AYDIN, s. 37-38.

<sup>40</sup> SALİHOĞLU/DEMİRKOL, s. 53-64.

suçlarla ilgili lehte ve aleyhte tüm delilleri toplaması, gerekirse bilirkişi incelemesi, kriminolojik ve benzeri incelemeleri yaptırması ve buna ilişkin belgeleri sırasıyla fezlekeye eklemesi, tüm bilgi ve belgeleri değerlendirmesi ve sonuçta şüpheli/şüpheliler hakkında lüzum-u muhakeme veya men-i muhakemeleri yönünde kanaatini belirterek düzenleyeceği fezlekeyi soruşturma emri veren makama teslim etmesi gerekmektedir.”<sup>41</sup> Ayrıca Danıştay 1. Dairesinin 2021 yılında vermiş olduğu bir başka kararda ise “...şikayetçiye iddialarla ilgili bilgi, belge veya tanığı olup olmadığı hususlarının...” sorulması gerektiği belirtilmektedir.<sup>42</sup>

### e. İlk Soruşturmada Uyulması Gereken Kurallar

Ceza soruşturmasının birinci aşaması olan İlk Soruşturmada, soruşturmacının yetkilerini kullanarak soruşturmayı yürütmesi, bu çerçevede şüphelilerin kimlik bilgilerini, görev unvanlarını, isnat edilen suçların ne olduğunu, şüphelinin, muhbir ile şikâyetçilerin<sup>43</sup> ve varsa tanıkların ifadeleriyle tespit etmesi gerekmektedir. Ayrıca soruşturmacının şüphelinin lehine ve aleyhine olan tüm delilleri toplaması beklenmektedir.<sup>44</sup> İfade alma işleminin 5271 sayılı CMK’ya göre yapılması gerekmektedir. CMK’da hakkında soruşturma yürütülenler “şüpheli” olarak adlandırıldığı için soruşturma sırasında bu kişiler için “şüpheli” teriminin kullanılmasına dikkat edilmelidir. Ayrıca ifade sırasında Kanununun 148. maddesinde yer alan yasak usullere de başvurulmamalı, hakkında soruşturma yürütülen personelin haklarını korumak ve adil bir soruşturma yapılmasını sağlamak amacıyla savunma hakkının tam ve eksiksiz olarak kullanımı sağlanmalıdır.

Soruşturmacı, şüpheli/şüphelilerin ifadesini alırken “şüphelinin kimliğini tespit etmek, şüpheliye isnat edilen suçu anlatmak, susma ve müdafî seçme hakkının bulunduğunu, müdafinin hukuki yardımından yararlanabileceğini, müdafinin ifade sırasında hazır bulunabileceğini bildirmek” ile yükümlüdür. Bunlara ek olarak soruşturmacının,

<sup>41</sup> D. 1. D, 12.10.2023, E. 2023/1441, K. 2023/1432, (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2023-1441.htm> 21.10.2024.)

<sup>42</sup> D. 1. D, 04.03.2021, E. 2021/360, K. 2021/361 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2021-360.htm> 21.01.2024.)

<sup>43</sup> DUMAN, s. 78-79.

<sup>44</sup> PINAR, s. 158-159.

şüphelinin şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceğini ve tanık dinletebileceğini hatırlatması, aleyhine olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan durumları ileri sürmesi gerekli imkanı tanınması, ifadelerin bir tutanağa bağlanması, ifade tutanağında ifade işleminin yapıldığı yer ve tarihe, ifade sırasında hazır bulunanların isim ve sıfatlarına, ifadesi alınan kişinin açık kimliğine, tutanağın ifade veren ile varsa müdafisi tarafından okunup imzalandığına, imzadan çekinmesi durumunda bunun nedenine yer vermesi beklenmektedir.<sup>45</sup>

Tanıkların ifadesinin alınmasında da 5271 sayılı CMK hükümleri uygulanır. Bu çerçevede tanıklar, ifade vermeye davet edilir. Davet, çağrı kâğıdı, telefon, telgraf, faks ve e-posta gibi araçlar kullanılarak yapılabilir. Bu davete icabet etmeyen tanıklar, Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla zorla getirilebilir. Tanık ifadesine geçilmeden önce tanığa, “gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklıktan dolayı cezalandırılacağı, doğruyu söylemesi hususunda yemin ettirileceği ile CMK md. 45/1’deki durumların varlığı halinde tanıklık yapmaktan çekilebileceği” bildirilir. Tanıklara yemin ettirilmesi zorunludur. Ancak 15 yaşını doldurmamış olan ve ayırt etme gücüne sahip olmayan tanıklar ile şüpheli, sanık veya hükümlü olanlara yemin ettirilmez. Tanık ifadeleri toplu olarak alınmaz, ayrı ayrı alınması gerekir.<sup>46</sup>

#### **f. İlk Soruşturmada Verilebilecek Kararlar**

Soruşturmanın sürecinin ardından soruşturmacı, soruşturma sırasında elde ettiği bütün bilgi, belge ve delilleri göz önünde bulundurarak, ortada bir suç olup olmadığı, varsa suçun niteliği, suç ile şüpheli arşında bir illiyet bağının bulunup bulunmadığı konularında tek tek değerlendirme yaparak gerekçeli olarak şüphelinin yargılanmasına gerek olup olmadığı yönündeki kanaatini içeren bir rapor (fezleke) düzenler. Yargılama yapılması yönünde bir kanaat belirtilmesi durumunda şüpheliye uygulanacak kanun maddeleri de belirtilmelidir. Ayrıca raporda suçun öğrenilme şekline, soruşturmanın başlama ve bitiş tarihlerine, şüphelinin kimlik bilgilerine, görev unvanına ve ifadesine, tanıkların kimlik bilgilerine, görev unvanlarına ve ifadelerine, bilirkişiye

<sup>45</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, RGT. 17.12.2004, RGS. 25673, md. 147.

<sup>46</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu: RGT. 17.12.2004, RGS. 25673, md. 43-50.

başvurulmuşsa bilirkişinin kimlik bilgilerine, soruşturmanın atamaya yetkili amir tarafından değil de onu görevlendirdiği bir soruşturmacı tarafından yürütülmesi durumunda, soruşturmacının görevlendirilme yazısının tarih ve sayısı ile görevlendirmeyi yapan makam bilgilerine yer vermek gibi şekil şartlarına da uyulması gerekir. Soruşturma sürecinde yapılan bütün işlemlere ait bilgi, belge ve deliller bir dizi pusulasıyla birlikte soruşturma raporuna eklenerek rapor, soruşturmacıyı görevlendiren makama sunulur.<sup>47</sup> Raporu alan merci, karar verilmek üzere dosyayı Yetkili Kurula<sup>48</sup> iletir.<sup>49</sup> İlk soruşturma yapılmışsa yetkili amir, soruşturma raporunu yetkili kurula iletmekle yükümlüdür. İletmeme gibi bir yetkisi ya da takdir hakkı bulunmamaktadır. Ancak pratikte yetkili kurula göndermeme gibi uygulamaların olduğu da görülmektedir.<sup>50</sup>

Yetkili kurula iletilen soruşturma raporunda soruşturmacının “Lüzum-u Muhakeme (son soruşturmanın açılması)” ya da “Men-i Muhakeme (son soruşturmanın açılmaması)” yönündeki kanaati gerekçeleriyle açıklanır ve bu kanaatinin oluşmasına dayanak gösterilen bilgi, belge ve deliller ayrıntılı olarak belirtilir.<sup>51</sup> Soruşturmacının kanaati, ceza verilip verilmemesi ya da yargılama yapılıp yapılmaması hususunda tek başına yeterli değildir. Bu konuda takdir Yetkili Kurullara aittir. Yetkili Kurullar, soruşturmacının kanaati yönünde ya da aksi yönde karar verebilirler. Yetkili kurullar, üye tam sayısı ile toplanırlar ve salt çoğunlukla karar verirler. 2547 sayılı Kanununun 53/c-4 maddesi gereğince yetkili kurullarca verilecek men-i muhakeme kararları resen, lüzum-u

<sup>47</sup> **Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği:** RGT. 03.08.1982, RGS. 17771, md. 28.

<sup>48</sup> Yetkili makamın hangi merciler olduğu ve yetkili kurulların kimlerden oluştuğu 2547 sayılı Kanununun 53. maddesinin a ve c fıkrasında düzenlenmektedir.

<sup>49</sup> **GÜRGEN**, Lütfi: “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 6, S. 11, 2018, s. 159-160.

<sup>50</sup> **MESCİ/AYDIN**, s. 51-52.

<sup>51</sup> **D. 1. D.**, 08.12.2005, E. 2005/1113, K. 2005/1641 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2005-1113.htm> 21.10.2024.)

muhakeme kararları ise itirazen Danıştay'daki ilgili kurullar<sup>52</sup> tarafından incelenmektedir. Danıştay tarafından yetkili kurul tarafından verilmiş olan kararın onanması halinde karar kesinleşir. Kesinleşen Lüzum-u Muhakeme kararları iddianame niteliğindedir.<sup>53</sup>

Soruşturma süreciyle ilgili önemli diğer bir husus ise, hakkında soruşturma yürütülen yükseköğretim personelinin tedbir amaçlı olarak görevden uzaklaştırılmasıdır. Görevden uzaklaştırma kararı, soruşturmanın sağlık bire şekilde yürütülmesini ve delillerin karartılmasını önlemek amacıyla verilen tedbir nitelikli bir karardır. Görevden uzaklaştırma kararının hangi şartlarda ve nasıl verilebileceğine 2547 sayılı Kanunun 53/B-1 maddesinde düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemeye göre, "...Görevden uzaklaştırma tedbiri disiplin veya ceza soruşturmasının herhangi bir safhasında üç ay süreyle alınabilir. Soruşturmayı yürütenler görevden uzaklaştırmayı teklif edebilirler. Bu sürenin bitiminde tedbir kararının alınmasına ilişkin sebeplerin devam etmesi halinde tedbir her defasında üç ay uzatılabilir". Kanun maddesinin devamında ise, "Görevden uzaklaştırmaya, yükseköğretim üst kuruluş başkanları ile devlet yükseköğretim kurumlarında atamaya yetkili amirler, vakıf yükseköğretim kurumlarında ise rektörler ve bağımsız vakıf meslek yüksekokullarında müdürler yetkilidir. Rektörlerin, bağımsız meslek yüksekokulu müdürlerinin ve dekanların görevden uzaklaştırması kararı disiplin amirinin teklifi üzerine Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından verilir. Görevden uzaklaştırma kararları atamaya yetkili amirlere bildirilir..." hükümleri yer almaktadır.<sup>54</sup>

Profesörler hakkında görevden uzaklaştırma kararı alma usulü, diğer yükseköğretim personelinden farklıdır. 2547 sayılı Kanunun 13. maddesine göre profesörler, rektörler tarafından atanırlar. Dolayısıyla profesörler açısından atamaya yetkili amir rektördür. Bu durumda yasa hükmüne göre, profesörlerle ilgili görevden uzaklaştırma kararlarının rektörlerce verilmesi gerekir. Uygulamada da bu kararlar rektörler

<sup>52</sup> Bu incelemeyi yapma görevi; soruşturulan kişinin Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri olması hâlinde Danıştay'ın İdari İşler Kurulu'na, diğer kimseler bakımından ise Danıştay Birinci Dairesine aittir.

<sup>53</sup> **TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 41.

<sup>54</sup> **2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu**, md. 53/B.

tarafından verilmektedir. Buraya kadar bahsedilen usul diğer yükseköğretim personeliyle aynıdır. Profesörlerin görevden uzaklaştırılması ile ilgili farklılık, Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği ile getirilmiştir. Yönetmeliğin 25. maddesinde profesörler hakkında rektörler tarafından verilecek görevden uzaklaştırma kararlarının Yükseköğretim Başkanlığından onaylanması gerektiği belirtilmiştir. Böylece diğer yükseköğretim personelinde farklı olarak profesörler için bir onay mekanizması oluşturulmuştur.<sup>55</sup>

Görevden uzaklaştırma kararı vermeye bazı istisnai durumlarda doğrudan Soruşturmacı da yetkilidir. Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği'nin 25. maddesine göre, "...kasasını, veznesini, ambar ve deposunu saydırmaktan, para ve para hükmündeki değerli evrakı, ayniyatı, bunların hesap ve defterlerini göstermekten, sorulara cevap vermekten kaçınanlar, irtikap, rüşvet veya zimmeti tespit edilen veya görevlerini önemli şekilde kötüye kullandıkları görülenler, evrakta tahrifat ve sahtecilik yapanlar ile soruşturma konusu ağır hapsi gerekenler..." hakkında doğrudan soruşturmacı tarafından görevden uzaklaştırma kararı verilebilir. Soruşturmacı, yukarıda sayılan istisnai durumlar dışında doğrudan görevden uzaklaştırma kararı veremez, ancak yetkili merciden talep edebilir. Görevden uzaklaştırmaya soruşturmacı karar vermiş olsa bile görev başlatma kararı, atamaya yetkili amir tarafından verilir. Soruşturmacının göreve başlatma kararı verme yetkisi bulunmamaktadır.<sup>56</sup>

Görevden uzaklaştırma kararından sonra en geç 10 iş günü içinde soruşturmaya başlanması gerekmektedir. Süresi için soruşturmaya başlanmaması, keyfi olarak kin veya garezle işten el çektirilmesine karar verilmesi durumunda bu karar verenlerin hukuki, cezai ve mali sorumlulukları bulunmaktadır. En çok 3 aylık süre için verilebilen görevden uzaklaştırma kararı, gerek görülmesi halinde 3'er aylık süreler şeklinde uzatılabilir. Bu tedbire ihtiyaç kalıp kalmadığı her 3 ayda bir atamaya yetkili amir tarafından incelenir. Bu tedbire ihtiyaç kalmaması

<sup>55</sup> MESÇİ/AYDIN, s. 47.

<sup>56</sup> Yükseköğretim Denetleme Kurulu Teşkilât ve Çalışma Usulleri Yönetmeliği, md. 25

durumunda görevden uzaklaştırma kararı her zaman için atamaya yetkili amir tarafından kaldırılabilir. Soruşturma sonucunda memuriyetten çıkarma dışında bir ceza verilenler, beraatine karar verilenler, genel aftan yararlananlar ya da memuriyetine engel olmayacak bir ceza alanlar derhal göreve iade edilirler.<sup>57</sup>

## 2. Son Soruşturma

2547 sayılı Kanununun 53. maddesinde düzenlenmiş olan ceza soruşturmasının ikinci aşaması Son Soruşturma aşamasıdır. Bu aşamaya geçilip geçilmeyeceğine, diğer bir deyişle hakkında soruşturma yürütülen şüpheli hakkında kamu davası açılıp açılmayacağına, yetkili kurul tarafından karar verilmektedir.

### a. Yetkili Kurul Kararı

Şüphelinin görevine ve tabi olduğu kanuna göre yetkili kurul farklılık göstermektedir. “Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay’ın 1. Dairesi;<sup>58</sup> devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul; üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıları ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşacak üç kişilik kurul; öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili il idare kurulu” yetkili kurul olarak karar verir.<sup>59</sup>

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız usullere göre belirlenen Yetkili Kurul, kendisine gönderilen soruşturma raporunu ve ekindeki dosyayı inceler. Herhangi bir eksiklik tespit etmesi durumunda eksikliğin giderilmesi için dosyayı soruşturmayı yürüten kuruma geri göndererek

<sup>57</sup> 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, md. 53/B.

<sup>58</sup> Kanun maddesinde 2. Daire olarak belirtilmiş olmakla birlikte, 2. Dairenin bu görevi 02.06.2004 tarihli ve 5183 sayılı Danıştay Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 12. maddesi gereğince 1. Daireye verilmiştir.

<sup>59</sup> 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, md. 53/c-2.



eksikliğin giderilmesini talep eder. Eksiklik tespit edilmemişse ya da geri gönderme kararı sonrasında eksiklik giderilerek dosya yetkili kurula tekrar gönderilmişse Kurul, tarih ve sayı vererek bir karar alacak<sup>60</sup> ve bu kararı bir tutanağa bağlayacaktır. 2547 sayılı Kanununun 53. maddesine göre Yetkili Kurul, yargılama yapılmasının gerektiğine ilişkin “Lüzum-u Muhakeme” kararı ya da yargılama yapılmasına ihtiyaç olmadığına ilişkin “Men-i Muhakeme” kararı verebilir. Yetkili kurul, bu iki karar dışında başka bir karar alamaz.<sup>61</sup> Kurul üyeleri vermiş oldukları bu kararlardan ve kanaatlerinden dolayı sorumlu tutulamazlar.<sup>62</sup> Ancak bu sınırsız sorumsuzluk değildir. Kurul kararını “oy çokluğu” ya da “oy birliği” ile alabilir. Kurul üyeleri çekimser oy kullanamazlar. Kurul üye tam sayısı ile toplanır, asıl üyelerin yasa gereğince ya da mazeretleri nedeniyle katılamaması durumunda yedek üyelerle üye tam sayısı sağlanır. Kararlar salt çoğunluk ile alınır.<sup>63</sup> Oy çokluğu ile alınmış kararlarda alınankarara katılmayan üyenin muhalefet şerhine de kararda yer verilmesi gerekir.<sup>64</sup>

Yetkili kurul, “soruşturma konusu eylemin disiplin soruşturmasını gerektirmesi, ceza kanunlarına göre suç teşkil etmemesi, idari yargı kapsamında olması, daha önceden aynı konuda kesinleşmiş bir karar olması, şüphelinin kendisine isnat edilen fiili gerçekleştirdiğinin sübuta ermemesi” durumunda men-i muhakeme (kovuşturmaya yer olmadığı) kararı vermesi gerekir. CMK 172/2 maddesi gereğince men-i muhakeme, diğer bir ifadeyle kovuşturma yer olmadığı kararı verildikten sonra yeni bir delil ortaya çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmamaktadır.<sup>65</sup>

Yetkili kurul, soruşturma sürecinde şüpheli hakkında toplanan bilgi, belge ve delillerin suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe

<sup>60</sup> D. 1. D, 16.09.2008, E.2008/1037, K.2008/861, (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2008-1037.htm> 21.10.2024.)

<sup>61</sup> D. 1. D, 04.02.2005, E. 2004/663, K. 2005/119, (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2004-663.htm> 21.10.2024.)

<sup>62</sup> D. 1. D, 11.12.2007, E. 2007/1357, K. 2007/1507 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2007-1357.htm> 21.10.2024.)

<sup>63</sup> 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, md. 61.

<sup>64</sup> DİDDK, 16.04.2009, E. 2006/69, K. 2009/1089 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/iddgk-2006-69.htm> 21.10.2024.)

<sup>65</sup> GÖKÇAN/ARTUÇ, s. 706.

oluşturduğu kanaatine varırsa kamu davası açılmasına, diğer bir ifadeyle Lüzum-u Muhakemeye karar vermelidir.<sup>66</sup> Son soruşturma aşamasında yetkili kurullarca verilen ve kesinleşen Lüzum-u Muhakeme kararları “iddianame” niteliğinde olduğundan, bir iddianamede olması gereken bütün unsurlar kararda yer almalıdır. Bu nedenle yetkili kurul kararlarının büyük titizlikle ve konunun uzmanları tarafından hazırlanması gerekir. Ancak uygulamada çoğunlukla konunun uzmanı kişi ya da kurullarca (Danıştay hariç) hazırlanmamaktadır. Bu durum hem soruşturmacı hem yetkili kurul üyeleri hem de şüpheliler açısından sorun yaratmaktadır.<sup>67</sup>

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 4483 sayılı Kanunda dava zamanaşımı sürelerine ilişkin bir hüküm bulunmadığı için yetkili kurul tarafından son soruşturmada verilecek kararlarda göz önünde bulundurulması gereken zamanaşımı süreleri konusunda bir belirsizlik söz konusudur. Bu belirsizlik, 5237 sayılı CMK’da yer alan zamanaşımı sürelerine ilişkin düzenleme ile aşılabilmektedir.<sup>68</sup> Benzer şekilde iddianame niteliğinde olan yetkili kurul kararlarında yer alması gereken hususların<sup>69</sup> tespitinde de 2547 sayılı Kanun ve 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmaması nedeniyle 5271 sayılı CMK’nın uygulanması gerekir.<sup>70</sup> Örneğin; CMK 172/1 maddesi gereğince yetkili kurul

<sup>66</sup> PINAR, s. 160.

<sup>67</sup> MESCİ/AYDIN, s. 81-82.

<sup>68</sup> MESCİ/AYDIN, s. 61.

<sup>69</sup> 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, md. 170; “Şüphelinin kimliği; müdafî, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği; mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi; açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği; şikâyette bulunan kişinin kimliği; şikâyetin yapıldığı tarih; yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri; yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi; suçun delilleri; şüphelinin tutuklu olup olmadığı, tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri” gösterilir. Ayrıca iddianamede, “yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır; yüklenen suçu oluşturan olaylar ve suçun delilleriyle ilgisi bulunmayan bilgilere yer verilmez; iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür; iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği, suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri” açıkça belirtilmelidir.

<sup>70</sup> DUMAN, s. 84.

kararlarında itiraz hakkı, süresi ve itiraz merciinin gösterilmesi zorunludur. Nitekim Türkiye'nin en üst hukuk normu olan 1982 Anayasasının 40. maddesi 2. fıkrasında da benzer bir şekilde "Devlet işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" hükmüne yer verilmiştir.

Kurul tarafından verilen kararlar, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgililere (cumhuriyet başsavcılığı, şikayetçi ve şüpheli) tebliğ edilir. Tebligat, itiraz ve dava açma süresinin tespitinde önemli olduğundan bu konuda azami özenin gösterilmesi gerekmektedir. 2547 sayılı Kanunda tebligat ilişkin hüküm bulunmadığından 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligat yapılmalıdır. Aksi halde kişilerin itiraz etme ve dava açma hakları elinden alınmış sayılacağı için bu durum usul eksikliği sayılarak verilen kararlar mahkemelerce iptal edilmektedir.<sup>71</sup> Kurul kararı, ayrıca, hakkında soruşturma yürütülenin özlük dosyasına konulması ve gerekli işlemlerin yapılması için görev yaptığı daire amirine, kendiliğinden veya itiraz üzerine incelenmek üzere Danıştay'ın ilgili dairesine gönderilir.<sup>72</sup> Lüzumu muhakeme kararlarına itirazda bulunulmaz ya da bulunulmasına rağmen karar Danıştay tarafından onanırsa, kurul kararı kamu davası için ilgili mahkemeye gönderilir.<sup>73</sup>

Kimi yazarlar, tahkik (soruşturma) sisteminin benimsendiği 2547 sayılı Kanunda 657 sayılı Kanuna tabi yükseköğretim personeli için kovuşturma diğer ifadeyle yargılama yapılıp yapılmayacağına karar verecek yetkili kurul olarak İl İdare Kurulu olarak belirlenmesinin 2547 sayılı Kanunun sistematığına uygun olmadığını belirterek bu uygulamaya karşı çıkmaktadır.<sup>74</sup> Ancak kanaatimize göre uygulama doğrudur, hatta eksiktir. Yükseköğretim kurumlarında görevli 657 sayılı DMK'ya tabi personel için 4483 sayılı Kanundaki usulün diğer kurumlardaki aynı kanuna tabi personele uygulandığı gibi uygulanması

---

<sup>71</sup> D. 1. D, 20.10.2006, E. 2006/783, K. 2006/938 (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2006-783.htm> 21.10.2024.)

<sup>72</sup> DUMAN, s. 84.

<sup>73</sup> MESCI/AYDIN, s. 66-67.

<sup>74</sup> MESCI/AYDIN, s. 58.

gerektiği düşünölmektedir. Bu durumda akademik personel ile 657 sayılı Kanuna tabi personel müstereken suç işlediklerinde ne olacak sorusu akla gelebilir. Bunun cevabı ise, tüm soruşturmalarda ve kovuşturmalarda uygulanan genel kuralın, astın üste tabi olduğu hukuki rejimin uygulanması olacaktır.<sup>75</sup> Diğer bir ifadeyle akademik personel ile memurlar müstereken soruşturulduğunda üst statüde yer alan akademik personelin tabi olacağı usul olan 2547 sayılı Kanuna göre işlem yapılacaktır. Bu önerimiz hangi kurumda çalışırsa çalışsın 657 sayılı Kanuna tabi personel arasındaki uygulama birliği sağlamak açısından gerekli olduğu düşünölmektedir.

### **b. Yetkili Kurul Kararlarına İtiraz Usulü**

Yürütölen ceza soruşturması sonucunda yetkili kurul tarafından verilen men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararlarına itiraz edilebilir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda itirazın hangi mercie yapılacağı belirtilmemiş, ancak yapılan itirazı karara bağlayacak merci belirtilmiştir. Bu nedenle itirazların men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme kararını veren makama yapılması gerekmektedir. Ancak uygulamada karar vermeye yetkili kurullar verdikleri kararları tebliğ edilmek üzere dosyayı kendilerine tevdi eden mercilere göndermekte ve tebligat bu merciler tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle de itirazlar kararı tebliğ eden mercilere yapılmakta, bu merciler ise kendilerine iletilen itirazlar yetkili kurullara göndermektedir. Ceza soruşturmasının son soruşturma aşamasında men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı veren yetkili kurul ile verilen bu karara karşı yapılan itirazı değerlendirecek merci farklıdır. Örneğin; men-i muhakeme ya da lüzum-u muhakeme kararı, Danıştay 1. Dairesi tarafından karar verilmiş ise, itiraz Danıştay İdari İşler Kurulunca; diğer kurullar tarafından verilmiş kararlar ise itiraz Danıştay 1. Dairesince karara bağlanacaktır.<sup>76</sup>

2547 sayılı Kanunda itirazların hangi süreler içerisinde yapılacağı düzenlenmemiştir. Bu nedenle 4483 sayılı Kanunun 9. maddesinde kararın tebliğinden itibaren 10 gün olarak belirlenen itiraz sürelerinin uygulanması gerekir. Bu süre kesin olup sağlık raporu vb. mazeretler

<sup>75</sup> 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, md. 53/c-5.

<sup>76</sup> MESCI/AYDIN, s. 68.

süresi kesmemektedir.<sup>77</sup> 2547 sayılı Kanunda kimlerin itiraz edebileceği konusunda da bir netlik bulunmamaktadır. Buradaki belirsizlikler yargı kararlarıyla giderilmeye çalışılmaktadır. Danıştay, Cumhuriyet Başsavcılarının Lüzum-u Muhakeme veya Men-i Muhakeme kararlarına itiraz edemeyeceklerine;<sup>78</sup> şikayetçilerin ise, Men-i Muhakeme kararlarına itiraz edebileceğine karar vermiştir.<sup>79</sup> Ceza soruşturması sonunda verilen kararlara karşı itiraz dışında başka bir yargı yolu bulunmamaktadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Karar düzeltme ya da ikinci bir itiraz yolu öngörülmemiştir.<sup>80</sup> Ayrıca idari işlem niteliği taşımadığı ve yargı işlevinin bir parçası olduğu kabul edilen yetkili kurul kararlarına karşı idari bir başvuru yolu da bulunmamaktadır.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> D. 2. D, 08.06.2001, E.2001/754, K.2001/1585  
(<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/2d-2001-754.htm> 21.10.2024.)

<sup>78</sup> D. 1. D, 28.06.2008, E.2008/746, K.2008/784  
(<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2008-746.htm> 21.10.2024.)

<sup>79</sup> D. 1. D, 16.09.2008, E.2008/617, K.2008/878,  
(<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2008-617.htm> 21.10.2024.)

<sup>80</sup> D. 1. D, 22.09.2005, E.2005/661, K.2005/1048  
(<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/1d-2005-661.htm> 21.10.2024.)

<sup>81</sup> **DİDDGK**, 08.11.1985, E. 1985/126, K. 1985/109, (Danıştay Dergisi, S. 62-63, Y. 1986, s. 130-134. E.T. 27.09.2024 <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2021-02-24-02-31-6950435.pdf>);

**DİDDK**, 23.6.2006, E. 2006/871, K. 2006/759 (Danıştay Dergisi, S. 114, Y. 2007, s. 81-85. E.T. 27.09.2024 [https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/20\\_05\\_2019\\_043018.pdf](https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/20_05_2019_043018.pdf));

**DİDDK**, 22.11.2007, E. 2004/125, K. 2007/2320 (Danıştay Dergisi, S. 118, Y. 2008, s. 59-62. E.T. 27.09.2024 [https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/20\\_05\\_2019\\_042915.pdf](https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/20_05_2019_042915.pdf));

**D. 5. D**, 10.1.1991, E. 1990/4543, K. 1991/13 (Danıştay Dergisi, S. 82-83, Y. 1992, s. 442-443. E.T. 27.09.2024 <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2021-02-24-02-08-5783006.pdf>);

**D. 10. D**, 15.1.1992, E. 1991/3500, K. 1992/46 (Danıştay Dergisi, 86, 1993, s. 594. E.T. 27.09.2024 <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2021-02-24-02-36-2595547.pdf>);

**D. 12. D**, 14.4.2006, E. 2003/1018, K. 2006/1436 (Danıştay Dergisi, S.113, Y.2006, s.386-388. E.T. 27.09.2024 [https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/20\\_05\\_2019\\_043031.pdf](https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/20_05_2019_043031.pdf));

### c. Yargılamaya Yetkili Mercii

Yükseköğretim personeli hakkında yürütülen ceza soruşturması sonucunda verilen Lüzum-u Muhakeme kararının itiraz edilmemesi ya da yapılan itirazın reddedilmesi nedeniyle kesinleşmesinin ardından yargılama süreci başlar. Yargılamada hangi mahkemelerin yetkili ve görevli olduğu de 2547 sayılı Kanunun 53/c-4 maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyelerinin yargılanması Yargıtay ilgili ceza dairesi, temyiz incelemesi Ceza Genel Kurulu; diğer görevlilerin yargılanmaları ise suçun işlendiği yer adliye mahkemeleri tarafından yapılması öngörülmektedir.

### SONUÇ

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sırasında ya da görevleri dolayısıyla işledikleri suçlardan dolayı haklarında açılacak ceza soruşturmalarını izin sistemine bağlamıştır. Ancak söz konusu kanunla bazı kamu görevlileri istisna tutulmuş ve bunlar için özel soruşturma usulleri benimsenmiştir. İstisna kapsamındaki kamu görevlileri arasında yükseköğretim personeli de bulunmaktadır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, akademik ve idari yükseköğretim personeli için diğer kurumlarda görev yapan memur ve diğer kamu görevlilerinden farklı bir ceza soruşturması usulü getirmektedir. Bu usul farklılığı zaman zaman sorunlara yol açmaktadır. Ancak akademik personelin yapmış olduğu eğitim faaliyetleri ve bilimsel çalışmalar göz önüne alındığında yapmış oldukları işin niteliği gereği ve akademik özerkliğin sağlanması açısından farklı bir ceza soruşturması usulüne tabi olmalarının son derece normal ve gerekli olduğu düşünülmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesindeki özel usul düzenlemesi nedeniyle yükseköğretim personelinin ceza soruşturması "izin" değil, "tahkik (soruşturma)" sistemine göre yapılmaktadır. Ayrıca 2547 sayılı Kanunda 2016 yılında yapılan değişiklikle "inceleme" aşaması da yasaya eklenmiştir. Böylece, inceleme konusunun soruşturma açmayı

gerektirici nitelikte olup olmadığının tespiti amaçlanmıştır. Çünkü kamu personeli tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen eylem, somut dayanaktan yoksun sadece soyut bir iddiadan ibaret olabileceği gibi ceza soruşturması değil de disiplin soruşturması açılmasını gerektirir eylem niteliğinde olabilir. Ya da Cumhuriyet başsavcılığınca genel hükümlere göre soruşturması gereken bir eylem olabilir. Soruşturma öncesinde yapılacak inceleme ile hem akademik personelin haksız yere zan altında bırakılması hem de gereksiz soruşturma açılması önlenmektedir. Bu nedenle kamu personeli ceza soruşturmasına inceleme aşamasının eklenmesinin doğru bir yaklaşım olduğu düşünülmektedir.

Kimi yazarlar, tahkik (soruşturma) sisteminin benimsendiği 2547 sayılı Kanunda 657 sayılı Kanuna tabi yükseköğretim personeli için son soruşturmanın İl İdare Kurulu tarafından yapılmasını 2547 sayılı Kanunun sistematığına uygun olmadığını belirtmektedir. Ancak kanaatimize göre uygulama doğrudur, hatta eksiktir. Çünkü 657 sayılı DMK'ya tabi bütün personelin görev yaptıkları kurum ve kuruluşlardan bağımsız olarak aynı mevzuata ve usule tabi olması gerektiği düşünülmektedir. Yapmış olduğu için niteliği ve akademik özerkliğin sağlanabilmesi amacıyla akademik personel için düzenlenmiş olan özel ceza soruşturması usulünün aynı kurumda görev yaptıkları gerekçesiyle idari personele de genişletilmiş olmasının hatalı bir uygulama olduğu değerlendirilmektedir. Bu nedenle de kanaatimizce yükseköğretim kurumlarında görevli 657 sayılı DMK'ya tabi personel için 4483 sayılı Kanundaki usulün diğer kurumlardaki aynı kanuna tabi personele uygulandığı gibi uygulanması gerekmektedir. Akademik personel ile idari personelin birlikte suç işledikleri iddiasının varlığı halinde tüm soruşturmalarda ve kovuşturmalarda uygulanan genel kural olan astın üstün tabi olduğu hukuki rejime bağlı olacağı ilkesi uygulanacak ve 2547 sayılı Kanundaki özel ceza soruşturması usulüne göre işlem yapılacaktır.

Yetkili kurullarca verilen Lüzum-u Muhakeme kararları kesinleştiği takdirde "iddianame" niteliği taşıdığından, bir iddianamede olması gereken bütün unsurları içermesi gerekir. Ancak uygulamada bahse konu kararların işin uzmanları tarafından hazırlanmadığı ve bu nedenle de eksikliklerden kaynaklı çeşitli sorunların yaşandığı görülmektedir. Bu tür sorunların yaşanmaması için son soruşturmayı yürüten kurulun, kurumların bünyesindeki hukuk müşavirliklerinden ya da konunun uzmanı kişilerden destek alması önerilmektedir.

Yükseköğretim kurumlarının güvenilirliğini korumak, aynı zamanda da personelin görevlerini yaparken hukuk dışına çıkmalarını engellemek amacıyla yapılan ceza soruşturmaları, kamusal görev bilinci ve sorumluluğu ile özenle yürütülmelidir. Ceza soruşturmalarını adil ve tarafsız bir şekilde yürütülmesi, varsa suç unsuru içeren iş ve işlemlerin bütün yönleriyle ortaya çıkarılması, aynı zamanda da hakkında soruşturma yürütülen kamu görevlisinin haklarının korunması hukuk devleti olmanın ve adaleti sağlamanın gereğidir. Bu nedenle bu konularda oldukça özenli ve hassas olunması gerektiği düşünülmektedir.



## KAYNAKÇA

- AKKAN**, Tahir Murat: “4483 sayılı Kanun’a Göre Memurların Yargılanmasında İdari Süreç.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi, 2009.
- ASLAN**, Onur Ender: “Memurların Yargılanması Hakkındaki Yeni Yasa Üzerine Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi* 33, No. 1 (Mart 2000): 59-77.
- DUMAN**, Bahattin: *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması: Yönetici- Personel-Öğrenci*. Ankara: Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- EREN**, Abdurrahman: “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile Onu Yürürlükten Kaldıran Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un Karşılaştırılması.” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 55, No. 3 (2000): 55-79.
- GÜRGEN**, Lütfi: “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6, No. 11 (2018): 145-168.  
<https://doi.org/10.18771/mdergi.437237>
- GÖKCAN**, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- GÖZLER**, Kemal/KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2013.
- MESCİ**, Hatice/AYDIN, Vahdettin: “Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturması Usulü”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, No. 2 (2017): 1-91.
- ÖZTÜRK**, İlhami/SÜMER, Arif Emre: “Yükseköğretim Personeli Hakkındaki Şikayetler Üzerine Verilen Ceza Soruşturması Açılmaması Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, No. 50 (2022): 279-304. <https://doi.org/10.54049/taad.1093120>
- PINAR**, İbrahim: *4483 Sayılı Kanuna Göre Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza Soruşturması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

**SALİHOĞLU**, Enver/**DEMİRKOL**, Selami: 4483 sayılı Kanun ile Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Öncesi Aşamaya İlişkin Usul ve İşlemler. İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.

**TOROSLU**, Nevzat/**FEYZİOĞLU**, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018. 41.

**UĞUR**, Hüsamettin: "3828 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'na Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri," *TBB Dergisi*, No. 76 (2008): 289-320.

**YILMAZ**, Dilşat: "Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XVII*, No. 1-2 (2013): 101-125.  
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1837229>

## ÜST HAKKININ SÜRESİNDEN ÖNCE ARAZİ MALİKİNE DEVRİ

Arş. Gör. Elif Rumeysa GÜRBÜZ\*

### Öz

Üst hakkının süresinden önce arazi malikine devri, Türk Medeni Kanunu'nun 831. ve 833. maddeleri arasında düzenlenen, üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerinin sınırlarını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmesi durumunda arazi maliki tarafından başvurulabilecek hukuki bir yoldur. Kanun koyucu 1990 yılında getirmiş olduğu hükümlerle süresinden önce devri düzenleme altına almış olmasına rağmen bu müesseye uygulamada doğru şekilde anlaşılamamıştır. Her şeyden önce süresinden önce devir, üst hakkının sona erme hallerinden birisi değildir. Zira devir durumunda üst hakkı sona ermekte, malik lehine irtifaka dönüşmektedir. Ayrıca arazi malikinin, üst hakkının kendisine devrini isteyebilmesi için hak sahibine uygun bir bedel ödemesi gerekmektedir. Kusur, bedelin belirlenmesinde indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır. Taraflar sözleşmeye, bedelsiz bir şekilde üst hakkının devredileceğine ilişkin bir kayıt koyarlarsa, süresinden önce devre ilişkin hükümlerin emrediciliğinin bir sonucu olarak sözleşmenin bu hükmü geçersizdir. Bedel, taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış ise uygun bedel olma şartını sağladığı takdirde geçerli kabul edilmelidir.

\* Arş. Gör., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Erzincan, Türkiye ✉ Res. Ass., Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Ankara, Turkey.

✉ elifgurbuz@gmail.com • ORCID 0000-0001-9429-393X.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: GÜRBÜZ, Elif Rumeysa: "Üst Hakkının Süresinden Önce Arazi Malikine Devri", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2769-2808.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

- Üst Hakkı • İrtifak Hakkı • Uygun Bedel • Kusur • Lehine İrtifak

## TRANSFER OF THE RIGHT OF SUPERFICIES TO THE LAND OWNER BEFORE THE EXPIRY OF THE TERM

### Abstract

Premature transfer of the right of superficies to the landowner is a remedy regulated under Turkish Civil Code Articles 831-833, which may be applied in the event that the owner of the right of superficies grossly exceeds the limits of the powers arising from this right or significantly violates his contractual obligations. Although the legislator has regulated this institution with the provisions introduced in 1990, in practice, it has not been understood correctly. First of all, transfer before the expiry of the term is not one of the cases of termination of the right of superficies. Because the right of superficies does not terminate, but turns into an easement in favor of the owner. In addition, in order for the landowner to request the transfer of the right of superficies to himself, he must pay an appropriate value. Fault should be taken into account as a reason for deduction in determining this value. If the parties include a clause in the contract stating that the right of superficies shall be transferred free of charge, this provision is invalid as a result of the mandatory of the provisions. The parties' predetermination of the value in the contract should be considered valid if it meets the condition of being the appropriate value.

### Keywords

- Right of Superficies • Right of Easement • Appropriate Value • Fault • Easement in Favor of the Owner

## GİRİŞ

Üst hakkı, başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde yapı inşa etmek veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek suretiyle söz konusu yapı üzerinde, hak sahibine ayrı bir mülkiyet hakkı veren irtifak hakkı türüdür. Bu hak ile üst hakkı sahibi arazinin mülkiyetini edinmeden inşa faaliyetini ya da mevcut inşayı muhafaza arzusunu gerçekleştirmekte, arazi maliki ise masrafa girmeksizin arazisini değerlendirme imkânına kavuşmaktadır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (MK) yürürlüğe girmesi ile üst hakkı, hukuk sistemimizde ilk kez düzenleme altına alınmıştır. Ancak mevcut düzenlemenin yetersizliğinin anlaşılması üzerine 1990 yılında üst hakkına ilişkin hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Üst

hakkı şu an yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) 726. maddede ve 826-836. maddeleri arasında düzenleme altına alınmıştır.

Getirilen yeniliklerden birisi üst hakkının süresinden önce arazi malikine devri müessesesidir. Bu hüküm ile arazi maliki, üst hakkından doğan yetkilerini ağır şekilde aşan veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde ihlal eden üst hakkı sahibine karşı önemli bir hukuki imkân kavuşmuştur. Bu hukuki imkân, arazi maliki tarafından, mevcut hak sahibinden, hakkın süresi dolmadan dahi üst hakkının devrinin talep edilebilmesidir.

Üst hakkının süresinden önce arazi malikine devrini, şartları ve sonuçlarıyla birlikte ele aldığımız bu çalışmada öncelikle genel olarak üst hakkından ve üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin içerdiği hükümlerden bahsedilecek; ardından devrin şartları ve devir gerçekleştiğinde doğacak hukuki sonuçlar doktrin ve yargı kararları ışığında detaylı olarak irdelenecektir.

## I. ÜST HAKKI KAVRAMI VE ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİ

### A. Üst Hakkı Kavramı

Bir arazi üzerindeki mülkiyet hakkı, bu arazinin üstünde ve altında yapılan yapıları kapsamına alır (TMK m. 718/1). Arazi üzerindeki yapıların, kural olarak, arazi malikinden başka bir kimseye ait olması söz konusu hüküm gereğince mümkün değildir. Ancak TMK m. 718/2 hükmünde geçen “yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere” ibaresi, bu kuralın istisnalarının olduğuna işaret etmektedir. Bu istisnalardan biri de üst hakkıdır<sup>1</sup>. Gerçekten de üst hakkı sayesinde başkasına ait bir arazinin altında

<sup>1</sup> Üst hakkı terimi noktasında, mukayeseli hukukta ve Türk hukuk doktrininde ifade birliği bulunmamaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninde “droit de superficie”, Almanca metninde ise “baurecht” ifadesi kullanılmıştır. Üst anlamına gelen “super” ile yüz anlamına gelen “facies” ifadelerinin birlikte kullanılması ile bir şeyin üste bakan yüzünü anlatan superficies ifadesi üst hakkını karşılamaktayken; inşaat veya yapı anlamına gelen “bau” ile hak anlamına gelen “recht” ifadelerinin oluşturduğu baurecht ifadesi ise inşaat/yapı hakkını karşılamaktadır. Bkz. GÜRZUMAR, Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 31; ÜNAL, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara, 1988, s. 4. Türk doktrininde üst hakkı ifadesinin, müessesenin muhtevasını tam olarak karşılamadığından bahisle “yapı hakkı” olarak anılması gerektiğine iliş-

ya da üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, arazi maliki dışında bir kişiye ait olabilir<sup>2</sup>.

Üst hakkı, Türk Medeni Kanunu'nda m. 726'da ve 826-836 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TMK m. 726'da "*Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin irtifak hakkı sahibine ait olur.*"; m. 826'da "*Bir taşınmaz malikinin, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabilir.*" hükümleri yer almaktadır. Bu hükümler ışığında üst hakkı, hak sahibine, başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde bir yapı inşa ederek o yapı üzerinde malik olma yetkisi tanıyan irtifak hakkı şeklinde tanımlanabilir<sup>3</sup>. Bu itibarla, üst hakkı bir başkasının arazisinin mülkiyetini elde etmeden o arazinin geliştirilmesine olanak sağlar ve genellikle uzun süreler için kuruldukları için bu anlamda da büyük ölçüde taşınmaz mülkiyetine yaklaşır<sup>4</sup>.

Yukarıda bahsi geçen hükümler kapsamında, üst hakkının iki yönünün olduğu ifade edilebilir. Bunlardan biri asli hak niteliğindeki irtifak

---

kin bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, üst hakkı ilk bakışta, başkasına ait arazinin sadece üstünde kurulan bir hakkı; inşaat hakkı da sadece inşa eylemiyle ilgili bir hakkı ifade eder gibi görünmektedir. Bu gerekçeyle söz konusu müesseseyi en iyi anlatan terim yapı hakkıdır. Bkz. ÜNAL, Yapı Hakkı, s. 4 vd. İnşaat hakkı ifadesinin daha isabetli olduğu yönündeki görüşe göre ise, tesis edilen hak arazinin sadece üstüne değil, altına da ilişkindir. Bu nedenle inşaat hakkı ifadesi tercih edilmelidir. Bkz. ARAL, Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1962, s. 2, dp. 4; AYİTER, Nuşin, Eşya Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 165; AKİPEK, Jale G.: "Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti", Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972, s. 31. Çalışmamız kapsamında, TMK'da tercih edildiği şekilde üst hakkı ifadesi kullanılacaktır.

<sup>2</sup> AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Üçüncü Kitap-Mahdut Ayni Haklar, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 122; ÜNAL, Yapı Hakkı, s. 47; GÜRZUMAR, s. 32.

<sup>3</sup> SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 628; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 24. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, N. 3086; STAUDINGER, Ansgar, Handkommentar zum BGB, Reiner Schulze u.a., Buch 3: Sachenrecht, §§ 903 – 1017, 11. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2022, §§ 1012-1017ex-Erbbaurecht, N. 3; HALACZINSKY, Raymond, Rössler/Troll Bewertungsgesetz (BewG) Kommentar, Band 1, §§ 1-150, 37. Aufl., Vahlen Verlag, München, 2023, § 68 N. 21; WEIß, Bernhard, Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, Sachenrecht, §§ 854-1296, 9. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 2023, ErbbauRG § 1, N. 3.

<sup>4</sup> STAUDINGER, N. 2.

hakkı, diğeri ise irtifak hakkından doğan ve ona bağlı olan mülkiyet hakkıdır. Bu açıdan irtifak ve mülkiyet hakkı, üst hakkının ayrılmaz, bir bütün teşkil eden (*sine qua non*) iki unsurunu oluşturur. Öyleyse üst hakkı kurulmadan mülkiyet hakkı meydana gelmez. İnşaat üzerindeki mülkiyet hakkının mukadderatı, irtifak hakkının mukadderatına bağlıdır<sup>5</sup>.

## B. Üst Hakkı Sözleşmesi

### 1. Genel Olarak

Üst hakkının kazanılması tescille veya tescil dışı olabilir. Tescille kazanım hallerinde üst hakkının kurulmasına temel olan işlem genellikle irtifak sözleşmesidir. Bu irtifak sözleşmesi, Kanun'da düzenleme altına alınmayan isimsiz kendine özgü (*sui-generis*) bir sözleşme olan üst hakkı sözleşmesidir. Bu sözleşmeye göre taraflardan biri, maliki olduğu arazi üzerinde bir başkasına üst hakkı tesis etme borcu altına girerken diğer taraf, lehine kurulacak olan üst hakkı sayesinde o arazide yapı inşa ederek veya mevcut yapıyı muhafaza ederek bu yapılar üzerinde mülkiyet hakkı kazanır<sup>6</sup>.

Ancak üst hakkının kurulması sadece sözleşme ile sınırlı değildir. Üst hakkı sağlararası bir işlemle tesis edilebileceği gibi uygulamada sık rastlanılmamakla birlikte bir ölüme bağlı tasarruf ile de kurulabilir. Bu sebeple üst hakkının hukukî sebebi bir tek taraflı ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetname veya miras sözleşmesi de olabilir<sup>7</sup>. Ancak üst hakkı uygulamada daha çok bir irtifak sözleşmesi ile kurulduğu ve süresinden önce devir bağlamında sözleşmeye aykırılık inceleneceği için bu çalışmamızda üst hakkı sözleşmesi üzerinden bir inceleme yapılacaktır.

### 2. Üst Hakkının İçeriği

Üst hakkının içeriği (muhtevası), TMK m. 726/1 ve 826'da asgari olarak belirtilmektedir. Bununla birlikte taraflar aralarında anlaşarak, asgari içeriğin yanı sıra başka yükümlölük ve yetkileri de üst hakkının kapsamına dahil edebilirler. Sözleşme özgürlüğünün ruhuna uygun olarak,

<sup>5</sup> AKİPEK, Üst Hakkı, s. 62 vd.; ÜNAL, Yapı Hakkı, s. 91 vd. Gürzumar irtifak hakkının zaten üst hakkının kendisi olduğunu, inşaat üzerindeki mülkiyet hakkının ise bu irtifak hakkının üst hakkı sahibine sağladığı bir ayrıcalıktan ibaret olduğunu ifade etmektedir. Bkz. GÜRZUMAR, s. 32.

<sup>6</sup> YÜCER AKTÜRK, İpek, Üst Hakkı Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 98 vd.; DEMİRSATAN, Barış, Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 33 vd.

<sup>7</sup> ATLAN GÜRER, Hülya, Tapu Kütüğüne Taşınmaz Olarak Kaydedilebilen Bağımsız ve Sürekli İrtifak Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 51.

sözleşme tarafları, kanundan kaynaklanan sınırlamaları ihlal etmemek kaydıyla istedikleri herhangi bir anlaşmaya varabilirler<sup>8</sup>. Ancak her şeyden önce üst hakkı sözleşmesinin objektif esaslı unsurları içermesi gerekir. Bunlardan ilki, üst hakkının sahibine verdiği irtifak hakkı; diğeri ise yüklü taşınmaz üzerindeki inşaatın mülkiyet hakkıdır. Bu iki unsur doktrinde yapı irtifakı ve yapı mülkiyeti şeklinde ifade edilmektedir<sup>9</sup>.

Doktrinde üst hakkının içeriği genellikle ikili bir ayırımında incelenmektedir: Üst hakkının kanun ile belirlenen içeriği ve sözleşme ile belirlenen içeriği.

### a. Kanun ile Belirlenen İçerik

Türk Medeni Kanunu m. 826/1 hükmünde düzenlenen ve üst hakkının zorunlu içeriğini oluşturan ilk unsur, üst hakkı sahibine, bir eşyayı belirli bir surette kullanma yetkisi veren irtifak hakkıdır. Hak sahibi, hakkın konusu olan taşınmazı herhangi bir biçimde değil; kanunda gösterilen biçimde, yani sadece arazinin altında ya da üstünde inşaat yapmak ya da zaten yapılmış olan inşaatı o taşınmazda alıkoymak suretiyle kullanacaktır<sup>10</sup>. Üst hakkı sahibi, hakkını inşaat yaparak değil de örneğin o alanda ziraat yaparak veya arabasıyla oradan geçerek kullanamaz<sup>11</sup>. Öyleyse üst hakkı sahibi yüklü taşınmazdan istediği gibi değil, sadece kanunun belirlediği şekilde yararlanacaktır.

<sup>8</sup> Borçlar Kanunu hükümleri, irtifak sözleşmelerine, ancak bu sözleşmelerin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde ve eşya hukuku ilkelerine aykırı düşmemek kaydıyla uygulanabilecektir. Özellikle üst hakkı sözleşmesi gibi kanunda belirtilen ancak içeriği ayrıntılı olarak düzenlenmeyen irtifak sözleşmelerinde, sözleşme hukukunda geçerli olan sözleşme özgürlüğü (özel olarak içeriğini belirleme özgürlüğü), aynı haklara hâkim olan numerus clausus ilkesiyle sınırlandırılmıştır. Bkz. **HITZ**, Flurina: Das Baurecht als Selbstständiges und Dauerndes Recht: Konstruktion aus Dinglichen und Obligatorischen Rechtspositionen, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2017, N. 272.

<sup>9</sup> **ÜNAL**, Yapı Hakkı, s. 96-98. Sürenin, sözleşmenin objektif esaslı unsuru olup olmadığı tartışmalıdır. Gürzumar'a göre, devredilemeyen bir üst hakkı varsa süre sözleşmenin esaslı unsuru niteliğinde değildir; zira şahısla kaim üst hakkı zaten hak sahibinin ömrü boyunca devam eder, devredilebilir üst hakları açısından ise süre, sözleşmenin objektif esaslı unsuru kabul edilmelidir. Eşyaya bağlı üst hakkının ise süre belirlenmediği sürece süresiz olduğu kabul edilir. Bkz. **GÜRZUMAR**, s. 161-162.

<sup>10</sup> **AKİPEK**, Üst Hakkı, s. 45; **ÜNAL**, Yapı Hakkı, s. 102.

<sup>11</sup> **ÜNAL**, Yapı Hakkı, s. 99. İnşaat yapmak üst hakkı sahibine tanınmış bir yetki olduğundan onun kanunun kendisine tanıdığı bu yetkiye dayanarak mutlaka inşaat yapma mecburiyeti yoktur. Bkz. **AYAN**, Mehmet, Eşya Hukuku III-Sınırlı Ayni Haklar, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2020, s. 127; **AKİPEK**, Üst Hakkı, s. 45.



Türk Medeni Kanunu m. 726/1'e göre üst hakkının, sahibine tanıdığı bir diğer hak, yapılan veya zaten var olan inşaat üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Yapı, üst hakkı kurulduktan sonra inşa edilmişse, mülkiyet hakkı yapının inşa edildiği anda doğar. Üst hakkı kurulduğu sırada hali hazırda yapılmış ve sözleşme kapsamına dahil bir yapı varsa, bu durumda mülkiyet hakkı üst hakkı kurulduğu esnada kendiliğinden (*ipso iure*) kazanılmış olur<sup>12</sup>.

Üst hakkı sahibi, mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetki çerçevesinde inşaat üzerinde hukuki veya fiili tasarruflarda bulunabilir. Bu doğrultuda üst hakkı sahibi, inşaatı yıkarak yeniden yapabilir, inşaatı kiraya verebilir, aksine bir anlaşma mevcut değilse yani üst hakkı taşınmaz lehine kurulmamışsa mülkiyeti devredebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, inşaat üzerindeki mülkiyet hakkının üst hakkına bağlı ve bu hakka tabi olmasıdır. Bu nedenle mülkiyet hakkı, üst hakkından ayrı olarak başkasına devredilemez. Bir diğer ifadeyle bu haklardan birisinin saklı tutularak diğerinin devri mümkün değildir<sup>13</sup>.

### b. Sözleşme ile Belirlenen İçerik

Üst hakkının kanun ile belirlenen asgari içeriğinin yanında taraflar sözleşme ile çeşitli hükümler de kararlaştırabilirler<sup>14</sup>. Üst hakkını kuran sözleşmedeki (resmi senetteki) hükümler, hukuki nitelikleri bakımından üç ana grupta toplanabilir. Bunlar; aynî etkiye sahip hükümler, nispi etkiye sahip hükümler ve eşyaya bağlı borç niteliğindeki hükümlerdir. Son gruptaki hükümler ise kendi içinde, kanun gereği eşyaya bağlı borç niteliğinde olan ve sözleşme ile belirlenen eşyaya bağlı borç niteliğinde olan hükümler olarak iki şekilde ele alınabilir<sup>15</sup>.

Türk Medeni Kanunu m. 827'ye göre, “Üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmî senette yer alan, özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları herkes için bağlayıcıdır”. Buna

<sup>12</sup> AKİPEK, Eşya Hukuku, s. 134; GÜRZUMAR, s. 117-119.

<sup>13</sup> AKİPEK, Eşya Hukuku, s. 134.

<sup>14</sup> Sözleşme ile kabul edilen içerik tapu kütüğünden, üst hakkı ile ilgili tescil işleminden, açık olarak herkesçe anlaşılabilir ve görülebilir olmalıdır; bu ise üst hakkı tescil edilirken kütüğe bununla ilgili sözleşmedeki hükümlerin yazılması ile ya da müsbit evrak, belgeler siciline yollama yapılmak suretiyle sağlanabilir. Bkz. AKİPEK, Üst Hakkı, s. 53.

<sup>15</sup> ÖZBİLEN, Arif Barış: “Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı”, TBB Dergisi, C. 29, S. 126, 2016, s. 267-268.

göre, tarafların sözleşmeye ekledikleri her husus değil; hakkın içerik ve kapsamıyla ilgili olup resmi senette yer alan hususlar aynî etkiye sahiptir. Örneğin inşaatın konumu, yüksekliği, biçimi ve cinsine ilişkin kayıtlar bu niteliktedir<sup>16</sup>.

Sözleşmede yer alan bazı hükümler ise sadece taraflar arasında etki doğurur, yani nispî etkili hükümlerdir. Örneğin, üst hakkı sahibinin, arazi malikine karşı yerine getirmeyi üstlendiği bedel ödeme borcu<sup>17</sup>, sadece taraflar arasında sonuç doğuran hükümlerdendir<sup>18</sup>. Üst hakkı bedeli, irtifakın kurulması edimine karşılık olarak, üst hakkı sözleşmesinde kararlaştırılan karşı edimi ifade eder. Unutulmamalıdır ki bedel, üst hakkının kurulması için zorunlu bir unsur değildir, ivazsız olarak da üst hakkı kurulabilir. Bu itibarla, bedel, üst hakkının sebebini oluşturan hukuki işlemin objektif esaslı bir unsuru değildir<sup>19</sup>.

Sözleşmede yer alan hükümlerden aynî ve nispî etkiye sahip olanlar dışında kalanlar ise eşyaya bağlı borç<sup>20</sup> niteliğindedir. Türk Medeni Kanunu ve mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda, sözleşmede yer almasa bile salt kanundan doğan eşyaya bağlı borçlar düzenlenmiş; bunun yanında

<sup>16</sup> AKİPEK, Üst Hakkı, s. 52 vd.; ÜNAL, Yapı Hakkı, s. 121 vd. TMK m. 827'de belirtilen kayıtların örnek mahiyetinde olduğu yönünde bkz. GÜRZUMAR, s. 123; KARACA, Ayşe: Üst Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalı, Ankara, 2015, s. 45. Bu kayıtların sınırlı sayıda olduğu, bu konular dışında kalan sözleşme hükümlerinin aynî etkiyi haiz olmayacağı yönünde bkz. ERGANİ, Emre Ergin: Üst Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Antalya, 2015, s. 76.

<sup>17</sup> Burada bahsi geçen bedel, üst hakkının sona ermesi halinde üst hakkının eski sahibine MK m. 829-830 kapsamında ödenecek bedel ile karıştırılmamalıdır.

<sup>18</sup> GÜRZUMAR, s. 124; ÖZBİLEN, s. 271; ATLAN GÜRER, s. 259. Üst hakkı bedelinin, üst hakkının aynî niteliğinin kapsamında olduğu yönünde bkz. AKİPEK, Üst Hakkı, s. 53. İsviçre'de üst hakkı sözleşmesinin taraflarının, bedele ilişkin sözleşme hükümünü tapu siciline şerh ettirmek suretiyle eşyaya bağlı bir borç oluşturmaları imkânı 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanun değişikliği ile mümkün olmuştur. Bkz. DEMİRSATAN, s. 52; ÖZBİLEN, s. 275-276.

<sup>19</sup> GÜRZUMAR, s. 154.

<sup>20</sup> Eşyaya bağlı borçlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN, Kemal: "Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar", İÜHFİM, C. 31, S. 1-4, 1965, s. 209 vd.; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2015, s. 58-60.

sadece sözleşmede düzenlenmesi halinde eşyaya bağlı borç doğuracak bazı hususlara da yer verilmiştir<sup>21</sup>.

Tarafların aralarında anlaşarak belirleyebileceği eşyaya bağlı borçlardan birisi TMK m. 829'da düzenlenmiştir. Hükme göre taşınmaz maliki, aksi kararlaştırılmamışsa, kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine kural olarak herhangi bir bedel ödemez ancak üst hakkı kurulurken sözleşme (resmi senet) ile uygun bir bedel ödenmesi kararlaştırılmışsa, miktarı ve hesaplanış biçimi belirlenir. Dolayısıyla söz konusu hüküm, taraflara aralarında anlaşarak bir eşyaya bağlı borç oluşturabilme hakkı vermektedir<sup>22</sup>.

Kanun gereği kendiliğinden doğan eşyaya bağlı borçlardan ilki ise TMK m. 834'te yer alan üst hakkı iradının güvencesi olarak ipotek kurulmasını isteme hakkıdır. İlgili hüküm ile kanun koyucu, yüklü taşınmaz sahibinin çıkarlarını belli bir sınırdan da olsa korumayı amaçlayarak, üst hakkı sahibine ipotek kurma borcu yüklemiştir. Yüklü taşınmaz maliki açısından ipotek hakkı, alacağı teminat altına alan fer'i haklardan birisidir<sup>23</sup>.

Kanundan doğan eşyaya bağlı borçlardan, çalışmamızın da esas konusunu oluşturan bir diğeri ise üst hakkının süresinden önce arazi malikine (yüklü taşınmaz sahibine) devir istemidir. TMK m. 831'de süresinden önce devir istemi; TMK m. 832'de ise bu hakkın kullanılmasına ilişkin hususlar düzenlenmektedir. Her iki hüküm birlikte ele alındığında, üst hakkı sahibinin, yetkilerini ağır bir şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmesi ve üst hakkının devrini isteyen malikin de üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödemesi şartlarının birlikte bulunması halinde üst hakkının süresi sona ermemiş olsa dahi arazi malikine devri mümkündür.

<sup>21</sup> ENDES SELVİ, Nurtaç: Üst Hakkının Sona Ermesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya, 2023, s. 32.

<sup>22</sup> ÜNAL, Üst Hakkı, s. 194; DEMİRSATAN, s. 30-32.

<sup>23</sup> GÜRZUMAR, s. 131; ÖZBİLEN, s. 280-281.

## II. ÜST HAKKININ SÜRESİNDEN ÖNCE ARAZİ MALİKİNE DEVRİ VE BUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

### A. Genel Olarak

1926 yılında İsviçre'den iktibas edilen Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlüğe girmesi ile üst hakkı hukuk sistemimize girmiştir. MK'da üst hakkı, tıpkı İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) olduğu gibi iki madde halinde düzenlenmiştir<sup>24</sup>. Bu hükümlerin ihtiyaçları karşılamada yetersiz olduğu, uzunca bir süre kanun öncesi uygulamaların<sup>25</sup> devam etmesi sebebi ile anlaşılmasa da 60'lı yıllardan sonra uygulamadaki eksikliklere ilişkin yazılar, doktrinde sıkça kaleme alınmaya başlanmıştır<sup>26</sup>. Eleştirilere göre Türk kanun koyucusunun, İsviçre'de olduğu gibi üst hakkına nadiren başvurulduğu için iki maddede düzenlenmiş olması şeklinde bir gerekçesi olamazdı, zira Osmanlı döneminde bu tür uygulamalar yaygındı<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Alman hukukunda ise yirminci yüzyılın ilk günü yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) üst hakkı ilk kez kanunî bir düzenlemeye kavuşmuştur. Ancak kısa bir süre sonra, getirilen hükümlerin ihtiyaçları karşılamadığı anlaşılmış ve 1919 yılında kanun kuvvetindeki bir tüzük ile BGB'nin üst hakkına ilişkin hükümleri kaldırılarak yeni bir düzenleme yapılmıştır. 2007 yılında ise söz konusu tüzüğün adı "Erbbaurechtsgesetz (Erbbaurechtsgesetz)" olarak değiştirilmiştir. Almanya'daki yapı hakkına ilişkin son değişiklik ise 2013 yılında gerçekleştirilmiştir. (<https://www.gesetze-im-internet.de/erbbauv/BJNR000720919.html> Erişim Tarihi: 16.05.2024).

<sup>25</sup> 864 sayılı Tatbikat Kanunu m. 18: "*Kanunu medeninun meriyeti zamanında mevcut olan aynı haklar, gayrimenkul sicillerine müteallik hükümler meri olmak şartile mahfuzdur. Maa-mafih işbu kanunda bir hükmü istisnaî mevcut olmadıkça hakkı mülkiyetin ve diğer aynı hak-ların şümulü, meriyeti başlar başlamaz yeni kanuna tâbidir. Yeni kanuna nazaran tesisleri kabil olmayan filhal mevcut aynı haklar, eski kanuna tâbi kalırlar.*" Bu hüküm gereğince, MK yürürlüğe girmeden önceki dönemde kazanılan ve üst hakkı kurumuna uygun olan haklar yeni hukuka tabi olmak şartıyla devam etmiştir. Bu haklardan MK uyarınca kurulması mümkün olmayanlar ise beyanlar sütununa yazılacağı kabul edilmiştir. Bkz. **ARAL**, s. 78 vd. **ERGANİ**, s. 12-14.

<sup>26</sup> **ARAL**, s. 5-6.

<sup>27</sup> Mecelle m. 1194'e göre bir arsaya sahip olan üstündeki boşluğa ve toprağın içine de malik olur. Bu genel kurala m. 1192 bir istisna getirmekte ve malikin mülki üzerinde başkasına aynı yahut nispî haklar sağlayabileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ONAR**, Sıddık Sami: "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification'u: Mecelle", *İÜHFİM*, C. XX, S. 1-4, 1955, s. 74-75. Mecelle'de düzenlenen, bir başkasına sağlanabilecek bu haklar İslam Hukuku'nda karar hakkı olarak anılmaktaydı. Örneğin başkasına ait arazi üzerinde yapı veya ağaç bulundurma, yeni yapı inşa etmek karar hakkı kapsamında incelenmektedir. Osmanlı döneminde bazı bölgelerde sıklıkla uygulanan örfü belde ve paftos müesseseleri de karar hakları arasında sayılmaktadır. İzmir'in gelişerek yabancılar tarafından tercih edilen

Doktrin ve uygulama ışığında, üst hakkına ilişkin hükümlerin yeniden ele alınması ancak 1990 yılında gerçekleşebilmiştir<sup>28</sup>. İşte üst hakkının süresinden önce arazi malikine devri de 1990 yılında getirilen yeniliklerden birisidir. Müessesese, MK m. 751/e, f ve g'de üç bent halinde düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda da ilgili hükümlerde herhangi bir değişiklik yapılmamış; sadece e, f ve g bentleri, 831-832-833 olmak üzere üç ayrı maddede yeniden kaleme alınmıştır.

Mehaz kanunumuz İsviçre Medeni Kanunu'nda ise ilgili müessesese, 1965 yılında düzenleme altına alınmıştır<sup>29</sup>. İsviçre'de süresinden önce devre ilişkin hükümlerin gerekçesine bakıldığında yasama organının, üst hakkı sahiplerinin aleyhine oluşan durumun, taraf menfaatlerinin dikkate alınmasıyla yeniden düzenleme düşüncesinin olduğu anlaşılmaktadır<sup>30</sup>. Şöyle ki; önceki uygulamada arazi sahipleri, üst hakkı sahibinin yetkilerini aşması veya sözleşmeye aykırı davranması halinde oldukça düşük bedel ile bir alım hakkına sahip olacaklarına ilişkin hükme üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde yer veriyorlardı. Benzer şekilde arazi malikinin baskısı ile sözleşmede hafif yükümlülük ihlalinin dahi sözleşmenin sona ermesine neden olacağı, üstelik herhangi bir tazminat ödenmeyeceği hükmüne yer veriliyordu. Genellikle arazi sahibi olarak daha

---

bir şehir olması, ancak arazilerin Türklere ait olması, yabancılar için büyük sorun teşkil etmekteydi. Örfü belde müessesesi ile yabancılar, Türk malike başvurarak önce arazinin bedelinin yarısının, daha sonra da her yıl belirli bir bedelin ödenmesi ile arazi üzerinde meydana getirdiği yapının ve diktiği ağaçların maliki olma hakkı tanınmıştır. Pafos ise başkasına ait bir arazide bağ yetiştirme yetkisini bir başkasına veren bir haktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKINTÜRK**, Turgut/**KUNTALP**, Erden: "Pafos ve Örfü Belde", *AÜHFD*, C. 19, S. 1, 1962, s. 493-494.

<sup>28</sup> RG. 23.11.1990 T., 20704 S. Değişiklikler ile Kanun'un 751. maddesinin dili sadeleştirilerek maddeye İsviçre'den farklı olarak üst hakkının sürekli sayılabilmesi için gerekli olan asgari süreyi belirleyen bir hüküm eklenmiştir. Bunun dışında, genel olarak İsviçre'deki düzenlemelere paralel hükümler getirilmiştir. Eşyaya bağlı borçların ve kanunî ipotek haklarının yaratılması; bağımsız üst hakkına yüz yıllık bir azami süre getirilmesi vb. konularda değişiklikler yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları", *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. 2, 2003, s. 534.

<sup>29</sup> TMK m. 831-833'e (MK m. 751) karşılık gelen ZGB Art. 779f, 779g, 779h. Kenar başlığı: *Vorzeitiger Heimfall*.

<sup>30</sup> **HENGELER**, Benno, *Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall* (Art. 779c ff. ZGB), *Schultess Juristische Medien AG*, 2005, s. 152-153.

güçlü konumda bulunan tarafın, herhangi bir yükümlülüğün ihlal edildiği gerekçesi ile sözleşmeyi sona erdirmeleri istemi, üst hakkı sahiplerini oldukça zor duruma sokuyordu. Yasama organı tarafından farkedilen bu soruna yönelik olarak üst hakkının arazi sahibine sadece ağır ihlalin mevcudiyeti ve buna ek olarak uygun bir tazminat ödenmesi koşulu ile iade edilebileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir<sup>31</sup>.

Getirilen hükümlerin Kanun'daki sistematığına bakıldığında, ilgili hükümlerin esasen üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin sona ermesi hallerini düzenlemediği anlaşılmaktadır<sup>32</sup>. Başka bir deyişle, üst hakkının süresinden önce arazi malikine devredilmesi, üst hakkını sona erdiren hallerden birisi olarak kaleme alınmamıştır<sup>33</sup>. Zira böyle bir durumda üst hakkı, hak sahibinden alınarak arazi sahibine devredilmektedir. Böylece arazi sahibi hem arazinin hem de üst hakkının sahibi olur; böylece üst hakkı, malik lehine irtifaka dönüşür<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> BELEN, Herdem: "Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar", Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, 2005, s. 42; HENGELER, s. 153; GÜRZUMAR, s. 136 vd.; DEMİRSATAN, s. 90-93.

<sup>32</sup> Sürenin dolmasından önce malikin devir talebinde bulunması ve ardından devrin gerçekleştirilmesi durumunda üst hakkının ortadan kalkacağı yönünde bkz. AYAN, s. 131.

<sup>33</sup> Üst hakkının süresinden önce arazi malikine devri, çoğu kez, üst hakkı sözleşmesinde kararlaştırılan sona erme tarihinden önce üst hakkının erken ancak karşılıklı olarak sona erdirilmesiyle karıştırılmaktadır. Bağımsız bir üst hakkının süresinden önce sona erdirilmesi, arazi sahibinin ve inşaata yetkili olanların rızasını gerektirir ve kamuya açık olarak kaydedilmelidir. Ancak arazi maliki, süresinden önce üst hakkının geri alınması için her zaman mahkemede dava açabilir, karşı tarafla anlaşması gibi bir ihtiyaç bulunmamaktadır. Bkz. CANONICA, Francesco, Die Bewertung von Baurecht, Nutzniessung und Wohnrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, dp. 22.

<sup>34</sup> ÜNAL, Mehmet: "Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı", GÜHFD, C. XII, S.1-2, 2008, s. 228; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 10. Baskı, İzmir, 2012, N. 2438; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3108b; SPYCHER, Stephan, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 4. Aktualisierte Aufl., Zürich, 2021, Art. 779h, N. 3; CANONICA, s. 117; STAUDINGER, N. 12. "...Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 783. maddesinde irtifak hakkının, tescilin terkini veya yükü ya da yararlanan taşınmazın yok olmasıyla sona ereceği belirtilmiş ise de uygulamada ve doktrinde üst hakkı sözleşmesine aykırı davranışların da üst hakkı irtifakının terkini sebebi olacağı kabul edilmektedir." Y. 14. HD, 8.1.2014, E. 2013/11435 K. 2014/298, 8.1.2014, (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.05.2024). Kararda TMK'nın üst hakkının süresinden önce devrine ilişkin hükümlerden bahsedilmeden, üst hakkına aykırı davranışların üst hakkı irtifakının terkini sebebi kabul edileceği ifade edilse de kanunko-

## B. Hukuki Niteliği

Üst hakkının süresinden önce arazi malikine devri, yukarıda da bahsedildiği üzere kanun gereği eşyaya bağlı borçlardan birisidir. Kanunen eşyaya bağlı borç olmasının sonucu, üst hakkı sahibi ile arazi maliki arasında süresinden önce üst hakkının devri noktasında üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinde bir hüküm bulunmasa, hatta taraflar görüşüp üzerinde anlaşmamış olsalar dahi, kanun gereği şartlar gerçekleştiğinde mevcut ve sonraki malike karşı da ileri sürülebilecek olmasıdır<sup>35</sup>.

Üst hakkının süresinden önce arazi malikine dönmesini düzenleyen hükümler, niteliği itibariyle emredicidir<sup>36</sup>. Tarafların aksini kararlaştırması veya arazi malikinin bu hakkından feragat etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte söz konusu hükümler TBK'nın borca aykırılığını düzenleyen hükümlerine göre de özel niteliktedir. Dolayısıyla devri gerektiren

---

yucu üst hakkının sona ermesini değil arazi malikine devrini amaçlamaktadır. Böylece üst hakkının sona erme sebepleri sınırlandırılmaktadır. Bu yönde bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1004, dp. 477a.

<sup>35</sup> **HENGELER**, s. 154 vd.; **OĞUZMAN**, s. 214; **ENDES SELVİ**, s. 32.

<sup>36</sup> **SPYCHER**, Art. 779h, N. 1; **STADLIN**, Markus W./**OLANO**, Oscar: "Stockwerkeigentum am Baurecht – Regelung der Heimfallentschädigung im allgemeinen und im speziellen bezüglich "gemischt" genutzter Sonderrechtseinheiten", *AJP/PJA* 5/2006, s. s. 4; **DEMİRSATAN**, s. 91; **DÖRTTEPE OKUTAN**, Ayşegül, Türk Medeni Kanunu Uyarınca Üst Hakkının Sona Ermesi ve Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022., s. 97-98; **İŞİKAL**, Alper, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2023, s. 126. İlgili hükümler emredici nitelikte olduğu için, bu hükümlere aykırı idari işlemler de hukuka aykırı kabul edilmelidir. Dolayısıyla Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik m. 80/II: "Sözleşme hükümlerine aykırı davranılması, taşınmazın sözleşmede öngörülen amaç dışında kullanılması veya adına kullanma izni verilen ya da lehine irtifak hakkı kurulan tarafından talep edilmesi hâlinde sözleşme İdarece feshedilir. Bu durumda, izin sahibinden veya hak lehtarından cari yıl kullanma izni veya irtifak hakkı (Değişik ibare: RG-11/9/2014-29116) bedelinin yüzde yirmi beşi tutarında tazminat alınır ve ayrıca, alınan teminatlar Hazineye gelir kaydedilir." hükmü TMK m. 831'e aykırıdır. Üstünlük tanınması gereken TMK hükmüdür. Bu yönde bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 1004, dp. 478. Söz konusu hükümlerin emredici nitelikte olmadığı yönünde bkz. **ENDES SELVİ**, s. 102. Yazara göre üst hakkının tarafları arasında eşitlik vardır. Ne malikinin ne de üst hakkı sahibinin birbirlerine göre zayıf veya güçlü olduğu söylenemez. Dolayısıyla üst hakkı sahibinin tüketici veya kiracı gibi özel olarak korunmaya ihtiyacı yoktur. Buradan hareketle TMK m. 832 hükmü emredici değil, tamamlayıcı bir hükümdür.

bir aykırılığın mevcudiyeti halinde TMK m. 830 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>37</sup>.

### C. Kapsamı

Türk Medeni Kanunu m. 830 ve 831’de süresinden önce devrin kapsamına ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak ilgili hükümlerin, tüm üst hakkı türlerinde uygulanıp uygulanmayacağına tespiti gerekmektedir.

Devredilebilen kişisel irtifakların süresinden önce malike devredilmesi açısından herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim Kanun’da bunu sınırlayabilecek herhangi bir hüküm de yoktur. Devredilemeyen kişisel irtifaklar için bunu söyleyebilmek bu kadar basit değildir. Zira devredilemeyen kişisel irtifakların, bir üçüncü kişiye olmasa da arazi malikine devri de bir tür devir işlemidir.

Doktrinde devredilebilir olsa da olmasa da kişisel irtifaklara söz konusu hükümlerin uygulanabileceğini belirten bir görüş bulunmaktadır<sup>38</sup>. Bu görüşe göre devredilemeyen bir üst hakkının arazi malikinin rızası ile devredilebilir üst hakkına dönüştürülmesi mümkündür. Arazi maliki süresinden önce devir talebini ileri sürerken, aslında üst hakkının niteliğinin değişmesi yönünde rızasını da aynı talep içinde örtülü olarak açıklamış sayılır. Bu nedenle üst hakkının devredilebilirliği yönünden bir ayrıma gitmek makul değildir<sup>39</sup>.

Aksi yöndeki görüşe göre ise süresinden önce arazi malikine devir, devredilemeyen üst haklarının niteliğine uygun düşmemektedir. Zira üst hakkı devredilemez nitelikte ise onun ne üçüncü kişiye ne de arazi malikine devri mümkündür. Bu nedenle bu tür üst haklarına, söz konusu hükümleri uygulamanın mümkün olmadığı savunulmaktadır<sup>40</sup>. Bu noktada, devredilemeyen üst hakkına katlanan arazi malikinin neden daha az korunmaya değer olduğu sorusu gündeme gelebilir. Ancak bu görüşte olan yazarlara göre, arazi malikinin sözleşmeden doğan TBK m. 112’ye dayalı

<sup>37</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3103; DEMİRSATAN, s. 91-92. Söz konusu hükümler olmasa idi, TMK m. 5’in yaptığı yollama ile BK m. 90 vd. (TBK m. 106 vd.) hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün olabilirdi. Bu yönde bkz. ER-TAŞ, N. 2434.

<sup>38</sup> HENGELER, s. 156-157; YÜCER AKTÜRK, s. 145; IŞIKAL, s. 119.

<sup>39</sup> HENGELER, s. 156-157.

<sup>40</sup> WOLFISBERG, Jonas, Abwehrensprüche im Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten, Schulthess Verlag, Zürich, 2022, s. 57; DEMİRSATAN, s. 96-97; SİRMEN, s. 631, dp. 150.



hakları zaten devam etmektedir; bunun yanında üst hakkı sahibinin aykırı davranışlarına karşı arazi malikinin el atmanın önlenmesi davası açması da pek tabii mümkündür. Kaldı ki TMK m. 831 hükmü özel nitelikte bir hükümdür ki özel hükmün uygulanamaması durumunda genel kurallar uygulama alanı bulacaktır<sup>41</sup>.

### III. ÜST HAKKININ SÜRESİNDEN ÖNCE ARAZİ MALİKİNE DEVRİ İSTEMİNİN ŞARTLARI

#### A. Üst Hakkı Sahibinin Yetkilerini Aşması veya Yükümlülüklerine Aykırı Davranması

Türk Medeni Kanunu'nun 831. maddesinde üst hakkının süresinden önce arazi malikine devredilebilmesi için öngörülen ilk şart, üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmasıdır. Bu şartlar kümülatif değil alternatiftir. Dolayısıyla aynî haktan doğan yetkilerin aşılması veyahut da yükümlülükler aykırı davranılması halinde bu şartın gerçekleştiği kabul edilmelidir.

#### 1. Üst Hakkı Sahibinin Yetkilerini Aşması

Üst hakkı sahibinin yetkilerini aşması, hükümde öngörülen alternatif iki şarttan ilkidir. Buna göre, hak sahibi aynî haktan doğan yetkilerini sınırları içinde kullanmadığı takdirde arazi malikinin süresinden önce sona erdirme talebi ile karşı karşıya kalabilecektir.

Aynî haktan doğan yetkiler, üst hakkının doğası gereği içeriğinde mündemiç olan yetkililerdir. Bir diğer ifade ile, üst hakkını tanımlarken üzerinde durulan "*yapı inşa etme*" "*mevcut inşaatı muhafaza etme*" "*bunlar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olma*" gibi unsurlar aynî haktan doğan yetkililerdir.

TMK m. 831 hükmü, devir talebi için salt üst haktan doğan yetkilerin aşılmasını yeterli görmemekte; bunun için bir ölçü belirlemektedir. Yani her yetki aşımı arazi malikine bu hakkı vermemektedir; yetkilerin "ağır şekilde" aşılmış olması gerekmektedir. Hangi tür davranışların yetkilerin ağır şekilde aşılması olarak değerlendirileceği ise somut olayın kendine özgü şartları dikkate alınarak belirlenmelidir. Ancak her hâlükârda bir standart dikkate alınmalıdır. Bu standart, "arazi malikinin

<sup>41</sup> DEMİRSATAN, s. 97.

ilişkiyi sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek bir düzeyde yetkilerin aşılması” şeklinde ifade edilebilir<sup>42</sup>.

Aynî haktan doğan yetkilerin ağır şekilde aşılması olarak nitelendirilebilecek bazı davranışlara örnek kabilden şunlar verilebilir: Üst hakkının sahibine yapı inşa etme yetkisi verdiği göz önünde bulundurulduğunda inşa edilecek yapının tarafların anlaşmasına uygun olmaması<sup>43</sup> veya mevcut yapının muhafazasının sağlanmaması aynî haktan doğan yetkilerin ağır ihlali anlamına gelebilir<sup>44</sup>. Bununla birlikte üst hakkı sahibi, üzerinde yapı bulunmayan alandaki bütünleyici parça niteliğindeki ağaçları kesip yakamaz, doğal ürün olan meyveleri toplayamaz. Böyle bir durumda da, ağırlığın ölçüsüne göre, üst hakkı sahibi aynî haktan doğan yetkilerini aşmış sayılır<sup>45</sup>. Ayrıca üst hakkının içeriğinde yapının mülkiyetine sahip olma unsuru da yer aldığı için, üst hakkı sahibinin söz konusu taşınmazı taşkın kullanmasından dolayı da yetkisini ağır şekilde ihlal etmiş sayılabileceği kanaatindeyiz. Zira üst hakkı sahibi, mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetki çerçevesinde inşaat üzerinde hukuki veya fiili tasarruflarda bulunabilir. Mülkiyet hakkının taşkın kullanılması da yetkilerin önemli ölçüde aşılması kabul edilebilir. Örneğin yapının, komşuluk hukukundan doğan sınırlamalara aykırı kullanılarak komşulara zarar verilmesi halinde de arazi maliki devir talebinde bulunabilecektir<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3105.

<sup>43</sup> HENGELER, s. 165. İnşaat yapma hakkına sahip kişi, konut binası yerine ticari bir bina, kayıkhaneye yerine tatil evi inşa eder ya da sosyal konut yerine lüks apartmanlar yaparsa (yani yapı, öngörülenden tamamen farklı türde ise) üst hakkı sahibinin bu binanın mülkiyetini elde edemez. Ancak üst hakkı sahibi hiçbir zaman malik olmamış olsa dahi, süresinden önce devir söz konusu olabilecektir. Bu şekilde aykırı bir yapı inşa edilmesi, şüphesiz aynı haktan doğan yetkilerin ağır ihlali anlamına gelir. Dolayısıyla, arsa malikinin üst hakkının kendisine devredilmesini talep etmekte özgür olduğu yönünde bkz. HENGELER, dp. 424’teki yazarlar.

<sup>44</sup> DÖRTTEPE OKUTAN, s. 94.

<sup>45</sup> Üzerinde yapı bulunmayan alan, üst hakkı sahibinin fiili hakimiyetinde değildir; bu nedenle bu kısım üzerinden yararlanma hakkı aynı hak kapsamında kabul edilemez. Bkz. ÖZMEN, E. Saba/KORKMAZ, Tuba: “Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler”, MHFD, S. 1 2020, s. 171.

<sup>46</sup> Taraflar anlaşarak sözleşmede de komşuluk hukukuna aykırı davranışların üst hakkının süresinden önce devri sebebi olabileceğini kararlaştırabilirler. Bu görüşümüzü destekler nitelikte, İsviçre’de Ziefen Belediyesi ve Yaşlılar Konut Kooperatifi arasında düzenlenen noter tasdikli üst hakkı sözleşmesinin içeriğinde komşuluk hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde süresinden önce devrin gerçekleştirileceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Sözleşme örneği için bkz. Bauvertragsvertrag Genossenschaft Hintermatt (www.ziefen.ch, Erişim Tarihi: 19.05.2024).

## 2. Üst Hakkı Sahibinin Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerle Aykırı Davranması

Türk Medeni Kanunu m. 831'de yer alan bir diğer alternatif koşul sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırı davranılmasıdır. Bu koşula göre, taraflar arasındaki irtifak sözleşmesine aykırı bir davranış olmalı ve bu davranış önemli ölçüde aykırılık<sup>47</sup> teşkil etmelidir. Dolayısıyla hafif yükümlülük ihlalleri arazi malikine süresinden önce devri isteme hakkı tanımayacaktır. Hangi tür davranışların sözleşmenin önemli ölçüde ihlali anlamına geleceği, tıpkı yetki aşımının ağırlığının belirlenmesinde olduğu gibi, hâkim tarafından TMK m. 4 hükmü dikkate alınarak, "arazi malikinin ilişkiyi sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek düzeyde yükümlülüklerle aykırı davranılması" şeklindeki kriter ışığında belirlenmelidir.

Örneğin üst hakkı sahibinin sözleşmede inşaata başlayacağı tarihi belirtmesine rağmen o tarihte henüz başlamamış olması, taşınmazın bakımı ve korunması noktasında sözleşmede belirtilen hükümlere uyulmaması gibi ihlaller ağırlığı ölçüsünde arazi malikine süresinden önce talep hakkı verebilecektir<sup>48</sup>.

Üst hakkı bedeline (veya iradına) ilişkin sözleşme hükümlerine aykırı davranılması halinde arazi malikinin devir hakkının olup olmadığı

<sup>47</sup> "...Haklı nedenler sözleşme hükümlerinin ihlali veya gözetilmemesinden ibaret olabilir. İhlaller, ağır olmalıdır veya daha hafif ihlaller söz konusu olduğunda, tekrar etmelidir. Bu durum, dürüstlük kuralı uyarınca, ihlalin devam veya tekrar etmesi durumunda sözleşme son verileceğine ilişkin bir ihtar verilmesini gerektirecektir..." İFM, 4C\_35/2006. Karar için bkz. DEMİRSATAN, s. 103, dp. 393.

<sup>48</sup> HENGELER, s. 167; DÖRTTEPE OKUTAN, s. 95. 1959 yılında bir belediye, bir kamu şirketine, yıllık bedel ödemesi karşılığında 99 yıl süreyle, kendi arazisi üzerinde otel-restoran inşa etmesine ve işletmesine izin veren bir üst hakkı tanımıştır. Şirket 2008 yılında otel-restoranın yerine yeni bir bina kompleksi inşa etmeyi planlamıştır. Düzenlenen mimari yarışmada mevcut binanın yıkılmasını ve yerine başka bir yapının yapılmasını içeren bir proje seçilmiştir. 2017 yılında, belediye CC 779f uyarınca üst hakkının süresinden önce devrini talep etmiştir. Şirketin, binayı sürekli olarak temiz ve bakımlı tutma ve binayı otel turizmi için kullanma yükümlülüklerini ciddi şekilde ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Kanton mahkemesi binanın bakımı noktasında ciddi sözleşme ihlali olduğunu, binayı belirli bir süre için turistik amaçlarla (restoran ve otel) kullanılmasını kararlaştırıldığı ancak yeni projenin uygulanmasının doğrudan bu hedefe yönelik olmadığı gerekçesiyle şirketin yükümlülüklerine aykırı davrandığına karar vererek, CC 779f gereğince belediyenin erken iade talebinin yerinde olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. PRADERVAND-KERNEN, Maryse: "Dienstbarkeitsrecht/Servitudes Urteilsbesprechung: TC FR 101 2021 307", Baurecht / Droit de la Construction (BR/DC), S. 167, 2023, s. 167-169.

hususunu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre bedel borcu, tarafların anlaşarak sözleşmeye ekledikleri bir hükümdür; dolayısıyla TMK m. 831 hükmü, bedel borcuna aykırılık halinde de uygulanmalıdır<sup>49</sup>. Aksi görüşe göre ise üst hakkı bedelinin irat biçiminde borçlanılması halinde, bunun güvencesi olarak TMK m. 834 hükmü kanunî bir ipotek hakkı öngörmüştür. Bu hüküm, irat borcunu yeterince güvence altına almaktadır; dolayısıyla süresinden önce devir talebinde bulunmaya gerek yoktur<sup>50</sup>. Kanaatimizce bedel borcu, taraflarca üzerinde anlaşarak sözleşmeye eklenen kayıtlardandır. Bedel borcunun ihlali halini, diğer sözleşme hükümlerinin ihlalden ayrı tutmak için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. TMK m. 831'in öngördüğü şekilde bedel borcuna "önemli ölçüde aykırılık"<sup>51</sup> mevcut ise süresinden önce devir hakkından yararlanılabilir. Aksi görüşte olan yazarların gerekçe olarak sunduğu kanunî ipotek imkânı ise zaten mevcuttur ancak bu mevcudiyet diğer imkânları sınırlandırmamaktadır; kaldı ki her iki müessesenin yöneldiği amaçlar da birbirinden farklıdır<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> AKÇAAL, Mehmet, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 209; DEMİR-SATAN, s. 94-95; GÜRZUMAR, s. 145; DÖRTTEPE OKUTAN, s. 95; IŞIKAL, s. 123. Yargıtay da üst hakkı bedelinin ödenmemesinin devir talebi için geçerli bir sebep olduğu kanaatinde. Kararda her ne kadar idare mahkemesinden gelecek kararın bekletici mesele yapılması gerektiği için bozma karar verilse de gerekçedeki ifadelerden bu yönde anlaşılmaktadır: "Davacı, 1524 parsel sayılı taşınmaz üzerine davalı şirket lehine 26.10.1994 tarihinde 49 yıl süre ile üst hakkı irtifakı tesis edildiğini ve bu irtifak hakkı üzerinde diğer davalı Jörg Schilling yararına da ipotek tesis edildiğini, 1999, 2000 ve 2001 yıllarına ait üst hakkı irtifak bedelinin ödenmemesi ve inşaatın süresinde bitirilmemesi nedeni ile davalı şirkete verilen iznin 24.06.2002 tarihinde kaldırıldığını ileri sürerek üst hakkı irtifakının ve ipotegin terkinini talep etmiştir.... Yasanın 827. maddesi hükmü gereğince bu sözleşme ancak, arazi maliki ile yapı maliki arasında resmi memur olan Tapu Sicil Müdürü önünde düzenlenir ve sözleşme içeriği de herkes için bağlayıcıdır." Y. 14. HD, 19.11.2012, E. 2012/11290, K. 2012/13299, (Sinerji, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

<sup>50</sup> HENGELER, s. 168. Ancak yazar, sadece tapuya taşınmaz olarak kaydedilen üst hakları için bu görüşü savunduğunu ayrıca ifade etmektedir.

<sup>51</sup> Bedel borcuna önemli aykırılık noktasında Işıkal, irat borcunun bir defaya mahsus ihlal edilmesi veya muacceliyetten sonra kısa bir sürede ödenmesi durumunda ağır ihlalin gerçekleşmiş sayılmaması gerektiğini, iradın ödenmesinde birden çok kere temerrüde düşülmesi veya gecikmelerin sık sık tekrarlanması halinde ağır ihlalin gerçekleşmiş kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. IŞIKAL, s. 123. ErbbauRG § 9/4'te süresinden önce devir hakkının iki yıllık irat tutarında temerrüde düşülmesi halinde kullanılabilceği hüküm altına alınmıştır. Bu da genel tavrın, ciddi bir tutarda temerrüdün gerçekleşmesi gerektiği yönünde olduğunu göstermektedir.

<sup>52</sup> Benzer görüşte olan Demirsatan'a göre, ipotek hakkı sadece irat şeklinde belirlenmiş bedel bakımından geçerlidir, dolayısıyla irat olarak belirlenmeyen bedellerde ipotek

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, tarafların sözleşmede süresinden önce devre ilişkin yükümlülük ihlali hali belirleme yetkisinin olup olmadığıdır. TMK m. 833 hükmü bunu açıkça düzenlemektedir. Hüküm taraflara, sözleşmede üst hakkından doğan yükümlülüklerle aykırı davranılması hallerini belirleme yetkisi vermiş görünmektedir. Hükümün devamında ise bu sözleşme hükümlerine de TMK m. 831-832'nin uygulanacağı belirtilmektedir. Buradaki temel sorun şudur: "Taraflar irtifak sözleşmesine, ağır yetki aşımı veya yükümlülüklerin önemli ölçüde ihlali olmasa dahi bir davranışın süresinden önce devre imkân tanıyacağına ilişkin bir hüküm ekleyebilirler mi?" Örneğin, "üst hakkı iradı bir sefere mahsus olarak ödenmez ise üst hakkı arazi malikine devredilecektir."<sup>53</sup> şeklindeki bir sözleşme hükmünün geçerliliği var mıdır?

Ertaş'a göre taşınmaz maliki şu iki halde devri talep edebilme hakkına sahiptir: Birincisi TMK m. 831'in lafzı, ikincisi ise üst hakkı sözleşmesinde öngörülen diğer haller. İkinci hal ile taraflar, diledikleri gibi, ihlalin ağırlığına veya önemine bakılmaksızın, hatta şarta veya vadeye bağlı bir şekilde dahi malike bu hakkı tanıyabilirler<sup>54</sup>. Bu görüşü daha temelli olarak gerekçelendiren Endes Selvi ise tarafların TBK m. 27'ye aykırı olmayan anlaşmalarının geçerli kabul edilmesi gerektiğini, zaten tarafların böyle bir hususa yer vermelerinin, bu hususun zaten aralarında özel önemi haiz olmasının bir göstergesi olduğunu ifade etmektedir. Böyle bir

---

imkânı zaten yoktur. Ayrıca ipotek hakkı, bedel borcuna aykırılığın bir yaptırımı değildir, bir teminattır. Yani ipoteğin kurulması, borca aykırı davranılması sonucuna bağlı değildir. Bu sebeple TMK m. 831, bedel borcunu da kapsamına almaktadır. **DEMİRSATAN**, s. 94.

<sup>53</sup> Bir Yargıtay kararına konu olayda devlet ormanına ait bir arazide kayak merkezi yapılması için irtifak hakkı tesis edilmiştir. İrtifak hakkı tesisine ilişkin senedin 16. maddesinde "...üst hakkı tesis edilen taşınmaz üzerinde yapılan tesise ait Turizm Yatırım veya Turizm İşletme belgesinin iptal edilmesi halinde üst hakkı iptal edilecektir." hükmüne yer verilmiştir. Yargıtay sözleşmeye aykırılık nedeniyle üst hakkının terkinin mümkün olduğunu belirtmesine rağmen söz konusu kararı sözleşmenin 16. maddesinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin taraf delilleri toplandıktan sonra değerlendirilmesi gerektiği gerekçesi ile bozmuştur. Karar için bkz. **GENÇCAN**, Ömer Uğur, Türk Medeni Kanunu Yorumu, 3. Cilt-Md. 495-1030, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 3076-3077.

<sup>54</sup> **ERTAŞ**, N. 2435. Aynı doğrultuda bkz. **ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, Burcu G.: "Üst Hakkının Sona Ermesi", BÜHFD, C. 14, S. 173-174, 2019, s. 256; **YİĞİT**, Pınar/**ERSÖZ**, Oğuz: "Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Üst Hakkının Genel Teorisi ve Üst Hakkının Süresinin Bitiminden Önce Devri İmkânı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 6, 2016, s. 171; **KARAUZ**, Ağâh Kürşat, Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 80.

hükümün geçersizliğinin ileri sürülmesi, “önemli ölçüde ağır olmadığı” iddiası ile değil; ancak baskı altında kaleme alındığının veya kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olduğunun ispat edilmesi sureti ile mümkündür<sup>55</sup>.

Belen ise bu soruya TMK m. 833’teki atfın neleri kapsayacağı sorusundan hareketle cevap aramaktadır. Daha açık bir ifade ile, atıf sadece devrin hükümlerini mi kapsar yoksa devir sebepleri de bu kapsamda ele alınmalı mıdır? Devir sebeplerinde altı çizilmesi gereken nokta, önemli ölçüde aykırılık veya ağır ihlal kriterleridir. Yazar, tarafların, hafif yükümlülük ihlali halinde üst hakkının süresinden önce devredileceğini kararlaştıramayacağı görüşündedir. Yani atıf hem devir sebeplerini hem de hükümlerini bünyesinde barındırmaktadır<sup>56</sup>.

Bu noktada görüşümüzü şu silsile ile gerekçelendireceğiz: Öncelikle üst hakkının süresinden önce arazi malikine devri müessesesinin Kanun’a eklenmesinin gerekçesini incelememiz gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere<sup>57</sup>, söz konusu devir müessesesinin düzenlenmesinden önce arazi malikleri, sözleşmeye koydukları hükümlerle basit düzeydeki yükümlülük ihlallerinin üst hakkını sona erdireceğini, üstelik tazminat da ödenmeyeceğini veya düşük tazminatlar ödeneceğini sözleşmeye ekletiyorlardı. Üst hakkı sahipleri bu hükümler sebebi ile zor durumda kalıyordu. Uygulamadaki bu sorunlar neticesinde üst hakkının süresinden önce devrinin bazı sıkı şartlara bağlanması gerekmiş, söz konusu hükümler düzenleme altına alınmıştır. TMK m. 833 hükmünün, ağır olmayan yükümlülük ihlallerini de bünyesinde barındırdığı görüşüne katılmak esasen hükümlerin konuluş amacına uymuyor şeklinde değerlendirilebilir. Ancak TMK m. 833’teki atfın, m. 832’deki bedel ve güvence şartını kapsadığı, bu nedenle esasen hafif yükümlülük ihlali durumunda, üst hakkının süresinden önce devredilmesi talep edildiğinde hak sahibinin de güvencesiz bırakılmadığı da bir gerçektir. Zira TMK m. 832 süresinden

<sup>55</sup> Yazara göre, tarafların sözleşmede hafif yükümlülük ihlali halinde dahi süresinden önce devri kararlaştırmış olmaları geçerlidir. Burada TMK m. 831’e yapılan atıf şu durumda dikkate alınmalıdır. Örneğin “haklı nedenlerin varlığı halinde” gibi net olmayan bir ifadenin varlığı halinde hâkim, TMK m. 831’i dikkate alarak ağır bir yükümlülük ihlali olup olmadığını değerlendirebilir. Bkz. ENDES SELVİ, s. 219-222.

<sup>56</sup> BELEN, s. 45-48. TMK m. 833 hükmünü, TMK m. 831’deki ifade ile birlikte yorumlayan benzer bir görüşe göre, üst hakkı sözleşmesine konulacak olan, sözleşme özgürlüğüne dayanılarak sözleşmeye konulan tüm sona erme sebeplerinin hâkim tarafından önemli ölçüde ağır olup olmadığı incelenecektir. Dolayısıyla sözleşmeye konulan hüküm geçerli olmayabilecektir. Bu yönde bkz. ÖZMEN/KORKMAZ, s. 167.

<sup>57</sup> Bkz. Başlık II, A.

önce devrin ancak uygun bir bedel ödenmesi koşuluyla mümkün olduğunu düzenlemektedir. Yani taraflar anlaşsa dahi sözleşmeye, süresinden önce devrin bedelsiz gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir hüküm koyamazlar. Böylece üst hakkı sahibi, hafif yükümlülük ihlali durumunda devri gerçekleştirse dahi bedele hak kazanacaktır, bu korumadan yararlanacaktır. Ayrıca uygun bedeli hâkim takdir edeceği için hafif yükümlülük ihlali halinde bedelde indirim yapmayabilir, tam bir bedel ödenmesine karar verebilir.

TMK m. 833 hükmünün gerekçesinde<sup>58</sup> de TMK m. 831'den farklı olarak, yükümlülüklerin sadece "önemli ölçüde" ihlalinin değil; bunun dışında kalan yükümlülük ihlallerinin de bu kapsamda olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki yükümlülükler aykırı davranışlar, öncelikle üst hakkı sahibinden kaynaklanmakla birlikte, üst hakkı sahibinin arazi üzerinde yapmış olduğu veya muhafaza etmiş olduğu yapı üzerinde kat mülkiyeti kurmuş olması halinde<sup>59</sup> bağımsız bölümlere sahip

<sup>58</sup> "İsviçre Medenî Kanununun 779/h maddesinden yararlanılarak kaleme alınan maddede, üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde sözleşmede malik lehine saklı tutulan üst hakkını süresinden önce sora erdirmeye veya devrini isteme yetkisinin, süresinden önce devir istemine ilişkin hükümlere tâbi olacağı öngörülmüştür. Bu hüküm, kuruluş sözleşmelerinde öngörülmüş olsun veya olmasın bütün üst haklarına uygulanabilecektir. Bu hükmün varlığı, tarafların yapacakları sözleşmede üst hakkını vaktinden önce sona erdirmeye konusunda, üst hakkı sahibinin yükümlülüklerini, 831 inci maddeden farklı olarak önemli ölçüde" değil sadece "yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde" arazi malikinin böyle bir isteme yetkisini kararlaştırmalarına engel değildir. İşte madde böyle bir anlaşma yapıldığı takdirde, sözleşmeden kaynaklanan süresinden önce devir isteminin kanundan doğan devir istemi hükümlerine tâbi olacağını açıklamaktadır." (www.tuerkei-recht.de Erişim Tarihi: 11.06.2024).

<sup>59</sup> Tapuda ayrı sayfaya kaydedilmiş üst hakkı, taşınmaz gibi işlem göreceği için, üzerinde bağımsız bölümler kurulabilir. Hukukumuzda bir düzenleme bulunmamasına rağmen ZGB Art. 712d/II/2'de bu husus açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre bağımsız ve sürekli üst hakkı sahibine, kat mülkiyetini tesis etmek üzere tescili talep hakkı tanınmıştır. Bkz. AKİPEK, Üst Hakkı, s. 61. Uygulamada, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 19.03.1991 tarih ve 1508 sayılı Genelgesinin IV/G maddesinde, ayrı bir sayfaya kaydedilen üst hakkı üzerinde taşınmazlara özgü tasarruf işlemlerinin yapılabileceği vurgulanmaktadır. Bu düzenlemeye göre, "Müstakil ve daimî niteliği haiz üst hakkı, taşınmaz mal olarak sayıldığı ve ayrı bir sahifeye tescil edildiğinden bunların devir-temlik, mirasçılara intikali ve üzerinde her türlü ayni veya şahsi hak tesisi mümkün olduğu gibi kat irtifakı veya kat mülkiyeti ve yeni bir üst hakkı tesisi mümkündür". Bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan: "Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar", İÜHFİM, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 283. Aksi yönde bkz. GÜRZUMAR, s. 65-68. Yazara göre, kat mülkiyetinden söz edebilmek veya böyle bir hak tesis

olan kat maliklerinden de kaynaklanabilir. Böyle bir durumda süresinden önce devrin engellenmesi için diğer kat maliklerinin, ihlali gerçekleştiren kat malikinin bölümü üzerindeki hakkın kendilerine devredilmesini hâkimden isteyebilecekleri kabul edilmektedir<sup>60</sup>. Bundan başka, arazi malikinin bir bağımsız bölümü tekil olarak geri alabilme imkânının olduğu da doktrinde bazı yazarlarca savunulmaktadır<sup>61</sup>.

## B. Üst Hakkı Sahibine Uygun Bir Bedelin Ödenmesi veya Güvence Altına Alınması

### 1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m. 832 (ZGB 779g), arazi malikinin süresinden önce devri isteme hakkının kullanımını düzenlemektedir. Hüküm iki fıkradan oluşmakta olup, birinci fıkranın ilk cümlesi arazi malikinin kendisine devredilecek yapılar için üst hakkı sahibine bir bedel ödemesi gerekliliğini, ikinci cümlesi bedelin belirlenmesinde kusurun etkisini; ikinci fıkra ise devrin, bedelin ödenmesi veya güvence altına alınması şartıyla gerçekleştirileceğini düzenlemektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 832’de düzenlenen uygun bedel ödenmesi veya güvence altına alınması, süresinden önce devrin şartlarından birisidir<sup>62</sup>. Ancak bu noktada şu fark belirtilmelidir. Uygun bedelin ödenmesi veya güvence altına alınması, arazi malikinin devri talep hakkının doğ-

---

edebilmek için KMK’da bahsedilen arsa paylarının mevcudiyeti gerekir. Yani arsa payı, kat mülkiyetinin olmasa olmazdır. Tapuda ayrı sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli üst hakkı ise KMK anlamında ana gayrimenkul sayılmaz. Bu nedenle üst hakkı, kat mülkiyetine konu olmaz.

<sup>60</sup> WEISS, Andrea Christina/TSCHUMI, Benjamin: “Stockwerkeigentum – Wertanlage oder Fehlinvestition?”, Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2018, Amédéo Wermelinger (Hrsg), Stämpfli Verlag AG, Bern, 2018, s. 112-113.

<sup>61</sup> KOHLER, Daniela: “Sachenrecht/Stockwerkeigentum am Baurecht – ein komplexes sachenrechtliches Konstrukt”, Sachenrecht, Obligationenrecht und mehr Liber amicorum für Jörg Schmid zum 60, Hürlimann-Kaup, Bettina/Eitel, Paul/Hartmann, Stephan/Haas, Raphaël (Hrsg), Schulthess Juristische Medien AG, 2019, s. 104; BRÜCKNER, Christian/KUSTER, Mathias, Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, 2. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021, N. 1571a. Üst hakkı kat mülkiyetine bölündüğünde, arazi maliki, kat maliki sayısı kadar sözleşme ortağı (üst hakkı sahibi) ile karşı karşıya kalır. Kat mülkiyeti birliği değil, kat mülkiyeti sahipleri, arazi malikinin sözleşme ortaklarıdır. Bu yönde bkz. BRÜCKNER/KUSTER, N. 319c.

<sup>62</sup> TMK m. 832 hükmünün detaylı eleştirisi için bkz. Başlık III. B. 3.



masının değil; devrin talep edilmesinin bir şartıdır. Diğer bir ifade ile hakkın doğumunun değil, ifasının talep edilebilmesi TMK m. 832'deki şarta tabidir<sup>63</sup>. Ancak doktrinde TMK m. 832'nin yetki aşımı veya önemli ölçüde yükümlülük ihlalinin farklı olmadığı, bunun da bir ön şart olduğu görüşü de savunulmaktadır<sup>64</sup>.

## 2. Üst Hakkı Sahibine Uygun Bir Bedelin Ödenmesi

### a. Üst Hakkı Sahibine Ödenecek Bedelin Hukuki Niteliği

Türk Medeni Kanunu m. 832'de üst hakkı sahibine ödenecek bedel, kanunda "uygun bedel" şeklinde ifade edilmektedir. MK'da ise "uygun tazminat" olarak ifade edilmişti. TMK m. 832'yi karşılayan ZGB 779g'de de tazminat ifadesinin Almanca karşılığı olan "Entschädigung" tercih edilmiştir. Doktrinde, söz konusu bedel borcunun tazminat olarak nitelendirilemeyeceği savunulmaktadır<sup>65</sup>. Bu görüşe göre, üst hakkı sahibine ödenen bedel borca aykırılığın bir yaptırımını olmadığı için tazminat değildir; sadece arazi malikine geçecek yapıların karşılığıdır<sup>66</sup>. Gümüş ise bu bedeli "denkleştirme bedeli" olarak ifade etmektedir. Yazara göre söz konusu hüküm yaratılan güvenin korunması noktasında, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin tam bir uygulama biçimini oluşturur<sup>67</sup>.

### b. Bedelin Belirlenmesi

Üst hakkının süresinden önce arazi malikine devri noktasında kanun koyucu, net kriterler belirlemek yerine "uygun bedel" ifadesi kullanarak hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Ancak pek tabii hâkimin takdir yetkisi de tamamen dayanaktan yoksun değildir; somut olayın şartları dikkate alınmak suretiyle objektif bir belirleme yapılması gerekmektedir.

Üst hakkının arazi malikine devri, üst hakkı kapsamında inşa edilen yapıların arazi malikinin mülkiyetine geçmesine yol açar. Sürenin sona

<sup>63</sup> GÜRZUMAR, s. 147; Sirmen, s. 631; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3106; DÖRTTEPE OKUTAN, s. 96. Aksi yönde bkz. HENGELER, s. 177.

<sup>64</sup> HENGELER, s. 177. Yazara göre TMK m. 831'in başlığı Koşullar (ZGB 779f- Voraussetzungen), TMK m. 832'nin başlığı ise Hakkın Kullanılması (ZGB 779g- Ausübung des Heimfallsrechtes) olarak kaleme alınmıştır. Her ne kadar uygun bedel ödenmesi, kanunun başlıklandırmasından ötürü süresinden önce devrin bir önkoşulu olarak anlaşılmasa da uygun bedelin ödenmesi veya güvence altına alınmasının da bir ön şart olduğu noktasında şüphe yoktur.

<sup>65</sup> Doktrinde tazminat ifadesini kullanan yazarlar da vardır. Bkz. ERTAŞ, N.2437.

<sup>66</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3107; DÖRTTEPE OKUTAN, s. 97; DEMİRSATAN, s. 110; ENDES SELVİ, s. 117, dp. 384; YİĞİT/ERSÖZ, s. 172.

<sup>67</sup> GÜMÜŞ, s. 557.

ermesi nedeniyle üst hakkının sona ermesinde (TMK m. 829) olduğu gibi, yapının mülkiyetinin bu şekilde devredilmesi düzenli olarak varlıklarda bir değişime neden olur ve bu durumun açık bir yasal düzenleme uyarınca karşılanması gerekir. Her iki düzenlemenin temelde öngördüğü şey, malike kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir bedel ödenmesidir. Böyle bir paralellik dikkate alındığında, yasal olarak imkân sağlanan bu bedelin süresinden önce devir durumunda, tıpkı sürenin dolması ile sona erme halinde olduğu gibi piyasa değerine dayandırılması gerekir. Ancak pek tabii belirlenen bu bedel, bir başlangıç noktasıdır<sup>68</sup>. Bundan kasıt ise şudur: Olağan devirde arazi malikinin ödeyeceği bedel kendisine kalacak yapıları karşılar; süresinden önce devirde ise üst hakkı sona ermediği ve arazi maliki en nihayetinde bir irtifak sahibi olacağı için sadece kendisine kalan yapılar için bir bedelin ödenmesi yeterli değildir; zira üst hakkı hala ayaktadır ve üst hakkı sahibinin ilave yatırımları da telafi edilmelidir. Bu husus başlangıç değerine eklenmesi gerekebilecek hususlardandır.<sup>69</sup>

Olağan devirden farklı olarak başlangıç değeri üzerinden indirim yapılmasını gerektiren durumlar da gündeme gelebilir. Örneğin üst hakkı sahibinin, irtifak hakkını ipotek ettirmesi durumunda ipotek hakkı ortadan kalkmayacak arazi malikine geçecektir, dolayısıyla bu durum belirlenecek bedelde indirim olarak dikkate alınmalıdır<sup>70</sup>. Ayrıca TMK m. 832/1 c.2 (ZGB 779g) hükmü, üst hakkı sahibinin kusurunun bedel belirlenirken dikkate alınabileceğini düzenlemektedir<sup>71</sup>. Süresinden önce devir, ağır yetki aşımı veya önemli yükümlülük ihlalinin bir sonucu olduğundan üst hakkı sahibi çoğunlukla kusurludur<sup>72</sup>. Bu kusurun indirimi

<sup>68</sup> Ancak TMK m. 829'a kıyasla hâkimin TMK m. 832'de daha geniş bir takdir yetkisi olduğu ifade edilebilir. Bkz. **ENDES SELVİ**, s. 124-125.

<sup>69</sup> **WINKLER**, Karl/**SCHLÖGEL**, Jürgen: Erbbaurecht, 7. Aufl., C.H. Beck, 2021, s. 115; **HENGGELER**, s. 181-184. Henggeler ayrıca, üst hakkı sahibi, sözleşmenin kurulduğu esnada arazi malikine, üst hakkının dönemsel iratları yerine bir defaya mahsus bir bedel ödemişse, uygun bedel hesaplanırken bunun da usulüne uygun olarak dikkate alınması gerektiği kanaatindedir. Bkz. **HENGGELER**, s. 182.

<sup>70</sup> **SPYCHER**, Art. 779h, N. 11; **ESENER**, Turhan/**GÜVEN**, Kudret: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 454. Bunlara ek olarak ayrıca üst hakkı sahibinin arsa sahibine olan borçlarının da mahsup edilmesi gerektiği yönünde bkz. **HENGGELER**, s. 183.

<sup>71</sup> Söz konusu bedelin tazminat olmamasından ötürü kusurun bir indirim sebebi olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı yönünde bkz. **GÜMÜŞ**, s. 558, dp. 90; **DEMİR-SATAN**, s. 112.

<sup>72</sup> Ancak dikkat edilmelidir ki, üst hakkı sahibinin kusuru süresinden önce devir için zorunlu bir şart değildir. Üst hakkı sahibinin kusurunun bulunmadığı hallerde de

gerektirip gerektirmediği, ne ölçüde indirim uygulanacağı somut olayın özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından takdir edilecektir. Bedelin belirlenmesinde yukarıda açıklanan hususlar büyük ölçüde objektif olmasına rağmen kusur subjektif bir değerlendirme gerektirmektedir. Bu nedenle kusurun indirim sebebi olarak kabul edilmesinin, üst hakkı sahibini cezalandırma amacı taşıdığı doktrinde ifade edilmektedir<sup>73</sup>.

Son olarak arazi üzerinde üst hakkı sahibinin herhangi bir yapı inşa etmediği durumda bedel ödenmesinin gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Doktrinde, uygun bir bedel ödenmesinin söz konusu olabilmesi için devri istenen üst hakkı ile yüklü araziye ya üst hakkı sahibi tarafından inşaat yapılmış olması ya da zaten mevcut olan yapının değeri üst hakkı sahibi tarafından artırılmış olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Örneğin üst hakkına dayanarak mevcut yapıların değerini artıran eşyaya bağlı başka irtifakların kurulmuş olması halinde uygun bedele hükmedilebilir<sup>75</sup>.

Bahsedilen tüm objektif ve subjektif kriterlerle birlikte hâkimin dikkat etmesi gereken en kritik nokta şudur: Üst hakkı sahibi, kendisine ödenecek uygun bedel ile öncekinden daha iyi duruma getirilmemelidir<sup>76</sup>.

### c. Bedelin Belirlenmesi Noktasında Tarafların Anlaşması

Taraflar, süresinden önce devre neden olabilecek yükümlülük ihlallerine sözleşmede yer verebilecekleri gibi bedel noktasında da anlaşmaya varmış olabilirler. Peki tarafların bedele ilişkin anlaşmaları geçerli midir?

Doktrinde bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre TMK 831 vd. maddelerinin emrediciliği sebebiyle uygun bedele ilişkin anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Dolayısıyla taraflar uygun bedel nokta-

---

şartları oluştursa arazi maliki üst hakkının kendisine devrini talep edebilir. Bkz. **GÜRZUMAR**, s. 146; **DEMİRSATAN**, s. 102-106; **KARAUZ**, s. 74. Üst hakkı sahibinin hafif kusuru halinde süresinden önce devre ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı yönündeki görüş için bkz. **ESENER/GÜVEN**, s. 454, dp. 263.

<sup>73</sup> **HENGELER**, s. 184; **SPYCHER**, Art. 779h, N. 11.

<sup>74</sup> **GÜRZUMAR**, s. 146; **TEK**, Gülen Sinem, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), On İki Levha Yayınılık, İstanbul, 2017, s. 343.

<sup>75</sup> **GÜRZUMAR**, s. 146; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, N. 3107; **YİĞİT/ERSÖZ**, s. 172. Üst hakkının değerlemesine ilişkin olarak bkz. **AKDUMAN**, Umutkan/**YENİCE**, Sedat: "Gayrimenkule Dayalı Haklardan Üst Hakkının Değerlemesi ve Örnek Uygulamalarla İncelenmesi", *Ekonomi ve Finansal Araştırmalar Dergisi*, 2020, C. 2, S. 1, s. 26-41.

<sup>76</sup> **SPYCHER**, Art. 779h, N. 11.

sında dahi anlaşma yapamayacakları için bedelsizliği evleviyetle kararlaştırılmazlar<sup>77</sup>. Aksi yöndeki görüş ise tarafların aralarında yapacakları bedele ilişkin anlaşmaların geçerli olacağını ifade etmektedir. Zira bu görüşü savunan yazara göre zaten TMK m. 831 vd. hükümleri emredici değil tamamlayıcı niteliktedir<sup>78</sup>. Dolayısıyla tarafların bedele ilişkin bir anlaşma yapmadıkları noktada ilgili hükümler devreye girecektir. Yazarın görüşünü, gerekçesi çerçevesinde makul bir zemine oturttuğu söylenebilir<sup>79</sup>.

Bu konuda kanaatimiz şu yöndedir: Örneğin taraflar sözleşmeye “Bir yıl içinde iki iradın ödenmemesi halinde üst hakkı arazi malikine devredilecektir, bunun karşılığında arazi maliki üst hakkı sahibine herhangi bir bedel ödeme yükümlülüğü altına girmeyecektir/500.000 TL bedel ödeyecektir.” şeklinde bir hüküm eklemişlerse, bu hükümdeki bedelin ödenmeyeceğine ilişkin kayıt TMK m. 833’ün yaptığı atıf sebebi ile geçerli kabul edilemez<sup>80</sup>, zira söz konusu hükümlerin kanuna eklenmesinin sebeplerinden birisi de zaten üst hakkı sahibini arazi malikine karşı korumaktır. Gerçekten Yarıgıtay da vermiş olduğu kararlarda bu hususu önemle vurgulamaktadır<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3107; DÖRTTEPE OKUTAN, s. 97-98; DEMİRSATAN, s. 113. Henggeler hem bedelin belirlenmiş olmasını hem de bedelsizliği geçerli kabul etmemekle birlikte, bedelin belirlenmesi noktasında bir açık kapı bırakılması gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin tarafların, bedelin belirlenmesi yetkisini tahkim kuruluna vermesinin mümkün kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. HENGGELELER, s. 180.

<sup>78</sup> Yazara göre taraflar arasında altlık üstlük ilişkisi yoktur. Dolayısıyla üst hakkı sahibinin özel olarak korunmaya ihtiyacı da yoktur. Hatta çoğunlukla üst hakkına sahip olan taraf ekonomik olarak daha üstündür. Arazi maliki inşaat yapma potansiyeli daha düşük olan taraftır ki bunu da kendi arazisinde üst hakkı kurmasından, kendisinin yatırım yapmamasından anlayabiliriz. ENDES SELVİ, s. 118 vd.

<sup>79</sup> ENDES SELVİ, s. 118 vd.

<sup>80</sup> Aargou Kantonu Ticaret Mahkemesi’nin bir kararında, taraflar aralarındaki üst hakkı sözleşmesine “... İnşaat sözleşmesinin sona ermesinden sonra inşaat haklarına ilişkin haklar, süresinden önce devir durumu da dahil olmak üzere her durumda tazminatsız olarak geri çekilebilir.” şeklinde bir kayıt koymuşlardır. Mahkeme ise ZGB 779h hükmünün 779g’ye atıf yaptığını ve bu hükmün emredici olduğunu belirterek, bu hükümden sapmanın geçersiz olacağını ifade etmiştir. Karar No: 13.03.2023, HSU.2022.45, (<https://entscheidsuche.ch/> Erişim Tarihi: 25.05.2024).

<sup>81</sup> Y. 7. HD, E. 2021/1620, K. 2021/3900, T. 14.12.2021. “Davacı ihalenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 51/g maddesine göre yapılamayacağı, işin yapımı aşamasında yaşanan bazı gecikme ve eksikliklerle, işletme aşamasında kiraya verilen yerlerde çalıştırılacak işçiler için Üniversite yönetiminden muvafakat alınmadığı gerekçeleriyle tapuya tescil edilen üst hakkının bedelsiz terkinin ve bu hak kapsamında kalan yapı ve tesislerin sağlam ve eksiksiz

Bu noktada sözleşmenin ilgili hükmü geçersiz kabul edilerek, hâkim uygun bir bedeli kendisi takdir edecektir. İkinci ihtimalde, yani sözleşmede bedelin belirlenmiş olması ihtimalinde ise bu kayıtlar doğrudan hükümsüz kabul edilmemelidir<sup>82</sup>. Zira bu durumda üst hakkı sahibinin iradesinin tamamen ortadan kalktığı iddia edilemez. Bu noktada taraflarca belirlenen bedel bağlayıcı olacak, ancak bedelin belirlenmesi sürecinde irade sakatlığı gibi bir durum varsa veya belirlenen bedelin mevcut şartlara göre uygun bedel olmaktan çok uzak olduğu iddia ediliyorsa, bu durumlar ileri sürülerek hâkimin bedeli değerlendirmesi istenebilecektir. Bu noktada akla TMK m. 832'nin emrediciliğinin göz ardı edildiği gelebilir; ancak TMK m. 832 hükmü uygun bedelin mutlaka hâkim tarafından belirlenmesi noktasında değil; uygun bedelin ödenmesi noktasında emredicidir. Dolayısıyla bedelin taraflarca belirlenmesi de mümkündür meğerki bedel objektif olarak "uygun" olarak değerlendirilebilsin<sup>83</sup>.

Ancak üst hakkı sahibi ağır yetki aşımını veya önemli ölçüde yükümlülük ihlalini gerçekleştirmişse, yani arazi malikinin devri talep hakkı doğmuşsa, işte bu aşamada tarafların anlaşarak uygun bedel belirlemelerinin önünde bir engel yoktur. Zira ihlal gerçekleşmiştir ve artık üst hakkı sahibinin hareket alanını ciddi ölçüde daraltan bir safhadan çı-

---

*kendisine teslimi için bu davayı açmıştır. ... Davacının üst hakkı kapsamında kalan yapı ve tesislerin bedelsiz devri talebi ise yukarıda açıklanan kanun hükümleri karşısında hiçbir şekilde kabule şayan değildir.*" Benzer yönde diğer kararlar için bkz. 7. HD, 15.11.2022, E. 2022/182, K. 2022/6911; 7. HD, 9.10.2023, E. 2023/744, K. 2023/4561, (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.05.2024).

<sup>82</sup> ErbbauRG § 32'ye göre, arazi maliki geri alma talebinden yararlanırsa, üst hakkı sahibine uygun tazminatı ödemek zorundadır. Üst hakkı sözleşmesinde bu tazminatın miktarı ve ödeme şekli konusunda anlaşma yapılabileceği gibi bunun kapsamı dışında da anlaşmalar yapılabilir. Maddenin devamında ise bu hükmeye bir istisna getirilerek konut ihtiyacının karşılanması amacıyla üst hakkı kurulduysa, üst hakkının değerinin en az üçte ikisini karşılamayan tazminat belirlenemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. Bkz. **WINKLER/SCHLÖGEL**, N. 113a.

<sup>83</sup> Doktrinde Gümüş de sözleşmede bedel kararlaştırılması hususunu ikili bir ayırımıda ele almaktadır. Yazar, bedel ödenmeyeceğine ilişkin anlaşmaların TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüz olacağını ifade etmektedir. Yazara göre tarafların bedel belirlenmesi ise hükümsüz değildir zira TMK m. 832 tarafların bedele ilişkin anlaşmalarını açıkça yasaklamamıştır. Ancak resmi senette kararlaştırılan bedel, devir borcunun doğduğu andaki objektif değer altında olmamalıdır. Objektif değer altında olduğuna ilişkin bir iddia varsa bunu iddia eden taraf hâkimden bunun tespitini isteyecektir. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 557-558.

kılmıştır. Yani görece daha zayıf durumda olan tarafın sözleşmenin gerçekleşmesini sağlamak için ağır bedel şartlarını kabul etmesi gibi bir durum artık söz konusu değildir<sup>84</sup>.

### 3. Bedelin Güvence Altına Alınması

Türk Medeni Kanunu m. 832/2'ye göre üst hakkının arazi sahibine devri için ya bedelin ödenmiş olması ya da güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Güvencenin niteliğinden kanunda bahsedilmemiştir. Doktrinde yapı alacaklısı ipoteğine (inşaatçı ipoteğine) ilişkin hükümlerin uygulanabileceği belirtilmektedir<sup>85</sup>.

Doktrinde Gümüş, hükmü bir açıdan eleştirmektedir. Bu eleştiri yukarıda da kısmen açıklandığı üzere TMK m. 832'nin ön şart olup olmadığı tartışmasından doğmaktadır<sup>86</sup>. Şöyle ki, TMK m. 832/1'de uygun bedelin ödenmesi, devrin istenmesinin bir şartı gibi kaleme alınmıştır. TMK m. 832/2'ye bakıldığında devrin gerçekleştirilmesi, bedelin ödenmesi veya uygun güvence altına alınması şartına bağlanmıştır. Bu iki fıkra birbiriyle çelişmektedir. Zira birinci fıkraya göre devir borcunun talep edilebilirliği uygun bedel ödenmesi şartına bağlı olduğundan, sonrasında devrin gerçekleştirilmesi için bir kez daha uygun bedelin ödenmesi/güvence altına alınmasını istemek gerekli değildir. Yani uygun bedelin güvence altına alınmasına gerek yoktur; çünkü güvence altına alınacak olan bedel zaten önceden ödenmiştir, ortada teminat altına alınacak bir bedel yoktur. Hükmümler bu yönden ele alınınca TMK m. 832/2 hükmü uygulanamaz durumdadır. Eğer TMK m. 832/1'de uygun bedelin ödenmesi veya güvence altına alınması şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olsaydı o zaman ikinci fıkra bir anlam ifade ederdi. Zira devir isteminin ileri sürülmesi için bedel yerine güvence verilmiş olması ihtimalinde, devrin gerçekleştirilmesi bedelin ödenmesi şartına bağlı olurdu. Böylece güvence ve uygun bedel şartları birbirini tamamlardı<sup>87</sup>. Gerçekten de Gümüş'ün sunmuş olduğu

<sup>84</sup> HENGELER, s. 180; DEMİRSATAN, s. 114.

<sup>85</sup> HENGELER, s. 186. İnşaatçı ipoteğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KAŞAK, Fahri Erdem: İnşaatçı İpoteği (TMK m. 895-897), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2011.

<sup>86</sup> Uygun bedelin bir önşart mı yoksa devre ilişkin bir gereklilik mi olduğu tartışması yukarıda ayrıca açıklanmıştır. Bkz. Başlık III, B, 1.

<sup>87</sup> GÜMÜŞ, s. 556. Yazar söz konusu çelişkinin en yakın yasa değişikliğinde dikkate alınması gerektiği yönünde görüşünü belirtmiştir.

bu eleştiri doğrultusunda, biz de “bedelin güvence altına alınması” şartının, TMK m. 832’nin lafzı karşısında uygulanabilir olmadığını düşünüyoruz.

Son olarak TMK m. 832/2 hükmünün itiraz mı def’i mi teşkil ettiğinden bahsedilmelidir. Doktrindeki bir görüşe göre hüküm, itiraz değil def’i olarak nitelendirilmelidir, zira m. 97’de düzenlenen ödemezlik def’inin özel bir uygulama alanıdır<sup>88</sup>. Yani taraflarca bedelin ödenmediği veya güvence altına alınmadığı yönünde bir iddia yoksa hâkim bu hususu re’sen dikkate alamayacaktır.

#### IV. DEVİR İSTEMİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ VE DEVİRİN SONUÇLARI

##### A. Devir İsteminin İleri Sürülmesi

###### 1. Hukuki Niteliği

Arazi malikinin süresinden önce devir istemini ileri sürmesi, doktrindeki hâkim görüşe göre bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasıdır<sup>89</sup>. Beyanın üst hakkı sahibine ulaşması ile yeni bir hukuki durum doğar ve taraflar arasında tasfiye ilişkisi başlar<sup>90</sup>. Arazi maliki bu hakkını kullandığında üst hakkı sahibi kanun gereği üst hakkını arazi malikine devir borcu altına girer<sup>91</sup>. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere üst hakkının süresinden önce devri, kanunen eşyaya bağlı borçlardan birisidir.

Doktrindeki diğer görüş ise üst hakkı sahibinin yetkilerini aşması veya yükümlülüklerine aykırı davranması ile kendiliğinden kanun gereği devir borcu doğar. Ancak bu borcun arazi maliki tarafından talep edilebilirliği, TMK m. 832’de düzenlenen uygun tazminatın ödenmesi şartına bağlıdır<sup>92</sup>.

###### 2. Süresi

Kanun’da, üst hakkının süresinden önce arazi malikine devrine ilişkin bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Doktrinde, süre noktasında söz konusu hükümde gerçek bir boşluk olduğu savunulmaktadır. Bu görüşte olan yazarlar, müessesinin amacına en yakın başka bir müesseseye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması ile sonuca ulaşılması gerektiği

<sup>88</sup> DEMİRSATAN, s. 115.

<sup>89</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3108; ÖZMEN/KORKMAZ, s. 167.

<sup>90</sup> IŞIKAL, s. 117.

<sup>91</sup> DEMİRSATAN, s. 98; ERTAŞ, N. 2436; TEK, s. 346.

<sup>92</sup> GÜMÜŞ, s. 554.

kanaatindedirler. Dolayısıyla süresinden önce devre uygulanabilecek hükümler temerrüt hükümleridir. Öyleyse süre belirlenirken feshe (OR 107, TBK m. 123 vd.) ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Arazi maliki, üst hakkı sahibine bildirimde bulunmak şartıyla derhal fesih hakkını kullanmalıdır<sup>93</sup>.

Arazi malikinin devir istemini önalım hakkına benzeten (OR 216e-ZGB 681a, TBK m. 242-TMK m. 733) bir görüşe göre ise devir talebinin, ağır yükümlük ihlalinin öğrenilmesinden sonraki 3 ay içinde üst hakkı sahibine yöneltilmesi gerekmektedir. Ancak bu süre her halükârda ağır ihlalin meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Yazar bu sonuca genel zamanaşımını düzenleyen OR 127'nin (TBK m. 146) uygulanması ile vardığını ifade etmektedir<sup>94</sup>.

Hâkim görüş olarak nitelendirilebilecek görüş ise hükümlerde süreye ilişkin bir boşluk bulunmadığı yönündedir. Zira TMK m. 2'ye göre herkes haklarını kullanırken dürüstlük kuralına riayet etmelidir. Öyleyse arazi malikinin devir talebini ileri sürmesi makul bir sürede gerçekleşmelidir<sup>95</sup>. Bize göre de Kanun'da söz konusu meseleye ilişkin hiçbir cevap bulunamaması anlamına gelen açık bir boşluk yoktur. Kanun koyucu arazi malikini bir süre ile sınırlama niyetinde değildir. Arazi maliki bu talebini, yetki aşımının veya yükümlülük ihlalinin kendisi için çekilmez hale geldiği andan sonra makul bir sürede TMK m. 2'ye aykırı olmamak şartıyla ileri sürebilmelidir.

### 3. Şekli

Türk Medeni Kanunu m. 831 vd. hükümlerinde arazi malikinin istemini ileri sürmesinin herhangi bir şekle bağlı olduğu düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde, temerrüde ilişkin hükümlerden yola çıkılarak (OR 107, TBK m. 123) öncelikle üst hakkı sahibinin uyarılması ve ihlalin giderilmesi için süre verilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir. Sadece söz konusu hükmün değil, devamında süre verilmesine gerek olmayan

<sup>93</sup> Bkz. HENGELER, s. 171, dp. 446 ve DEMİRSATAN, s. 118, dp. 453'teki yazarlar.

<sup>94</sup> HENGELLER, s. 172-174. Yazar, önalım hakkına dayanarak 3 aylık bir hak düşürücü sürenin uygulanması gerektiğini ifade etmekte, daha sonra BK'daki genel zamanaşımının uzun süre olarak baz almaktadır. Ancak hak düşürücü süre ve zamanaşımının bu şekilde karma olarak ele alınmasının hukuki temellendirmesini yapmamaktadır. Bu yönde bkz. DEMİRSATAN, s. 119. dp. 456.

<sup>95</sup> SPYCHER, Art. 779h, N. 8; GÜRZUMAR, s. 149-150; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3107; DEMİRSATAN, s. 120; GENÇCAN, s. 3077.



hallerin de (OR 108, TBK m. 125) göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir<sup>96</sup>.

Her iki tarafın tacir olması ihtimalinde ise arazi malikinin üst hakkının kendisine devrini talep edebilmesinin TTK m. 18/3 uyarınca şekle tabi olduğu kabul edilmektedir<sup>97</sup>. Zira söz konusu hüküm uyarınca “*tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.*”

## B. Devrin Sonuçları

Arazi maliki süresinden önce devre ilişkin tüm koşulları yerine getirmiş ise teorik olarak tapuda üst hakkının kendisine devrini isteyebilir. Ancak tapu daireleri, bu tür bir talebe dayanarak, taraflar arasında resmi bir senet olmaksızın üst hakkının arazi maliki adına tesciline yanaşmayacaklardır<sup>98</sup>.

Üst hakkı sahibinin ise tapuda üst hakkının arazi malikine devrini gerçekleştirmesi mümkündür. Üst hakkı sahibinin bu ihtimalde yapacağı şey, tapuda devir isteminde bulunmaktır. Ancak uygulamada böyle bir durumla pek de karşılaşılmamaktadır. Zira üst hakkı sahibi, arazi malikinin devir istemini doğrudan kabul ederek tapuda istemde bulunmayacaktır. İşte bu durumda arazi maliki üst hakkının devri için dava açmak zorundadır. Açılacak dava TMK m. 716 uyarınca tescile zorlama davasıdır. Bilindiği üzere bu dava, tescilin/terkinin iradi olarak gerçekleştirilmesi durumunda, tescilin/terkinin hükmen sağlanması için açılmaktadır. Hâkim, dava görülürken vereceği bir ara karar ile uygun bedel belirleyecektir. Verilen süre içerisinde arazi maliki ara kararı yerine getirirse hâkim, arazi maliki adına tescile karar verecektir<sup>99</sup>. Hâkimin kararı, üst hakkının arazi malikine devredilmesi ve tapu siciline gerekli kayıtların yapılması talimatından ibarettir<sup>100</sup>. Mahkemenin kararına dayanılarak tapuda gerçekleştirilecek kayıt kurucu değil bildirici nitelikte olacaktır, zira

<sup>96</sup> SPYCHER, Art. 779h, N. 9.

<sup>97</sup> DEMİRSATAN, s. 106-107; DÖRTTEPE OKUTAN, s. 99.

<sup>98</sup> ÖZMEN/KORKMAZ, s. 168.

<sup>99</sup> TEK, s. 345.

<sup>100</sup> KOHLER, s. 103; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3108a; AKÇAAL, s. 653; ENDES SELVİ, s. 138; IŞIKAL, s. 113. Arazi malikinin TMK m. 1025 uyarınca yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açıp açamayacağı yönünde bkz. ÖZMEN/KORKMAZ, s. 176.

devir mahkeme kararı ile sağlanmıştır<sup>101</sup>. Açıklanan gerekçeler ışığında, arazi malikinin devir istemini dava yoluyla ileri sürmesinin en makul ve hatta uygulamada zaruri bir yol olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Arazi malikinin üst hakkını devralması halinde taraflar arasındaki sözleşmenin akıbeti noktasında ise şunlar söylenebilir: Üst hakkının süresinden önce arazi malikine devredilmesi ile taraflar arasındaki üst hakkı sözleşmesi, süresinden önce devir müessesesinin haklı nedenle fesih özel bir görünümü kabul edilmesi sebebiyle (haklı nedenle fesih kurumundan yararlanılarak) feshedilebilecektir<sup>102</sup>. Zira haklı nedenle fesih için de benzer şekilde yükümlülükler aykırılık aranmaktadır. Ancak süresinden önce devrin, sözleşmeye her durumda etki etmeyeceğini belirtmek gerekir, zira üst hakkı sahibi sözleşmenin de tarafı değilse, TMK m. 831'e başvurulduğunda üst hakkının devri gerçekleşir, sözleşme kendiliğinden<sup>103</sup> sona ermez<sup>104</sup>.

Unutulmamalıdır ki üst hakkının süresinden önce arazi malikine devri, ağır yetki aşımı veya önemli ölçüde yükümlülük ihlalinin arazi malikine vermiş olduğu zararları ortadan kaldırmaya yönelik bir müesese/bir yaptırım değildir. Devir gerçekleşmiş olsa dahi arazi maliki uğramış olduğu zararların giderilmesini her zaman genel hükümler çerçevesinde talep edebilme hakkına sahiptir. Örneğin arazi maliki, üst hakkı bedelinin/iradının ödenmemesine dayanarak üst hakkının süresinden önce devredilmesi halinde uğramış olduğu müspet zararın giderilmesini isteyebilir. Para borcu dışındaki edimler bakımından TBK m. 112 hükmü uygulama alanı bulacaktır<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> ENDES SELVİ, s. 139.

<sup>102</sup> "...Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 783. maddesinde irtifak hakkının, tescilin terkini veya yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olmasıyla sona ereceği belirtilmiş ise de uygulamada ve doktrinde üst hakkı sözleşmesine aykırı davranışların da üst hakkı irtifakının terkini sebebi olacağı kabul edilmektedir..." Y. 14. HD, 08.01.2014, E. 2013/11435, K. 2014/298, (Lexpera, Erişim Tarihi: 01.06.2024). Demirsatan kararda her ne kadar TMK 831'den bahsedilmese de bunun ilgili hüküm kapsamında anlaşılması gerektiğini belirterek, Yargıtay'ın da haklı nedenle fesih kurumundan yararlanmaya olanak tanıdığını ifade etmiştir. Bkz. DEMİRSATAN, s. 100, dp. 377.

<sup>103</sup> Üst hakkı sözleşmesinin taraflarının, üst hakkı sahibi ve arazi maliki olması ihtimalinde, TMK m. 831 vd. hakkın kullanılması ile sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin FF 1963 I 1003 gerekçesi için bkz. DEMİRSATAN, s. 100-101, dp. 378.

<sup>104</sup> DEMİRSATAN, s. 99-101.

<sup>105</sup> DEMİRSATAN, s. 133; ENDES SELVİ, s. 108-110; IŞIKAL, s. 112.

Süresinden önce devir gerçekleştiğinde, üst hakkı sona ermeyeceğinden, arazi maliki lehine bir irtifak hakkı meydana gelir<sup>106</sup>. TMK'nın ilgili hükümlerinin başlığı da (süresinden önce devir istemi) bunu destekler niteliktedir. Gerçekten TMK m. 831'in lafzından üst hakkının, ona bağlı tüm hak ve yükümlülüklerle birlikte arazi malikine döneceği anlaşılmaktadır. Elbette arazi maliki üst hakkını sona erdirmeye imkânına da sahiptir. Malik, üst hakkını tapu sicilinden terkin ettirmede müddetçe üst hakkı varlığını sürdürür. Malik dilerse herhangi bir gerekçe göstermeksizin, varsa üçüncü kişilerin rızasını almak şartıyla<sup>107</sup>, tapu idaresine başvurarak terkin talebinde bulunabilir<sup>108</sup>. Arazi maliki, süresinden önce üst hakkını devralarak malik lehine irtifaka sahip olduktan sonra üst hakkını başkasına devredip devretmemekte serbesttir.

Malik lehine irtifak hakkının kurulması ile üst hakkına bağlı tüm hak ve yükümlülükler arazi malikine geçer. Dolayısıyla üst hakkı üzerinde kat mülkiyeti kurulmuş ise kat mülkiyeti de sona ermez. Aynı hak sahibi olan kişiler, süresinden önce devir nedeniyle dezavantajlı duruma düşmezler<sup>109</sup>. Üst hakkı kapsamındaki yapılar üzerinde üst hakkı sahibinin, kira sözleşmeleri kurmuş olması ihtimali karşısında ise kiralananın el değiştirmesini düzenleyen TBK m. 310 (OR 261) hükmünün uygulanması ile arazi malikinin sözleşmelerin tarafı olacağı sonucuna ulaşılabilir<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Bkz. dp. 34'teki yazarlar.

<sup>107</sup> Bu şart TMK m. 1014'ten kaynaklanmaktadır. Hükme göre: "Bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir."

<sup>108</sup> ÜNAL, Malik Lehine, s. 228; HENGELER, s. 192; WOLFISBERG, N. 119; ENDES SELVİ, s. 139-140. Roma hukukundaki bir kurala dayalı olarak da bu yorum yapılabilir. Şöyle ki, "a fortiori" yani evleviyetle uygulama sonucu süresinden önce devri talep hakkına sahip olan malik, malik lehine irtifak istemediği sürece terkin talebinde bulunma hakkına da sahiptir. Bunun neticesinde arazi maliki hâkimden, eğer üst hakkı tapuda ayrı bir sahifeye kaydedilmiş ise o sahifenin kapatılması; kaydedilmemiş ise üst hakkının terkinini talep edecektir. Bkz. ÖZMEN/KORKMAZ, s. 174.

<sup>109</sup> ZGRAGGEN, Cornelio: "Kostenverteilung und Haftung für Beiträge im Stockwerkeigentum", LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Jörg Schmid (Hrsg), Schulthess Juristische Medien AG, Band 149, 2020, s. 183.

<sup>110</sup> HENGELER, s. 193; IŞIKAL, s. 131.

## SONUÇ

Üst hakkının süresinden önce arazi malikine devrine ilişkin hükümler 1990 yılında, uygulamada üst hakkı sahipleri aleyhine oluşan fiili durumun düzeltilmesi amacı ile Türk Medeni Kanunu'na eklenmiştir. Üst hakkı sahibinin aynî haktan doğan yetkilerini ağır şekilde aşmış veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmiş olması, veyahut da doktrinde tartışmalı olmakla birlikte TMK m. 833 hükmü uyarınca sözleşme hükümlerinde süresinden önce devrin gerçekleşeceği durumlara ilişkin kayıtların öngörölmüş olması ihtimalinde de kanaatimizce önemli ölçüde ihlal şartı aramaksızın süresinden önce devir isteminde bulunulabilir.

Türk Medeni Kanunu m. 832 hükmü gereğince devrin istenebilmesi için hak sahibine, uygun bir bedelin ödenmiş olması veya güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Uygun bedel, üst hakkı sahibinden arazi malikine kalacak yapıları bire bir karşılar nitelikte değildir; zira üst hakkı malik lehine irtifak olarak varlığını sürdüreceği için uygun bedel, üst hakkı değerlemesi ile belirlenecek ve kanun gereği üst hakkı sahibinin kusuru da uygun bedelde indirim yapılmasını haklı kılacaktır. Ancak uygun bedel, üst hakkı sahibini önceki durumundan daha iyi hale getirecek şekilde belirlenmemelidir; aksi halde hak sahibi meydana getirdiği ihlalin neticesinde bu durumdan avantajlı çıkmış olacaktır. Bununla birlikte sözleşmede yer verilen, devir talep edilmesi halinde bedel ödenmeyeceğine ilişkin kayıtlar TMK m. 832 hükmünün emredici mahiyetinden dolayı hükümsüzdür. Tarafların uygun bedeli sözleşmede belirlemeleri halinde ise doktrindeki çoğunluk görüşün aksine, ilgili sözleşme hükümlerinin doğrudan hükümsüz kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Arazi malikinin süresinden önce devri talep etmesi durumunda üst hakkı sahibi tapuda devre yanaşmayacaktır. Yani uygulamada dava açılmaksızın arazi malikinin hakkını elde etmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenle talebi yerine getirmeyen üst hakkı sahibine karşı TMK m. 716 uyarınca tescile zorlama davası açılmalıdır. Devir neticesinde arazi maliki, tüm hak ve yükümlülüklerle birlikte üst hakkının sahibi olur; üst hakkı kapsamındaki yapılarda kira sözleşmeleri kurulmuş ise TBK m. 310 uyarınca sözleşmelerin tarafı haline gelir. Üst hakkı üzerindeki diğer sınırlı haklar varlığını devam ettirir. Malik lehine irtifak sahibi olan arazi maliki, dilerse aynî hak sahiplerinin rızasını da almak şartıyla lehine olan üst hakkını sona erdirebilir. Böylece üst hakkı süresinden önce sona ermiş olur.

Süresinden önce devir gerçekleşmiş olsa dahi arazi maliki uğramış olduğu zararların giderilmesini her zaman genel hükümler çerçevesinde, yetkisini aşan veya yükümlülüklerle aykırı davranan üst hakkı sahibinden talep edebilme hakkına sahiptir.

## KAYNAKÇA

- AKÇAAL**, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AKDUMAN**, Umutcan/**YENİCE**, Sedat: "Gayrimenkule Dayalı Haklardan Üst Hakkının Değerlemesi ve Örnek Uygulamalarla İncelenmesi", Ekonomi ve Finansal Araştırmalar Dergisi, 2020, C. 2, S. 1, s. 26-41.
- AKINTÜRK**, Turgut/**KUNTALP**, Erden: "Paftos ve Örfü Belde", AÜHFD, C. 19, S. 1, 1962, s. 493-495.
- AKİPEK**, Jale G.: "Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti", Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972, s. 25-69. (AKİPEK, Üst Hakkı)
- AKİPEK**, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Üçüncü Kitap-Mahdut Aynî Haklar, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974. (AKİPEK, Eşya Hukuku)
- ARAL**, Vecdi: İnşaat (Üst) Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1962.
- ATLAN GÜRER**, Hülya: Tapu Kütüğüne Taşınmaz Olarak Kaydedilebilen Bağımsız ve Sürekli İrtifak Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- AYAN**, Mehmet: Eşya Hukuku III-Sınırlı Aynî Haklar, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AYİTER**, Nuşin: Eşya Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- BELEN**, Herdem: "Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar", Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, 2005, s. 31-53.
- BRÜCKNER**, Christian/**KUSTER**, Mathias: Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, 2. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021.
- CANONICA**, Francesco: Die Bewertung von Baurecht, Nutzniessung und Wohnrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 2016.
- DEMİRSATAN**, Barış: Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- DÖRTTEPE OKUTAN**, Ayşegül: Türk Medeni Kanunu Uyarınca Üst Hakkının Sona Ermesi ve Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ENDES SELVİ**, Nurtaç: Üst Hakkının Sona Ermesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya, 2023.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ERGANİ**, Emre Ergin: Üst Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Antalya, 2015.
- ERGÜNE**, Mehmet Serkan: "Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar", İÜHFİM, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 275-292.
- ERTAŞ**, Şeref: Eşya Hukuku, 10. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2012.
- ESENER**, Turhan/**GÜVEN**, Kudret: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur: Türk Medeni Kanunu Yorumu, 3. Cilt-Md. 495-1030, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Kanun'un Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş "Tazminat (Bedel) Alacakları" ve "İpotek Hakları"', Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, 2003, s. 533-564.
- GÜRZUMAR**, Osman Berat: Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- HALACZINSKY**, Raymond: Rössler/Troll Bewertungsgesetz (BewG) Kommentar, Band 1, §§ 1-150, 37. Aufl., Vahlen Verlag München, 2023.
- HENGGELER**, Benno: Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB), Schultess Juristische Medien AG, 2005.

- HITZ**, Flurina: Das Baurecht als Selbstständiges und Dauerndes Recht: Konstruktion aus Dinglichen und Obligatorischen Rechtspositionen, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2017.
- IŞIKAL**, Alper: Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2023.
- KARACA**, Ayşe: Üst Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalı, Ankara, 2015.
- KARAUZ**, Ağâh Kürşat: Üst Hakkının Süresinin Sona Ermesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- KAŞAK**, Fahri Erdem: İnşaatçı İpoteği (TMK m. 895-897), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2011.
- KOHLER**, Daniela: "Sachenrecht / Stockwerkeigentum am Baurecht – ein komplexes sachenrechtliches Konstrukt", Sachenrecht, Obligationenrecht und mehr Liber amicorum für Jörg Schmid zum 60, Hürlimann-Kaup, Bettina/Eitel, Paul/Hartmann, Stephan/Haas, Raphaël (Hrsg), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2019, s. 89-107.
- OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, 24. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- OĞUZMAN**, Kemal: "Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar", İÜHFİM, C. 31, S. 1-4, 1965, s. 209-219.
- ONAR**, Sıddık Sami: "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısımının Codification' u: Mecelle", İÜHFİM, C. XX, S. 1-4, 1955, s. 57-85.
- ÖZBİLEN**, Arif Barış: "Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı", TBB Dergisi, C. 29, S. 126, 2016, s. 263-310.



- ÖZCAN BÜYÜKTANIR**, Burcu G.: "Üst Hakkının Sona Ermesi", BÜHFD, C. 14, S. 173-174, 2019, s. 243-267.
- ÖZMEN**, E. Saba/**KORKMAZ**, Tuba: "Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler", MHFD, S. 1, 2020, s. 153-186.
- PRADERVAND-KERNEN**, Maryse: "Dienstbarkeitsrecht/Servitudes Urteilsbesprechung: TC FR 101 2021 307", Baurecht/Droit de la Construction (BR/DC), S. 167, 2023.
- SİRMEN**, Lale: Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- SPYCHER**, Stephan: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 4. Aktualisierte Aufl., Zürich, 2021.
- STADLIN**, Markus W./**OLANO**, Oscar: "Stockwerkeigentum am Baurecht – Regelung der Heimfallentschädigung im allgemeinen und im speziellen bezüglich "gemischt" genutzter Sonderrechtseinheiten", AJP/PJA, 5/2006, s. 542-548.
- STAUDINGER**, Ansgar: Handkommentar zum BGB, Reiner Schulze u.a., Buch 3: Sachenrecht, §§ 903 – 1017, 11. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2021.
- TEK**, Gülen Sinem: Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÜNAL**, Mehmet: "Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı", GÜHFD, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 223-236. (Malik Lehine)
- ÜNAL**, Mehmet: Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, AÜSBE Yayınları, Ankara, 1988. (Yapı Hakkı)
- WEISS**, Andrea Christina/**TSCHUMI**, Benjamin: "Stockwerkeigentum – Wertanlage oder Fehlinvestition?", Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2018, Amédéo Wermelinger (Hrsg), Stämpfli Verlag AG, Bern, 2018, s. 85-119.
- WEIß**, Bernhard: Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, Sachenrecht, §§ 854-1296, ErbbauRG, 9. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 2023.
- WINKLER**, Karl/**SCHLÖGEL**, Jürgen: Erbbaurecht, 7. Aufl., C.H. Beck, 2021.

- WOLFISBERG**, Jonas: Abwehrensprüche im Verhältnis zwischen dem Grundeigentümer und dem Bauberechtigten, Schulthess Verlag, Zürich, 2022.
- YİĞİT**, Pınar/**ERSÖZ**, Oğuz: "Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Üst Hakkının Genel Teorisi ve Üst Hakkının Süresinin Bitiminden Önce Devri İmkânı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 6, 2016, s. 166-174.
- YÜCER AKTÜRK**, İpek: Üst Hakkı Sözleşmesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ZGRAGGEN**, Cornelio: "Kostenverteilung und Haftung für Beiträge im Stockwerkeigentum", LBR-Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Jörg Schmid (Hrsg), Schulthess Juristische Medien AG, Band 149, 2020, s. 180-203.

## TÜRK İDARE HUKUKU'NDA HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ BAKIMINDAN İDARENİN PCR TESTİ ZORUNLULUĞU DÜZENLEMELERİ

Dr. Öğr. Üyesi D. Deviner ERGUVAN\*

### Öz

Covid-19 pandemisi ülkemizi ve tüm dünyayı her konuda olumsuz yönde etkilemiş ve beraberinde yeni hukuki tartışma ve incelemeleri de getirmiştir. Salgınla mücadele birincil derecede devletin yükümlülüğünde olduğundan, ülkemizdeki idari önlemlerin Türk İdare Hukuku özelinde incelenmesi gerekmektedir. Makalede özel olarak PCR testi zorunluluğuna ilişkin idari düzenlemelerin hukuki güvenlik ilkesi bakımından incelenmesi seçilmiştir. Konunun temel hak ve özgürlüklerle olan doğrudan ilgisi önemini de arttırmaktadır. İdari düzenlemelerin hukuki niteliği, yasal dayanaklarının olup olmadığı ve temel hak ve özgürlüklere olan etkisi ayrıntılı incelenmektedir. Amaç, yaşanan sürecin hukuki değerlendirilmesi ile benzer süreçler için hukuk devleti uyarınca hareket edilmesine yönelik katkıda bulunmaktır.

\* Dr. Öğr. Üyesi, T.C. Artvin Çoruh Üniversitesi, Hopa İİBF, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Artvin, Türkiye ✉ Asst. Prof., T.C. Artvin Çoruh University, Hopa Faculty of Economic and Administrative Sciences, Department of Public Administrative, Department of Law Sciences, Artvin, Türkiye.

✉ devinererguvan@artvin.edu.tr • ORCID 0000-0003-0540-7961,

✉ **Atıf Şekli** | **Cite As:** ERGUVAN, D. Deviner: "Türk İdare Hukuku'nda Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından İdarenin PCR Testi Zorunluluğu Düzenlemeleri", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s.2809- 2853 .

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## Anahtar Kelimeler

• Hukuk Devleti • Hukuki Güvenlik İlkesi • Kanuni İdare İlkesi • Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması • PCR Testi Zorunluluğu

## THE REGULATIONS OF ADMINISTRATION ON COMPULSION OF PCR TEST WITH REGARD TO THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY IN TURKISH ADMINISTRATIVE LAW

### Abstract

Covid-19 pandemic has affected our country and all the world in a negative way on every issue and has brought about new legal discussions and researches. Because of the struggle against pandemic is an obligation of the state at the first degree, it becomes necessary to examine administrative measures taken in our country, specifically towards Turkish Administrative Law. In this article, it is chosen to examine particularly the administrative regulations related to compulsion of PCR test with regard to the principle of legal security. The direct relation of the issue with the fundamental rights and freedoms, makes it more important. The legal property of the administrative regulations, whether they have legal foundation or not and their effect to fundamental rights and freedoms, is being examined thoroughly. The aim is to contribute to be acting in accordance with the state of law for similar processes, by legal analyze of the process that has been pass.

### Keywords

• The State of Law • The Principle of Legal Security • The Principle of Legal Administration • The Restriction of The Fundamental Rights and Freedoms • Compulsion of PCR Test

## GİRİŞ

Bu makalede Koronavirüs Hastalığı 2019 (Coronavirus Disease 2019- Covid-19) pandemisiyle mücadele kapsamında Polimeraz Zincir Reaksiyonu (Polymerase Chain Reaction -PCR) testi zorunluluğu getiren idari düzenlemelerin hukuki güvenlik ilkesine uygunluğu incelenmektedir. Bu amaçla öncelikle ilke özümüyle açıklanmaktadır. PCR testinin anlamının belirlenmesinin ardından, test zorunluluğunun hukuki niteliği ve etkisi kuramsal ve uygulama boyutunda değerlendirilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının kanunla yapılması zorunluluğu ile idarenin kanuniliği ilkesi makalede temel bir konumdadır ve test

zorunluluğu getiren idari düzenleyici işlemlerin bu doğrultuda incelenmesi esastır.

## I. HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN UNSURU OLARAK HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ

Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinden hareketle yargısal kararlar ve öğreti görüşleri ile ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi ilkeyi “Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”<sup>1</sup> şeklinde açıklamaktadır. Danıştay’ın da aynı yönde belirlemelerde<sup>2</sup> bulunmakla beraber, “Hukuk güvenliği doktrinde, kişilerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarını önceden bilmeleri, hak ve özgürlükler alanını geleceğe dönük olarak düzenleyebilmelerine olanak tanınması şeklinde tanımlanmaktadır.”<sup>3</sup>, “Hukuki güvenlik ilkesi ise, bir toplumda bireylerin bağlı oldukları hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmeleri, başka bir ifadeyle ilgililerin hukuki durumun süreceğine olan inancı

<sup>1</sup> AYM, 16.01.2014, E. 2013/110, K. 2014/8, R.G. 09.05.2014-28995. Benzeri bir karar için bkz. AYM, 04.05.2006, E. 2006/64, K. 2006/54, R.G. 05.10.2006-26310.

<sup>2</sup> “...hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” Danıştay 10. D. 24.05.2021, E. 2020/907, K. 2021/2539, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=683503300&arananKelime=hkuki%20g%C3%BCvenlik%20ilkesi> (Erişim Tarihi: 29.10.2023). Aynı yönde bir karar için bkz. Danıştay 10. Daire, 29.04.2021, E. 2018/551, K. 2021/2172, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=682869800&arananKelime=hkuki%20g%C3%BCvenlik%20ilkesi> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>3</sup> Danıştay 7. D. 30.06.2005, E. 2001/4650, K. 2005/1507'den aktaran **ERGUVAN**, D. Deviner, Yargı Kararları Işığında İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası, Ankara 2017, s 56. (Bu karar 15.03.2013 tarihi itibarıyla [www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr)'de bulunmaktayken, bugünkü Danıştay internetsitesinde ve Danıştay dergilerinde araştırmalara rağmen bulunamamıştır.)

dolayısıyla hayal kırıklığına uğratılmaması anlamına gelir.”<sup>4</sup> biçiminde tanımlamaları da bulunmaktadır.

İlke, “normların hukuka uygun, öngörülebilir ve belirli olmasını sağlama işleviyle genel çerçeveyi çizmekte; özelde ise, bireylerin gerçekleştirilen tüm faaliyetlerde devlet ve idareye güven duyabilmesini sağlama işlevi ile doğrudan idare hukuku alanına temas etmektedir.”<sup>5</sup> Öngörülebilirlik ve belirlilik özellikleriyle idari faaliyetlerin istikrarlı (kararlı) olması da hukuki güvenlik boyutuyla bağlantılıdır.<sup>6</sup> Öğretide ilkenin gerekleri, 1) Devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması, 2) Devlet faaliyetlerinin, önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmesi, 3) Hukuk düzeninde mümkün olduğunca hukuki istikrarın sağlanması, 4) İdarenin tek yanlı işlem yapma üstünlüğüne karşı, güvence niteliğindeki kurallarla, (bireylere katılma, dinlenilme ve savunma hakkı gibi haklar tanınarak), birey ile idare arasında dengenin sağlanması, 5) İdarenin, bireyin haklı beklentilerine uygun davranması, 6) Mevzuatta hukuka ve devlete olan güveni zedeleyici hususlardan kaçınılması, 7) Devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi doğrultusunda bir hukuk devleti düzeni tesis etmesi şeklinde sıralanmaktadır.<sup>7</sup>

Hukuki güvenlik ilkesi bakımından, devlet tasarruflarının vatandaşlar için hesaba katılamaz ve anlaşılamaz olarak kalmaması için, devletin davranışlarında asgari bir güvenilirliğin varlığı şarttır.<sup>8</sup> Hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, belirli sınırlar dahilinde bütün devlet davranışlarının az çok önceden öngörülebilir olmasıdır<sup>9</sup>, ki hukuk devleti ve bilim dahilinde milli güvenlik ve bu kapsamda milli ekonomi,

<sup>4</sup> Danıştay 9. D. 26.12.2013, E. 2013/11310, K. 2013/12989, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=75221400&arananKelime=9.%20Daire> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>5</sup> **YILMAZ** Harun, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 79.

<sup>6</sup> **EKİNCİ** Murat, *İdari İstikrar İlkesi*, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 49.

<sup>7</sup> **AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2019, s. 102.

<sup>8</sup> **SÖZER**, Ali Naim, “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 63, S. 10-11-12, 1989, s. 552.

<sup>9</sup> **OĞURLU**, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 40.

bilimsel ve teknolojik çalışma ve gelişmeler gibi alanlardaki “devlet sırrı” kavramı bu sınırlara örnek gösterilebilir. O halde ilkede bulunan özellikle *var olan hukuka uygun durumların süreceğine olan güvenin boşa çıkarılmaması, bireyin hukuka duyduğu güveni sarsmama ve geleceğin öngörülebilir olması* vurguları önemlidir. Özetle ilke, bireylerin sahip oldukları hak ve yükümlülükleri önceden bilebilmelerini ve hukuk düzenine güven duyabilmeleri anlamına gelmekte; bu güvenin asgari düzeyde dahi sağlanamadığı bir ülkede hukuk düzeninden ve hukuk devletinden de söz edilememektedir.<sup>10</sup>

İlke idari işlem ve eylemler kadar, temel hakları sınırlamaya yönelik idari faaliyetlerin münhasır temelini oluşturan kanunlar bakımından da geçerlidir.<sup>11</sup> Hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilmesinin temel aracı idarenin kanuniliği ilkesidir.<sup>12</sup> Kanuni idare ilkesi esasen hukuk devleti ilkesine dahildir ve özel bir hukuki durumu işaret eder. En kısa açıklaması ile kanuni idare ilkesi, *kanuna dayanma ve kanunlara uygun olma* şeklinde iki unsurdan oluşmaktadır.<sup>13</sup> Buradaki “kanun”, anayasal ilke, esas ve hükümler başta olmak üzere hukuk kurallarını ifade etmektedir.

Hukuk kurallarının açık, öngörülebilir, belirli olması ve ilgililerin hukuken başlarına ne geleceğini bilebilmeleri esas<sup>14</sup>, Anayasa m. 2 ve 123 gereği idarenin kanuni idare ilkesine uygun davranacağı bilgisini ve güvencesini de vermektedir. O halde kanuni idare ilkesine aykırılık, hukuki güvenlik ilkesine aykırılıktır.

## II. PCR TESTİNİN ANLAMI VE İÇERİĞİ

PCR yöntemi 1985 yılında ilk kez bilim dünyasına sunulan, gen ve genom araştırmalarında artışa neden olan ve moleküler teknolojinin en

<sup>10</sup> ERGUVAN, s. 176.

<sup>11</sup> HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan, Covid-19 Pandemisi Kapsamında Alınan Tedbirlere Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Bir Bakış, Batı, Murat/Çağlayan, Sezai (Editörler), Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19, Ankara 2021, s. 217.

<sup>12</sup> KARAHANOĞULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Bağlanması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 3. Baskı, Ankara 2015, s. 59.

<sup>13</sup> AKBULUT, Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 14.

<sup>14</sup> AKILIOĞLU, Tekin, Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 164.

önemli gelişmelerinden biridir.<sup>15</sup> Bu yöntemde plastik şaflı ve pamuk uçlu kültür çubukları ile orofarengal (ağızdan) ve nazofarengal (burundan) sürüntüler alınmaktadır.<sup>16</sup> Bu yöntemlerin doğurduğu bazı zorluklar ve kişinin yaşam kalitesini düşüren etkileri bulunmaktadır.

“Dünya standartlarına göre tercih edilen oro-nazo farengal sürüntü testinin uygulanması hastaların yaşam kalitelerini olumsuz etkileyebilmektedir. Özellikle öğürme refleksi kuvvetli olan hastalar, orofarengal sürüntü işlemi esnasında öğürebilmekte ve hatta bazen kusma ile sonuçlanabilmektedir... Nazofarengal örneklemeler orofarengal örneklemelere göre hem hasta hem de uygulayıcılara göre daha zorludur. Nazal semptomda deviasyon, alerjik rinit, nazal polipli kronik sinüzit gibi durumlarda nazal pasajın daralmasına bağlı örneklem almada zorluklar yaşanabilir. Yani bu gibi durumlarda hastanın nazal mukozası hassas olacağından işlemden sonra 24 saate kadar varabilen nazal mukozada ağrı, yanma ve/veya baş ağrısına neden olabilir... Sürüntü işlemi sonrası orofarengal yolakta ağrı, yanma ya da kanama görülebilmektedir.”<sup>17</sup>

Görüldüğü üzere PCR testinin bu anlamı ve içeriği, vücut bütünlüğü ile ilgili olarak kişinin maddi ve manevi varlığına yönelik bir uygulamayı işaret etmektedir. O halde, PCR testi uygulaması Anayasa madde 17’de yer bulan “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” temel hak ve hürriyetiyle doğrudan ilgili bir konudur.

### III. PCR TESTİNİN ZORUNLU TUTULMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE HUKUKİ ETKİSİ

PCR testinin zorunlu tutulmasının hukuki niteliği ve hukuki etkisinin incelenmesini, kuramsal ve uygulama olmak üzere iki boyutta ele almak gerekir. Kuramsal boyutta, böyle bir zorunluluğun getirilmesinin Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisini ve temel kanun niteliğinde olan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca idarenin görev ve yetkilerinin sınırlarını belirlemek önemlidir. Böylece,

<sup>15</sup> ATASOY ULUSOY, Özgür İlke/ GÖRGÜL Güliz, “Polimeraz Zincir Reaksiyonu (PCR) ve Enodontik Mikrobiyoloji”, Atatürk Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2006, s. 61, 62.

<sup>16</sup> FİDANCI, İzzet/ ATMIŞ, Esin Özlem, “Covid-19 PCR Örneklemesi İçin Alınan Oro-Nazofarengal Sürüntü İşlemi Sonrası İçin Öneriler”, The Journal of Turkish Family Physician, C. 4, S. 4, 2020, s. 210.

<sup>17</sup> FİDANCI/ATMIŞ, s. 210, 211.



uygulama boyutunda beliren idari düzenlemelerin, hukuki güvenlik ilkesine uygunluklarını değerlendirmek daha kolay ve anlaşılabilir olacaktır.

## A. Kuramsal Boyutta

### 1. Temel Hak ve Özgürlüklere Etkisi

PCR testi zorunluluğu getirilmesinin kuramsal boyutta karşımıza çıkan birincil ve temel hukuki etki alanı, Anayasa m. 17'deki "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" düzenlemesidir. Gerçekten de Ay. m.17/2 hükmü "*Tıbbî zorunluluklar* ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz." şeklindedir. Nelerin tıbbî zorunluluk olduğunun kanunda belirlenmiş olması gerekir.<sup>18</sup> Aksi bir durum Ay. m.13'ün "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir." hükmüne aykırıdır.

Kanuni düzenleme ile hangi durumların bu nitelikte sayılacağının açıkça belirlenmesi, en azından çerçevesinin ve içeriğinin belirlenmesi hukuk devletinin gereğidir. Kanunun bir konudan sadece ismiyle bahsetmesinin ve bu konuda düzenleme yapması için idareye yetki tanınmasının, o konunun kanunla düzenlenmiş sayılması için yeterli olmadığı esası<sup>19</sup>, Anayasa için de öncelikle geçerlidir. Bu durum yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin de zorunlu sonucudur.<sup>20</sup> Sonuç olarak "tıbbî zorunluluklar" ibaresi tek başına idareye bunun hangi durumları kapsadığını

<sup>18</sup> Bunun dışında "kanunda yazılı haller" de de vücut bütünlüğüne dokunmaya ilişkin sınırlama olabilir. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki düzenlemeler gereği zor kullanma yetkisi örnek gösterilebilir.

<sup>19</sup> **AKBULUT**, s. 243.

<sup>20</sup> "Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda *temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını* ifade eder." AYM, 02.06.2009, E. 2004/85, K. 2009/69, R.G. 10.12.2011-28138.

belirleme yetkisi vermemektedir. Kavramın içeriğinin kanunkoyucu tarafından doldurulması gerekmektedir.<sup>21</sup>

Diğer yandan, kavramın *tibben müdahalenin zorunlu olduğu durumları* ifade ettiği de açıktır. Bu zorunluluk, tek bir bireyin sağlığına ilişkin olabileceği gibi, toplumun sağlığına ilişkin de olabilir. Öğretide<sup>22</sup> ve Anayasa Mahkemesi kararlarında<sup>23</sup> ise kavram çoğunlukla salt bireyin sağlığına ilişkin bir zorunluluk olarak kullanılmaktadır. Toplumsal sağlığın tehdit edilmesinden kaynaklanan “tıbbi zorunluluk” boyutu da kanımca kavrama dahildir. “Tıbbi zorunluluk” kavramı Anayasa’nın ilgili maddelerinde (ör. Ay. m. 21, m. 22) geçen *genel sağlık* gerekçesini aslında kendiliğinden barındırmaktadır.<sup>24</sup> Yargıtay’ın “tıbben normal ve gerekli olanın yapılmış bulunduğu” ifadesi ile tıbbi zorunluluğu işaret ettiği bir

<sup>21</sup> **KASAPOĞLU TURHAN**, Mine, “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşu Uygulaması” (İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2019, s. 22.

<sup>22</sup> “...hekimin veya diğer resmi ehliyetli kişilerin bir tıbbi zorunluluk durumu ile karşı karşıya bulduklarından tam anlamı ile söz edilebilmesi için...1. Kişinin kendisinden (veya varsa kanuni temsilcilerinden) hukuken kabul edilebilir bir rıza açıklamasının elde edilebilmesi fiilen mümkün olmamalıdır...2. Ayrıca kişiye gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde, ölmesi veya sağlık yönünden sonradan güçlüklerle giderilebilecek ağır bir takım zararların gerçekleşme ihtimali oldukça kuvvetli olmalıdır.” **ÇİLİNGİROĞLU**, Cüneyt, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1. Baskı, İstanbul 1993, s. 48-49. Aynı yönde görüş için bkz. **KASAPOĞLU TURHAN**, *İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında*, s. 22-23.

<sup>23</sup> “Hastanın rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan hâllerden biri olarak kabul edilen tıbbi zorunluluk kavramının ise genel olarak *hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğacağı ve çoğu zaman hastanın yaşamını yitirmesinin söz konusu olacağı durumları* ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir.” AYM, 11.11.2015, Halime Sare Aysal Başvurusu, B. No: 2013/1789, § 56. Aynı yönde bir karar için bkz. AYM, 29.06.2016, M. A. Bayram Başvurusu, B. No: 2014/4077, § 57.

<sup>24</sup> Öğretideki şu açıklamalar da bu yaklaşımı desteklemektedir: “Öte yandan toplumun menfaatinin söz konusu olduğunda, kişinin vücut tamlığını ihlal eder nitelikte bazı müdahalelerde bulunmak zorunlu olabilir. Bu gibi hallerde –kişinin rızası olmasa da– yapılan müdahaleler hukuka aykırı sayılmaz... Yapılacak müdahale toplum menfaati gereği hukuka uygun olarak kabul edilecektir... Aslında bu durumda kişinin yaşatılması, sağlığına kavuşturulması ile toplum menfaati de korunmuş olacaktır... vücut tamlığına müdahalede kural, ilgilinin rızasının bulunması ise de, belli hallerde ve şartlarda kanun koyucu bu esastan ayrılmaya olanak tanımıştır.” **ÇAKMUT YENERER**, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 1. Baskı, İstanbul 2003, s. 53-54.

kararındaki tespiti<sup>25</sup>, toplum sağlığı için de geçerlidir. Hastanın veya kanuni temsilcisinin izninin fiilen alınması mümkün olan veya gecikmesizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı taktirde kişinin ölmesi veya sağlığı için telafisi güç veya imkansız durumlar yaratmayan hallerde de, genel sağlık gereği müdahale tıbbi zorunluluk olabilmektedir.<sup>26</sup> Salgın hastalığın Sağlık Bakanlığı'nca ilan edilmesi dahi *toplumsal boyutta tıbbi bir zorunluluk sürecinin* (genel sağlık gerekçesinin) baş göstermesidir. Ay. m.17/2'de genel sağlık gerekçesinin açıkça düzenlenmemiş olması, bu bilimsel gerçekler karşısında tıbbi zorunluluk kavramına dahil olmadığı anlamına gelmez.<sup>27</sup> O halde test zorunluluğunun anayasal dayanağı "tıbbi zorunluluk" kavramıdır ve kanunla hangi durumların buna dahil olduğunun belirlenmesi de anayasal bir zorunluluktur.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Y. 4. H. D. 5.3.1971 tarih ve E. 10853/K. 2906'dan aktaran **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 47.

<sup>26</sup> Örneğin, aşağıda 1593 sayılı Kanun'un incelenmesinde görüleceği üzere, bireylerde somut hastalık şüphesi bulunmadığı halde, genel ve soyut şüpheye istinaden toplum sağlığının doğurduğu tıbbi zorunluluk durumu söz konusu olabilmektedir. Sınır kapılarında tüm gelen yolcular için PCR testi istenebilmesini sağlayan hükümler, genel ve soyut bir şüpheden kaynaklanmaktadır. Burada toplum sağlığının hatta tüm ülkenin sağlığının pandemiyle tehdidi nedeniyle ortaya çıkan tıbbi zorunluluk durumu söz konusu olmaktadır. Kavramın, hem bireysel sağlık hem de genel sağlık kavramlarını beraber içerdiği bilimsel olarak söylenebilmektedir.

<sup>27</sup> Ay. m. 13'ten 2001 yılında genel sağlık nedeniyle sınırlama kaldırıldıktan sonra "...ilgili Anayasa maddesinde genel sağlık sınırlama nedeni olarak düzenlenmişse ancak hakkın kanunla sınırlanması mümkündür." **TEMİZ GÜL**, Yağmur, Covid-19'la Mücadelede Uygulanacak İdari ve Cezai Yaptırımlar, Sur, Melda/ Kasapoğlu Turhan, Mine (Editörler), Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2021, s. 592. Bu değerlendirme haklı bir değerlendirme de olsa, Ay. m.17/2'deki tıbbi zorunluluk kavramına özellikle pandemi süreçlerinde genel sağlık nedeninin kendiliğinden dahil olduğu sonucuna varılmasına kanımca engel değildir.

<sup>28</sup> Zorunlu aşı örneği bakımından yasama organının kanuni düzenleme yapmaması halinde, Ay. m.17/2'deki tıbbi zorunluluk ifadesinin doğrudan uygulanmasından da bahsedilmektedir ki (**ŞİRİN**, Tolga, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", Anayasa Hukuku Dergisi, C. 9, S. 17, 2020, s. 96) buna katılmak olası değildir. Nelerin tıbbi zorunluluk olduğu kanunla düzenlenmelidir. Zorunlu aşı bakımından da bu durum öncelikle geçerlidir ki ör. 1593 sayılı Kanun m. 72'de bulaşıcı veya salgın hastalıkla mücadelede zorunlu aşı düzenlemesi vardır. (**KASAPOĞLU TURHAN**, İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında, s. 9, 10, 36) Fakat Covid-19 yeni bir salgın hastalık olduğundan ve ne tür aşılardan ne gibi sonuçlar doğuracağına ya da hayati tehlike barındırmadığına ilişkin bilimsel kesinlik taşımayan bir süreç yaşandığından, yerinde olarak gönüllülük esası tercih edilmiştir. Bu konuda bilimsel netliğin kazanılması halinde, m.72 dayanağı ile hareket edilebileceği gibi, açıkça ilgili Covid-19

Ay. m. 20'deki "Özel hayatın gizliliği ve korunması" temel hak ve özgürlüğü ise m.17/2'nin zorunlu bir sonucu olarak, kuramsal boyutta karşımıza çıkan dolaylı hukuki etki alanı olmaktadır. Zorunlu ve dolaylıdır, çünkü m.17/2 kapsamındaki bir sınırlama hukuk ve tıp bilimleri gereği bu bilgilerin işlenmesini gerektirmektedir. Ay. m.20/3'e göre "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir... Kişisel veriler, ancak *kanunda öngörülen hallerde* veya kişinin açık rızasıyla *işlenebilir*." Ay. m.17/2'ye uygun bir kanuni düzenleme ise kendiliğinden, bu verilerin işlenmesi sonucunu doğuracaktır.

## 2. Kanunla Düzenlenme Gerekliği

Temel hak ve özgürlükler Ay. m. 13'deki şartlarda kanunla sınırlanabilmektedir. Ay. m. 119/5 uyarınca, olağanüstü hal dönemlerinde dahi Ay. m.15'deki ilkeler doğrultusunda nasıl *sınırlanacağı* veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği yine *kanunla* düzenlenir. Bu nedenle öğretilerde olağanüstü dönemlerde<sup>29</sup> çıkarılabilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği görüşü<sup>30</sup> sonradan kanunla onaylansa dahi kanımca isabetli olamamaktadır.<sup>31</sup> Çünkü Ay. m. 119/6, olağanüstü

---

aşısı/aşılarının zorunluluğunun kanunda ifade edilmesi de tercih edilebilir. İkinci durum hukuki güvenlik ilkesinin işlerliğini daha da güçlendirir. Bu şekilde temel hak ve özgürlüklerle ilgili bu alanda toplumsal kargaşa ve tartışmaların önüne, TBMM'nin konuyu açıkça düzenlemesi ile geçmiş olarak, kişilerin hukuka ve tıbbi dolayısıyla devlete güvenleri de sağlanmış ya da kuvvetlendirilmiş olur.

<sup>29</sup> Öğretilerde haklı olarak yaşadığımız pandemi sürecinde olağanüstü halin ilan edilmesi gerektiği genellikle vurgulanmaktadır (HEKİMOĞLU, s. 211; KASAPOĞLU TURHAN, Mine, "Covid-19 Pandemisinde Uygulanan İdari Kolluk Tedbirleri", Sur, Melda/Kasapoğlu Turhan, Mine (Editörler), Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu (Covid-19 Pandemisinde), İstanbul 2021, s. 410; GÖZLER, Kemal, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu? (2)" (Korona Virüs Salgınıyla Mücadelede), <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>30</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. GÖZLER, Korona Virüs Salgınıyla Mücadelede; KASAPOĞLU TURHAN, Covid-19 Pandemisinde, s. 419; HEKİMOĞLU, s. 212, 222.

<sup>31</sup> " "Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmaz" şeklindeki sınırlama olağanüstü kararnamelerin geçerli olmadığı belirtilmemiş; hatta "temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir" hükmü korunmuştur. Bu hükümler gereğince idarenin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıracak nitelikteki yetkilerinin bu konuda

dönemlerde tüm temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği anlamındadır. Fakat *sınırlama yapmak başka*, düzenleme yapmak başkadır. Anayasa'nın emredici hükümleri, bu konuda *sınırlama yapma yetkisini sadece TBMM'ye* vermiştir.

Bu doğrultuda birincil ve temel boyutta sınırlanan Ay. m. 17'deki hakkın, 2. fıkrasındaki esaslara uyan bir kanunla yapılması gerekmektedir. "Tıbbi zorunluluklar" gereği vücut bütünlüğü hakkı sınırlandıktan sonra, durumun niteliği gereği diğer (ör. konut dokunulmazlığı, seyahat, eğitim öğretim hakkı gibi) birçok temel hak bundan etkilenebilecektir. Bunların etkilenmesi m.17/2'nin zorunlu sonucu olduğu için, m.13 gereği özel sınırlama nedenlerinin varlığı aranmaz. Unutulmamalıdır ki, "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması yasağı" başlıklı m. 14 düzenlemesi sadece Devlete değil kişilere de yönelik olarak "Anayasa hükümlerinin hiçbiri...Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz." şeklindedir. O halde, bulaşıcı veya salgın hastalıkla mücadelede Ay. m.17/2'ye uygun bir sınırlama bulunduktan sonra, niteliği gereği etkilenen diğer hakların – özel sınırlama nedenlerinde genel sağlık gerekçesi bulunmadığı gerekçesiyle - sınırlanamayacağı ileri sürülemez. Aksi durum temel hak ve hürriyetleri kötüye kullanma yasağına aykırılıktır.

---

özel kanunla düzenlenmesi gerekir...Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü KHK'lerin mediste görüşülmele kanuna dönüştüğü yönündeki içtihadını olağanüstü CBK'lere uyarlayarak sürdürmesi durumunda düzenlemelerin zaten bir kanunla yapıldığını varsayması da bir ihtimaldir." **SEVER**, Çiğdem, Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme, *Batı*, Murat/Çağlayan, Sezai (Editörler), *Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19*, Ankara 2021, s. 198. 9 Temmuz 2108 öncesi ohal KHK'lerinin TBMM'ce kanunla onaylandığı gibi olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de yine kanunla onaylanmasına devam edilirse, bu kanunların Anayasa Mahkemesi'nce denetimi de mümkün olabilecektir. (**GÖZLER**, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa 2018, s. 909, 910, 915; **ATAR** Yavuz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Dergisi*, C. 36, S. 1, 2019, s. 254, 255). Diğer yandan kanunla onaylanma durumunda dahi, sınırlamaların kanunla yapılması esasına uygun davranılmış olunmayacaktır. *Anayasa sınırlamanın önce yürütme tarafından yapılması ve sonrasında TBMM'ce kanunla onaylanması şeklinde bir sistem öngörmemektedir. Düzenleme yapmak başka, sınırlama yapmak başkadır ve Anayasa sınırlamanın münhasıran kanunla yapılmasını emretmektedir.* Bu konunun ayrıntıları başka makale konusuna girmektedir.

Madde 17/2'ye uygun bir sınırlamanın anlamı makale konusu itibariyle ülkedeki tüm Türk vatandaşlarına ve hatta tüm insanlara yönelik olarak yaşama hakkının korunmasıdır. Bu birincil ve temel korunan değer gereği yaşama hakkı karşısında, -konut dokunulmazlığı, seyahat, eğitim-öğretim hakkı gibi- önemi küçüksenemeyecek fakat ikincil boyutta kalan haklar zorunlu olarak etkilenebilecektir. Mesele şu basit soruda kendini özetlemektedir: *Pandemi karşısında yaşama hakkının korunması mı daha değerlidir, yoksa konut dokunulmazlığı, okula gitmek, seyahat etmek mi?* Yaşam hakkının korunmasındaki amaç, diğer hakların varlığını ve kullanımını mümkün kılmaktadır.<sup>32</sup> Birincil ve temel hakkı korumak amacıyla uygun sınırlama, ikincil derecede etkilenen haklar bakımından Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de bireylerin ruhsal ve fiziksel bütünlüğüne yönelik zorunlu tıbbi müdahalelerin kanunla öngörülmesi gerekmektedir.<sup>33</sup> Mahkeme konuyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi "Özel ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı m. 8 kapsamında<sup>34</sup> değerlendirmektedir.<sup>35</sup> Ayrıca örneğin zorunlu aşı uygulamasıyla ilgili bir kararında, *kanunda öngörülme yanı sıra ilgili kişinin ve toplum sağlığının birlikte korunması meşru amacı, müdahalenin meşru amaçla orantılı olması*

<sup>32</sup> Ay m. 15/2 uyarınca yaşama hakkı ve maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne dokunulmama hakkı savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde dahi kısmen veya tamamen durdurulamayan veya *Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınmayan* çekirdek haklardanır. Oysa Ay. m. 17/2'ye uygun yapılan sınırlamalar sonucu etkilenen -aşağıda değinilecek- diğer haklar çekirdek haklardan değildir. Bu nitelendirme de Ay. m. 17'nin birincil ve temel düzeyde etkilenen hak olduğunu, 2. fıkrasına uygun bir sınırlamanın yeterli olduğunu ayrıca ortaya koymaktadır.

<sup>33</sup> **KASAPOĞLU TURHAN**, İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında, s. 12, 30.

<sup>34</sup> AİHS Madde 8: "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, *ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda* ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, *sağlığın* veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

<sup>35</sup> Öyle ki, Mahkeme düşük önemdeki-örneğin tiberkülin testinin ve göğüs röntgeninin zorunlu tutulması gibi- zorunlu bir tıbbi müdahaleyi dahi m. 8 kapsamında ve kanunla görmektedir. Bkz. AİHM, 10.12.1984, Roger Acmanne ve Diğerleri -Belçika Davası, Başvuru No: 10435/83, § 1, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74749> (Erişim Tarihi: 19.05.2023).

ve acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermesi gerekliliklerini ifade etmiş ve “ilgili kişinin hayatı bakımından tehlike yaratmaması” ölçütünü de kullanmıştır.<sup>36</sup> Fiziksel bütünlüğe yönelik aşı gibi zorunlu tıbbi bir müdahale, bulaşıcı hastalıkların bölgede yayılmasının kontrol edilmesi gerekliliği ve kamu sağlığı gözetildiğinde demokratik bir toplumda meşru olmaktadır.<sup>37</sup> Doğrudan PCR testi zorunluluğuna ilişkin bir karar bulunmamaktadır<sup>38</sup>. Fakat daha yoğun bir müdahale olan aşı zorunluluğunu ve kan testini kanunla düzenlenmiş olduğunda ve diğer ölçütlerle beraber m. 8’e uygun bulması, bu konudaki yaklaşımını da ortaya koymaktadır. Madde 8’in Mahkemece yorumlanması ile doğan bu hukuki durum, Ay. m.13 ve Ay. m.17/2 “tıbbi zorunluluk” düzenlemesi ile zaten hukuk düzenimizde bulunmaktadır.

### 3. Temel Kanun Olan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda İdarenin Görev ve Yetkisinin Sınırları

Covid-19 pandemisinin Türkiye'ye de ulaşması sonrasında, salgına yönelik alınan idari önlemlerde öncelikle, PCR testi zorunluluğuna ilişkin olanlarda ise sadece 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na dayanıldığı görülmektedir.<sup>39</sup> 1593 sayılı Kanun m. 1 uyarınca “Memleketin sıhhi

<sup>36</sup> AİHM, 15.01.1998, Carlo Boffa ve Diğerleri-San Marino Davası, Başvuru No:26536/95, § 4, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88051> (Erişim Tarihi: 29.10.2023). Ayrıca zorunlu aşıya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 bakımından bir değerlendirme için bkz. **KASAPOĞLU TURHAN**, “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında”, özellikle s. 30, 31, 32 ve 36.

<sup>37</sup> AİHM, 24.09.2012, Solomakhin-Ukrayna Davası, Başvuru No: 24429/03, § 36, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Solomakhin%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22imid%22:%5B%22001-109565%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

Aynı yönde bir karar için bkz. AİHM, 08.04.2021, Pavel Vavricka ve Diğerleri-Çek Cumhuriyeti Davası, Başvuru No:47621/13, §27, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Pavel%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22imid%22:%5B%22001-209039%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 23.04.2023)

<sup>38</sup> Diğer yandan *kan testini* m. 8 kapsamında değerlendiren bir kararı bulunmaktadır. Bkz. AİHM, 13.12.1979, X – Avusturya, Davası, Başvuru No: 8278/78, § 3, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74223> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>39</sup> Esasen söz konusu düzenlemelerde açıkça hangi kanuna dayanıldığı ifade edilmekte, büyük çoğunluğunda herhangi bir kanun hükmünden dahi bahsedilmemektedir. Fakat özellikle, 27.06.2021, 20.08.2021, 31.08.2021, 15.01.2022, 16.01.2022 tarihli genelgelerinin sonunda 1593 sayılı Kanun'un 27. ve 72. maddelerine “Yukarıda

şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren *bütün hastalıklar* veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek” Devletin, doğrudan yetkili idare olarak ise –askeri sağlık hizmetleri hariç<sup>40</sup>- Sağlık Bakanlığı’nın görev ve yetkisi kapsamındadır. Madde 3/1-3 gereği “Memlekete sari ve salgın hastalıkların hulülüne mümanaat.”, 4. bendi gereği ise “Dahilde her nevi intani, sari ve salgın hastalıklarla veya çok miktarda vefiatı intaç ettiği görülen sair muzır amillerle mücadele.” doğrudan - askeri sağlık hizmetleri hariç (m. 2, m. 80) - Sağlık Bakanlığı’nın yürüteceği kamu hizmetlerindedir. “Hudutlar ve Sahiller Sıhhi Müdafaası”nda salgın hastalıklara karşı milli sınırların ve sahillerin korunmasında ise Sağlık Bakanlığı’na bağlı, kamu tüzel kişiliğine sahip Türkiye Hudutlar ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü (THSSGM) yetkili idare olmaktadır.<sup>41</sup> Fakat Genel Müdürlük, uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat ile bu hukuk kurallarının layıkıyla uygulanması için Sağlık Bakanlığı tarafından verilen *emirler* dairesinde görevini yapar (m. 30). Bu ve diğer kanun

---

belirtilen esaslar doğrultusunda Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 27 nci ve 72 nci maddeleri uyarınca İl/İlçe Umumi Hıfzıssıhha Kurulları kararlarının ivedilikle alınması, uygulamada herhangi bir aksaklığa meydan verilmemesi ve mağduriyete neden olunmaması hususlarında” ifadeleri ile atıf yapılmaktadır.

<sup>40</sup> 2. maddenin 2. cümlesinde Milli Savunma Bakanlığı’na ait sıhhi işler ise istisna tutulmuştur: “*Milli Müdafaa teşkilatına ait sıhhi işler müstesna olmak üzere bütün sıhhat ve içtimai muavenet işlerinin mercii ve murakibi* bu Vekalettir.” 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 58/1’de -geniş anlamda askeri sağlık hizmetler kavramına dahil olarak- “Türk Silâhlı Kuvvetlerinde koruyucu sağlık hizmetleri” kapsamında *bulaşıcı hastalıklar tedbiri* de sayılmaktadır. 2. fıkrası “*Askerî sağlık hizmetleri; göreve uyarlık ve elverişlilik kontrolleri ile periyodik veya zorunlu kontrolleri, sağlık raporu kontrolünü, tıbbi tehditlerin önlenmesini ve ortadan kaldırılmasını, tahliye, tedavi, sağlık lojistiği ve askerî sağlığa ilişkin diğer ihtiyaçları kapsar.*” şeklindedir. Bu uygulamalara askeri öğrenciler ve sivil personel de dahildir (m.113, m.115 ve m.116). Aşağıda değinilecek m. 80 uyarınca, *askeri kuvvetler arasında* veya *askeri müesseselerde* bulaşıcı ve salgın hastalıklardan biri ortaya çıktığında bu *kanundaki tedbirleri* “hususî teşkilatı sıhhiyeleri” uygulamak zorundadır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 338/1 gereği Türk Silahlı Kuvvetleri Milli Savunma Bakanlığı’na bağlıdır. O halde, askeri sağlık hizmetleri ve sağlıkçıları bu Bakanlığa bağlıdır (1 sayılı CBK m.336/1-b (4)).

<sup>41</sup> Bkz. 1593 sayılı Kanun m. 5, m. 29 ve 4 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 653/1.



hükümlerinden Bakanlığın güçlü bir idari vesayetinin olduğu anlaşılmaktadır.

*Hudutlar ve Sahiller Sıhhi Müdafası*: 1593 sayılı Kanun m. 37'de sayılan bulaşıcı ve salgın hastalıklar dışındaki bulaşıcı ve salgın hastalıkların Sağlık Bakanlığı'nca belirlenerek ilan edilebileceği düzenlenmektedir. *Deniz limanlarından* (m. 49-53), *kara sınır kapılarından* (m. 54, 55) ve *hava limanlarında* (m. 56) bulaşıcı ve salgın hastalıkların ülkeye yayılmasını engellemek için ayrı düzenlemeler bulunmaktadır. Konu bakımından ortak olan hükümlere göre bulaşıcı ve salgın hastalıklar ortaya çıktığında, "hastaların tecrit ve tedavisi" ve özellikle "tüm gelen yolcuların" *tıbbi muayenesi* önlemleri bakanlıkça alınabilecektir. Çünkü kara sınır kapılarında, salgın hastalık bulunan komşu ülke gelen yolcuları için *tıbbi muayene tedbirinin* Bakanlıkça alınmasının gerektiği kanunda açıkça düzenlenmektedir (m. 54/1-1). Hava limanları için ise m. 54'teki önlemlerin sınırlarda veya hava araçlarının indikleri yerlerde, Bakanlıkça uygun görüldüğünde uygulanacağı düzenlenmektedir (m. 56). Deniz limanları düzenlemelerinde (m. 49-53) gelen yolculara tıbbi muayene yapılmasından söz edilmemesi, önce bunun mümkün olmadığı izlenimini verse de, bu izlenim yanıltıcıdır.

Kanun'un amacı, sözü ve ruhu bütünlüğünde düşünüldüğünde, ülkenin tüm sınırlarında salgın hastalıklara karşı korunması meselesi aslında bölünmez bir bütünlük arz eder. Aksi durum, Ay. m. 3/1'de yer alan ve m. 4 ile değiştirilemez, değiştirilmesi teklif edilemez olan "*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir.*" hükmüne aykırılıktır. Anayasal boyutta zorunlu bu hukuk mantığından hareketle, deniz limanlarında da bu önlem –salgın hastalık durumunda kara sınır kapıları ve hava limanlarında olduğu üzere- Bakanlıkça doğrudan alınabilmektedir ve m. 30 gereği Bakanlık bu önlemin *uygulanmasını* Genel Müdürlüğe emretmekle görevli ve yetkilidir.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Aslında m. 49'da m. 54/1-1'de olduğu gibi *tıbbi muayene* ifadesi geçmemekteyse de 6. bendinde gelen yolculara ve mürettebata aşı veya serum tatbiki özel olarak düzenlenmektedir. Bunun için tıbbi muayene gerektiği açıktır. "Her tıbbi muayene ise *aşı veya serum tatbiki gerekir mi?* diye yapılmaya gerektir" veya "her bulaşıcı ve salgın hastalığın tedavisi de aşı veya serum tatbiki değildir", yaklaşımı ile tıbbi muayenenin yeterince düzenlenmediği ileri sürülecek olabilir. Yukarıdaki yorumla deniz

Yukarıdaki hükümler karşısında, ülkeye bulaşıcı veya salgın hastalıkların girişini önlemek amacıyla, *tıbbi muayene* kavramına dahil olarak – hasta veya şüpheli ayrımı yapılmaksızın- *kara, hava ve deniz* sınır kapılarında tüm gelen yolculara PCR testi yapma zorunluluğu Sağlık Bakanlığı'na getirilebilir. Ayrıca Sağlık Bakanlığı m. 30 uyarınca, uluslararası sözleşmelerin<sup>43</sup> ve ulusal mevzuatın layığıyla uygulanması için Genel Müdürlüğe emir de verebilir. Ayrıca m. 37'de sayılanlar dışındaki bulaşıcı ve salgın hastalıkların Sağlık Bakanlığı'na belirlenerek ilan edileceği de açıktır. Sonuç olarak Sağlık Bakanlığı bu konuda tek ve esas yetkili olan idaredir.<sup>44</sup>

*Memleket Dahilinde Bulaşıcı ve Salgın Hastalıklarla Mücadele*: 1593 sayılı Kanun m. 57'de bulaşıcı ve salgın hastalıklar ismen sayılmış, m. 64'te ise m. 57'de sayılanlardan başka hastalığın ortaya çıkması durumunda, bunun belirlenmesi ve ülkenin tümünde veya bir kısmında ilan edilmesi ve Kanun'daki önlemlerin tamamının veya bir kısmının uygulanması yetkisi Sağlık Bakanlığı'na verilmiştir. Bulaşıcı veya salgın bir hastalık *ortaya çıktığı* veya *çıktığından şüphelenildiği* veya bu hastalıklar nedeniyle *ölüm*

---

limanları için de Sağlık Bakanlığı'na tıbbi muayene tedbirinin alınmasının hukuken mümkün olduğu sonucu ise zaten ortaya çıkmaktadır. Kanun m. 52'de ise bütün Türk limanlarında Genel Müdürlük memurlarınca "sıhhi muamelenin *ifasımın*" gerçekleşeceği; bulunmamaları halinde Sağlık Bakanlığı'nın göstereceği lüzum üzerine bu *uygulamanın* öncelikle hükümet veya belediye doktorları, liman başkanları veya kanunda sayılan diğer kamu görevlilerince yerine getirileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme de anayasal boyuttaki bu hukuk mantığını tamamlamakta ve desteklemektedir.

<sup>43</sup> Türkiye'nin de taraf olduğu ve Ay. m.90/son uyarınca kanun hükmünde olan 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü m. 23 taraf devlete kara, deniz ve hava sınırlarında, gelen yolcular için halk sağlığı riski durumunda hastalığın taşınma riskini en aza indirecek mevcut ulusal ya da uluslararası güvenlik esasları ve standartları uyarınca tıbbi muayene yapma yetkisi vermektedir. ([https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi\\_antlasmalar/Uluslararası%C4%B1%20Sa%C4%9F1%C4%B1k%20T%C3%BCz%C3%BC%C4%9F%C3%BC.pdf](https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi_antlasmalar/Uluslararası%C4%B1%20Sa%C4%9F1%C4%B1k%20T%C3%BCz%C3%BC%C4%9F%C3%BC.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2023)) Bu konuda ayrıca bkz. **YILMAZ**, Ecemiş/ **KÜBRA**, Hatice, Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında Kıyı Devletlerinin Yükümlülükleri ve Covid-19 Kısıtlamaları, Sur, Melda/ Kasapoğlu Turhan, Mine (Editörler), Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2021, s. 556-560.

<sup>44</sup> İdareler kanunla yetkili oldukları konulardaki etkinliklerini gerek birel gerekse düzenleyici işlemlerle hayata geçirirler. Ay. m. 124 gereği yönetmelik çıkartabilen bakanlıkların, diğer idari düzenleyici işlemler tesisi de mümkündür. Test yapmayı da kapsayan muayene yetkisi, bu alanda düzenleyici işlem yapmayı da kapsar.

*olayları yaşandığı* veya ölümlerin bu hastalıklardan kaynaklandığından *şüphelenildiğinde* hükümet tabipleri veya bulunmadığı yerlerde belediye tabipleri, mahallinde  *gereken incelemeyi* yapmaya ve hastalığın kesin olup olmadığını ve ortaya çıkış nedenlerini *soruşturmaya* yetkilidir; Bu hastalıkları inceleyen doktorlara bütün Devlet kuvvetleri yardım ve destek vermek zorundadırlar (m. 65). Devlet kuvvetlerinden, genel idari kolluk başta olmak üzere Devlet tüzel kişiliğindeki ve ayrı kamu tüzel kişiliği olsa da ona bağlı özel idari kolluk, makamları ve personelleri anlaşılmalıdır.

65. maddede düzenlenen doktorların yapacağı soruşturma, bir ihbar bulunmasa dahi Hükümetçe (Cumhurbaşkanlığınca) bulaşıcı bir  *hastalıktan şüphelenildiği takdirde* dahi yapılabilir (m. 66). Ayrıca bu doktorlar gerek gördükleri yerlerde  *hastaları veya hastalık belirtilerini ve nedenlerini araştırmaya* yetkilidirler (m. 66) Bulaşıcı ve salgın hastalık incelemesi yapan doktorlar, incelemeyi kolaylaştırmak üzere hastanın yanına girmeye, hastayı ve icabına göre *evin sakinlerini muayeneye* yetkilidirler (m. 67). Kanun'un 72. maddesinde, bulaşıcı veya salgın hastalıklar  *ortaya çıktığında* veya çıktığından *şüphelenildiğinde* alınacak tedbirler de sayılmıştır.<sup>45</sup> Kişilerin  *bilimsel temizlenmesi*, memleket dahilinde seyahat eden kişilerin gereken yerlerde  *muayenesi* bu önlemlerdendir (m.72/3 ve 5). Madde 77'ye göre,  *hastalar ile hastalığı şüpheli olanların bilimsel temizlik ile sakınca ve zararları giderilmeksizin nakilleri engellenir*. Düzenlemelerde geçen " gereken incelemeyi yapmak", " soruşturma", " araştırma", " muayene etmek" ifadeleri ve kanunda öngörülen ( *bilimsel temizlik, aşı ve serum uygulaması* gibi -m. 72) tedbirler, numune alımını da kapsar şekilde tıbbi

<sup>45</sup> 72. Maddede de 57. Maddedeki hastalıklardan söz edilse de, 1593 sayılı Kanun m. 64 uyarınca, Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen ve ilan edilen bulaşıcı ve salgın hastalıklar da kanunun amacı ve ruhu gereği m.72 hükmüne dahildir. Çünkü m. 64. zaten m. 57'de sayılanlar dışında ortaya çıkabilecek bulaşıcı hastalıkların Bakanlıkça tespit ve ilanını içermektedir ki m. 57'ye atıfta bulunan bir kanun hükmü, kanunun anlamı, amacı ve ruhu gereği m. 64 uyarınca tespit ve ilan edilenlere de atıf yapmış olarak değerlendirilmelidir.

muayene<sup>46</sup> yetkisinin öngörüldüğünü ortaya koymaktadır.<sup>47</sup> Bu hükümlerden hareketle, herkese yönelik değil sadece *hastalar ve hastalık şüphesi bulunanlar*<sup>48</sup> için PCR testi zorunluluğunun getirilmesinde Sağlık Bakanlığı kanunen yetkilidir. Ayrıca bu hükümler tıbbi zorunluluğun ne olduğunu tereddütsüz açıklamaktadır.

<sup>46</sup> Bu kavramlar *teşhis* ve *tedavi* kavramlarıyla doğrudan ilgilidir ve tıbbi müdahalenin ilk aşaması olan *teşhis* muayeneyi zorunlu kılar. 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4/(g) (Ek: RG-8/5/2014-28994) : “Tıbbi müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi.” Ayrıca 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü m. 1 : “Tıbbi muayene: bir kişinin, yetkili bir sağlık görevlisi ya da yetkili makamın doğrudan gözetim ve denetimi altındaki bir kişi tarafından, sağlık durumunun ve diğerleri için potansiyel bir halk sağlığı riski oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi amacıyla ön değerlendirmeye tabi tutulması anlamındadır. Sağlık belgelerinin dikkatle incelenmesini ve münferit vakanın durumunun haklı kıldığı durumda fiziksel muayeneyi de kapsayabilir.” Kanunda, tıbbi müdahaleyi de kapsar şekilde tıbbi muayene yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Numune alımına dayanan PCR testinin, kişinin sağlık durumunun belirlenmesine yönelik fiziki muayene olarak bir ön değerlendirme ya da hastalığın *teşhisi* aşaması olduğu açıktır.

<sup>47</sup> Öğretide ülke sınırlarından girişler için tıbbi muayene yetkisinin açıkça sayıldığı, fakat ülke içine yönelik düzenlemelerde bunun açıkça sayılmadığı ve vücuttan numune almanın tıbbi muayeneye dahil olduğu varsayımının tartışmalı olduğu görüşüne (ŞİRİN, s. 91, 92) bu hukuki belirlemeler doğrultusunda katılmak hukuken mümkün değildir.

<sup>48</sup> Hastalığın *ortaya çıktığında* veya *çıktığından şüphelenildiğinde* (m. 65, m. 72), *bir hastalıktan şüphelenildiği takdirde hastaları veya hastalık belirtilerini ve nedenlerini araştırma* (m. 66) ifadeleri niteliği gereği “hastaların veya hastalık şüphesi bulunanların” somut varlığını işaret eder; yoksa genel bir şüphe ile herkesin teste tabi tutulması anlamına gelmemektedir. Kanun m. 67’ye göre –ki ancak çok sınırlı bir alan için- genel şüphe sadece hastanın bulunduğu evin sakinlerinin muayene edilmesi için düzenlenmektedir ki bu durumda dahi doktorların “icabına göre” muayene etmesi söz konusudur. İcabına göre ifadesi, hastalık belirtisi taşıyan kişi, hasta olduğundan şüphe edilen kişi durumlarının özel olarak gözetileceğini göstermektedir. Kanun, *hastalığın hüküm sürdüğü veya tehdit ettiği yerlerde* herkese yönelik, sadece umumi mahallerde toplantıların sınırlandırılması veya yasaklanmasını düzenlemektedir (m. 77). Bu durum dahi sadece o yerler için herkes kavramını işaret eder. Ayrıca kanun koyucunun, sınır kapılarından girişlerde hiçbir ayırım yapmaksızın açıkça tüm gelen yolcular (herkes) için test yapılması iradesini ortaya koyduğunu da eklemek gerekir. Ülke içine yönelik olarak, bir ayırım yaptığı açıktır. Öğretide de tedbir kararlarında çoğunlukla uygulanması istenilen 72. maddedeki tedbirlerin, hasta ve hasta şüphelisi olmayanlara yönelik uygulanamayacağı açıkça ifade edilmektedir. (HEKİMOĞLU, s. 218)

Kanun'un 80. maddesinde ise askeri kuvvetler arasında veya askeri kurumlarda 57. maddede sayılan bulaşıcı veya salgın hastalıklardan<sup>49</sup> biri ortaya çıktığında, bu kanundaki tedbirlerin uygulanmasına Milli Savunma Bakanlığı'nın sağlıkçıları mecburdur. Bu hastalıkların ortaya çıkması şüphesi de madde hükmüne dahil anlaşılmalıdır. Çünkü gerek kanunun amacı ve ruhunun bütünlüğü gerekse kanundaki tedbirlerin zaten hasta olduğu şüphe edilenleri<sup>50</sup> de kapsamı ile kanunun sözü bu değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Kanunun sözü, amacı ve ruhundan hareketle 2. ve 80. madde hükmünün anlamı, askeri kuvvetler arasındaki veya askeri kurumlarda bulaşıcı veya salgın hastalık ortaya çıktığında veya ortaya çıkma şüphesi olduğunda, hastalar ve hastalık şüphesi bulunanlar için PCR testi zorunluluğu getirilmesinde yetkili idarenin Milli Savunma Bakanlığı olduğudur. Ayrıca m. 80'e göre, Milli Savunma Bakanlığı olayların ortaya çıkış ve seyirinden<sup>51</sup> Sağlık Bakanlığı'nı sürekli bilgilendirecek ve halkı bulaştan korumak için ortak alınacak kararlardaki tedbirleri uygulayacaktır. Yine m. 80 gereği Sağlık Bakanlığı ise, halk arasında görülen bulaşıcı hastalık olaylarından Milli Savunma Bakanlığı'nı zamanında haberdar edecektir.

7179 sayılı Asker alma Kanunu'na kanuna göre yükümlülerin askere alınma işlemlerinden önce yoklama işlemi yapılması gerekmektedir. Yoklama işlemi "Yükümlülerin sağlık muayenelerinin yapılarak askerliğe elverişli olup olmadıkları, öğrenim durumları, meslekleri ve niteliklerinin tespitini" (m. 3/1-hh) içeren bir işlemdir.<sup>52</sup> 2016 tarihli Yönetmelik'te COVID-

<sup>49</sup> 1593 sayılı Kanun m. 64 uyarınca, m. 57'de sayılanların dışında Sağlık Bakanlığı'na belirlenen ve ilan edilen bulaşıcı ve salgın hastalıklar da kanunun amacı ve ruhu gereği m. 80 hükmüne dahildir.

<sup>50</sup> Bu anlamda m. 65, m. 66, m. 72/1, m. 77'de hastalığı şüpheli olanları da kapsayan tedbirler düzenlenmiştir. Ayrıca aynı durum Hudut ve Sahiller Sıhhi Müdafaası başlığı altındaki m. 49/2, m. 54/4 ve m. 56'daki düzenlemelerde de bulunmaktadır ki, tüm bu düzenlemeler kanunun sözünün, amacının ve ruhunun anlamını çok açık ortaya koymaktadır.

<sup>51</sup> Hastalığın ortaya çıkış ve seyri ifadesi, hastalık şüphesi olanların varlığını da barındırmaktadır. Şüpheli durumların bildirilmemesi –olayların ortaya çıkış ve seyirinin bildirilmemesi anlamına geleceğinden– düşünülemez gibi, bu durumların varlığı halinde kanundaki tedbirlerin de uygulanamayacağı düşünülemez.

<sup>52</sup> Sağlık muayeneleri, 2016 tarih ve 9431 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'ne göre ve

19 virüsü ve PCR testi yapılmasından bahsedilmemektedir ve buna gerek de bulunmamaktadır.<sup>53</sup> Konu askerliğe elverişlilikle ilgili olduğu için Bakanlık kamu sağlığı ve milli güvenlikle ilgili bu güncel gelişmeyi kapsama zorunluluğundadır. Diğer yandan, 1593 sayılı Kanun m. 80 *halkı buluştan korumak için ortak alınacak kararlardaki* tedbirlerin uygulanmasından da söz etmektedir. Bu iki bakanlığın bu konuda ortak karar almasına engel bir durum yoktur ki aşağıda incelendiği üzere uygulama da bu yönde gerçekleşmiştir.

## B. Uygulama Boyutunda

Bu başlık altında uygulanmış idari düzenlemeler belirlenmekte ve hukuki değerlendirmeleri yapılmaktadır. Bu değerlendirmelerin altyapısıyla, düzenlemelerin temel hak ve özgürlüklere etkisi ise ayrı başlıkta incelenmektedir.

### 1. PCR Testi Zorunluluğu Getiren İdari Düzenlemeler ve Hukuki Değerlendirmeleri

#### a. PCR Testi Zorunluluğu Getiren İdari Düzenlemeler

Covid-19 pandemisi sürecinin başlaması sonrasında, PCR testi zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler idari işlemler olarak belirlemiştir. 1593 sayılı Kanun m. 1, 2 ve 3 uyarınca, bu alanda Devlet adına görevli ve yetkili olan idare Sağlık Bakanlığı'dır.<sup>54</sup> Genel olarak bakıldığında ise pandemi ile mücadele kapsamında, örneğin sokağa çıkma yasağı, maske takma yasağı ve makalenin konusu olan PCR testi zorunluluğu gibi idari önlemlerin çoğunlukla İçişleri Bakanlığı genelgeleriyle alındığı ve pandemi ile mücadeleye ilişkin konuların temel kanun olarak 1593 sayılı

---

kural olarak öncelikle yükümlünün kayıtlı olduğu aile hekimi, yoksa müracaat ettiği askerlik şubesine en yakın resmî sağlık kuruluşundaki hekim tarafından yapılır ve bu idarelerce haklarında karar verilmeyenler Sağlık Bakanlığınca belirlenen en yakın yetkili sağlık kurumlarına sevk edilir (m. 15/1, m.15 /2). 211 sayılı kanun m. 58/2'de geçen teknik ve dar anlamdaki "askeri sağlık hizmetleri" tanımında göreve uyarlık ve *elverişlilik kontrolleri* de bulunmaktadır.

<sup>53</sup> Çünkü Sağlık Bakanlığı tarafından Türkiye'nin her yeri için salgın hastalık olduğu belirlenmiş ve ilan edilmiş bir hastalığın, yoklama sırasındaki askerliğe elverişlilik sağlık muayenesinde gözetilmesi, kamu yararı ve kamu düzeni gereğidir. Bu anlamda yoklama sırasındaki muayenede PCR testinin de yapılmasının Milli Savunma Bakanlığı tarafından zorunlu tutulması bu kanuni düzenlemeler sayesinde mümkündür.

<sup>54</sup> Milli Savunma Bakanlığı'na ait sıhhi işler ise istisna tutulmuştur (m.2).

Kanun dışında, başka bir kanuni düzenlemeye konu edilmediği gözlemlenebilir.<sup>55</sup> Hukuki durumun daha ayrıntılı bir değerlendirmesi bakımından ilgili idari düzenlemeleri incelerken, sınır kapıları için getirilenler ve ülke içine yönelik getirilenler olarak tarihsel sıraları ile incelemek gerekmektedir.

*Sınır kapılarından geçişe ilişkin idari düzenlemeler:*

- Sağlık Bakanlığı THSSGM'nin 29.12.2020 tarihli genelgesinin, ilgi (d) yazısıyla aktarılan –*bu konudaki ilk idari işlem olan*- Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün (SBHSGM) 25.12.2020 tarihli karar<sup>56</sup> ile hava, kara ve deniz yolu ile Türkiye'ye giriş yapacak kişiler için uygulanacak ek tedbirler belirlenmiştir. Bu ek tedbirlere göre, 30.12.2020 - 01.03.2021 tarihleri arasında Türkiye'ye hava, kara ve deniz yolu ile gelen 6 yaş üstü tüm kişilere ülkeye giriş öncesi son 72 saatte PCR testi yaptırma ve negatif sonuçlarını ibraz etme zorunluluğu getirilmiştir. Aksi halde hava yolu ile gelenler uçağa alınmayacaklar; kara ve deniz yolu ile

<sup>55</sup> Bkz. **KASAPOĞLU TURHAN**, Covid-19 Pandemisinde, s. 396, 401; **GÖZLER**, Korona Virüs Salgınıyla Mücadelede, Ayrıca 2020 tarihli ve 7226 sayılı kanunun geçici 1. ve 2. maddeleri ile 2020 tarihli ve 7244 sayılı kanunda yargılama süreleri, uzaktan çalışma vb. gibi pandemiyle mücadeleye ilişkin tedbirlerin küçük bir kısmı kanuni düzenlemelere konu edilmiştir (**GÖZLER**, Korona Virüs Salgınıyla Mücadelede; **HE-KİMOĞLU**, s. 213). Bu durum kanuni düzenleme olarak temel kanunun 1593 sayılı Kanun olduğu gerçeğini doğrulamaktadır. Esas tedbirlerin büyük çoğunluğu ise idari düzenlemelerle öngörülmüş ve Resmi Gazete'de de yayımlanmamışlardır. İlgili idari düzenlemelerin büyük çoğunlukla farklı kamu kurum ve kuruluşları tarafından internette yayınlanmış olanlarına ulaşılmış, ulaşılanların *ilgi* yazılarında belirtilen idari işlemlerin de aynı yöntemle izleri sürülmüştür. Tarihsel sırasıyla çalışmanın amacını ortaya koyacak kadar idari işleme ulaşılabilmektedir. Diğer yandan *ilgi* yazılarda geçen bir kısım idari işlemlere doğrudan veya dolaylı ulaşmak mümkün olmamıştır ki bu durum da “Yaşanan Hukuki Süreçlerin Hukuki Güvenlik İlkesine Uygunluğu” başlığı altında ayrıca değerlendirilmektedir.

<sup>56</sup> 29.12.2020 tarih ve 499 sayılı Sağlık Bakanlığı Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü Genelgesi, [http://tobbtiyonetim.tobb.org.tr/DosyaDeposu/Belgeler/Hudut%20Kap%C4%B1lar%C4%B1ndan%20G\\_Ustyazi\\_77c60d06-23b5-4b7c-9ff4-9e0cb13cc959.pdf](http://tobbtiyonetim.tobb.org.tr/DosyaDeposu/Belgeler/Hudut%20Kap%C4%B1lar%C4%B1ndan%20G_Ustyazi_77c60d06-23b5-4b7c-9ff4-9e0cb13cc959.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2023). Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün 25.12.2020 tarih ve 2224 sayılı genelgesine ise doğrudan değil, 29.12.2020 tarihli genelgedeki bilgiler doğrultusunda dolaylı ulaşılmıştır. Söz konusu idarenin genelgelerinin yayımlandığı internet sitesi, bu çalışmanın yapıldığı an itibarıyla 2020 yılına ait dört adet genelge görünmekte fakat 25.12.2020 tarihli genelge bulunmamaktadır. Bkz. <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/mevzuat/genelgeler.html> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

gelenlerse karantinaya alınacaklardır. Diğer yandan, uçak mürettebatı, tır şoförleri ve gemi adamları bu zorunluluktan muaf tutulmuşlardır.<sup>57</sup> SBHSGM, Sağlık Bakanlığı'nın bir hizmet birimidir (1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 354/1-f). 1593 sayılı Kanun uyarınca yukarıda yapılan değerlendirmelere göre, Sağlık Bakanlığı'nın ülkeye girişlere ilişkin PCR testi zorunluluğu getirmesi görev ve yetkisi dahilindedir.

- İçişleri Bakanlığı'nın 02.01.2021 tarihli genelgesinde<sup>58</sup>, Sağlık Bakanlığı'nın 25.12.2020 tarihli kararına atıfla, alınmış olan tedbirler tekrar duyurulmuştur. Bu işlem hukuki niteliği itibariyle sınırlarda PCR testi zorunluluğunun getirildiği bilgisini tekrarlamakta, fakat bu zorunluluğu getiren idari işlem olmamaktadır. Zaten söz konusu yazıda da *Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü tarafından bir takım tedbirlerin belirlendiği açıkça ifade edilmekte, bu konudaki yeni tedbirin de ülkeye girişlerde PCR testi yaptırma ve ibraz etme zorunluluğu olduğu bilgisi verilmektedir. Fakat duyurunun 6 yaş üstü kişiler ifadesi olmadan yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu anlamda işlem icrai değil bilgilendirici nitelikte olmakta; fakat hukuki güvenlik ilkesine aykırı bir eksik bilgi içermektedir.*

- Bununla birlikte, bir diğer işlem olan 26.02.2021 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesine<sup>59</sup> bakıldığında büyük bir çelişki ile *ülkeye girişlerde PCR testi yaptırma ve ibraz etme zorunluluğunun 02.01.2021 tarihli genelgesi ile getirildiği ifade edilmektedir. Oysa bu tedbirin sözkonusu genelge ile getirilmediği açıktır ve 02.01.2021 tarihli genelge dahi bunu kendisi ortaya koymaktadır. Aynı yazıda, SBHSGM'nin 26.02.2021 tarihli yazısı ile test yaptırma ve ibraz zorunluluğunun yeni bir karar alınıncaya kadar devam etmesinin talep edildiği ifade edilmektedir. Sağlık Bakanlığı'nın bu yazısının kendisine ulaşamamış olmakla beraber, 25.12.2020 tarihinde 1593 sayılı Kanun'un açıkça verdiği görev ve yetki uyarınca idari kolluk işlemi tesis ederek 30.12.2020 - 01.03.2021 tarihleri arasında ülkeye girişlerde*

<sup>57</sup> "Gelen yolcu" kavramına dahil olmadıklarından, PCR testi bakımından bu muafiyet Kanun'a uygun olmaktadır.

<sup>58</sup> 02.01.2021 tarih ve 153-3 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, [http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/229\\_Covid\\_19YeniVaryanti.pdf](http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/229_Covid_19YeniVaryanti.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>59</sup> 26.02.2021 tarih ve 3281 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, [http://antalya.gov.tr/kurumlar/antalya.gov.tr/Duyuru/2021/mart/2021\\_15\\_ek\\_2.pdf](http://antalya.gov.tr/kurumlar/antalya.gov.tr/Duyuru/2021/mart/2021_15_ek_2.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2023)



PCR testi yaptırma ve ibraz zorunluluğu getiren Bakanlığın, 26.02.2021 tarihinde bu tedbirin yeni bir karar alınıncaya kadar devam etmesini İçişleri Bakanlığı'ndan *talep etmesinin*, Devletin işleyişi ve idare hukuku ilke ve esasları gereği hukuken mümkün olmadığı açıktır. Ayrıca bu genelde mevcut tedbirlere yeni bir karar alınıncaya kadar 02.01.2021 tarihli "genelgemizle belirlendiği haliyle devam edilmesi gerektiği *değerlendirilmektedir.*" denilmektedir. İçişleri Bakanlığı, tedbirlerin süresinin uzatılmasına "karar verilmiştir" dememekte (ya da hukuken diyememekte), fakat tedbirlere "devam edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir" ifadesini kullanmaktadır. Sonuçta bir öncekinin aksine bilgilendirici değil icrai nitelikte bir idari işlem tesisi niyeti açıktır. Oysa bu konudaki görev ve yetki münhasıran Sağlık Bakanlığı'na verildiğine ve kanunda bu konuda yetki devrine ilişkin bir hüküm de bulunmadığına göre –ki uygulamada yapılmış olsa dahi yok hükmünde olacak böyle bir yetki devri dahi bulunmamaktadır- İçişleri Bakanlığı'nun idari işlemi ağır ve açık yetki aşımı boyutunda yokluk yaptırımına denk gelen bir hukuka aykırılıktadır. Ayrıca Sağlık Bakanlığı'nun görev ve yetkisi dahilinde hukuka uygun olarak yaptığı idari işlemlerin başka bir bakanlıkça tesis edilmiş gibi gösterilmesi, hukuk devleti ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti gelenekleri ve ciddiyeti ile örtüşmeyeceğinden, böyle bir durumun yaşanmamış olduğu temenni edilmektedir.

- 02.03.2021 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesinde<sup>60</sup> bir öncekinin de aksine *kara, deniz ve hava sınır kapılarından girişlerde PCR testi yaptırma ve ibraz zorunluluğunun 26.02.2021 tarih ve 3281 sayılı genelge ile düzenlendiği* ifade edilmektedir. Ayrıca bu işlemde, ülkeye girişte test yaptırma ve ibraz etme zorunluluğunun "15 Nisan 2021 tarihine kadar sürdürülmesi gerektiği *değerlendirilmektedir*" ibaresi bulunmaktadır. Bu zorunluluğun Sağlık Bakanlığı işlemiyle getirildiğinden, konunun hukuki değerlendirmesi yukarıdaki açıklamalarla aynıdır.

<sup>60</sup> 02.03.2021 tarih ve 3601 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, [http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/240\\_YurdaGirisTedbirleri.pdf](http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/240_YurdaGirisTedbirleri.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

- 31.05.2021 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesinde<sup>61</sup> ülkeye giriş yapacaklara ilişkin tedbirler için 02.01.2021 tarihli genelgeyle ve bakanlığın yayınladığı diğer genelgelerle “uygulamaya konulmuştur” denilmektedir. Görevli ve yetkili olan Sağlık Bakanlığı'nın (25.12.2020 tarihli) işlemi ile bu tedbirlerin ilk olarak (30.12.2020-01.03.2021 tarihleri arasında) uygulamaya konulduğu tespit edilmişti. Yazıda, SBHSGM'nin 29.05.2021 tarihli yazısındaki yeni tedbir önerilerinden bahsedilmektedir. Bu yazının kendisine ulaşmamış olmakla beraber, daha önce kanundan doğan yetkisini kullanan bakanlığın, İçişleri Bakanlığı'na yeni tedbir “önerisi” sunduğunu beklemek idare hukuku bilimine uygun düşmemektedir.

- Aynı yazıda bildirilen bu öneriler çerçevesinde, 31.05.2021 gününün sonu itibariyle 02.01.2021 tarihli genelge ve daha sonrasında bu genelgede değişikliklere giden her türlü İçişleri Bakanlığı genelgesinin yürürlükten kaldırılmasına karar verilmiş; 01.06.2021 tarihinden itibaren<sup>62</sup> ülkeye girişlerde ismi sayılan bir kısım ülkelerden gelen veya son 14 günde buralarda bulunduğu anlaşılan kişiler için ülkeye girişten azami 72 saat önce yapılmış negatif PCR testi yaptırma ve ibraz zorunluluğunun karantina tedbiri ile birlikte uygulanacağına; bazı ülkelerden gelenler için ülkeye girişten azami 72 saat önce yapılmış negatif PCR testi ibrazı zorunluluğuna ve sayılmış ülkeler dışındakilerden gelen kişiler için 14 gün önceden aşı yaptırıldığı ve/veya 6 ay içinde hastalığı geçirdiğine dair ilgili ülke resmi otoritelerince düzenlenen belge ibraz edenler için negatif PCR testi ibraz zorunluluğunun olmadığına, ibraz edemeyenler için girişten azami 72 saat önce yapılmış negatif PCR testi veya girişten azami 48 saat içerisinde yapılmış negatif hızlı antijen testi ibrazının yeterli olduğuna karar verilmiştir. İlk defa bu yazıda, “değerlendirilmektedir” yerine “karar verilmiştir” ifadesi kullanılmakta, fakat bu durum önceden belirtilen

<sup>61</sup> 31.05.2021 tarih ve 8832 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/yeni/01-Haziran-2021%E2%80%99den-Itibaren-Ulkeye-Giris-Tedbirleri.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>62</sup> 02.03.2021 tarih ve 3601 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi'nde 15 Nisan 2021'e kadar uzatılan ülkeye girişlerdeki PCR testi zorunluluğu ardından, bu tarihten 01.06.2021 tarihine kadar ne tür bir uygulama yapıldığına dair bir idari düzenlemenin adının geçtiği herhangi bir idari işlem bulunmamıştır. Bu durum bu nitelikteki idari işlemlerin Resmi Gazete'de yayımlanması gerekliliğinin önemini de ayrıca ortaya koymaktadır.

hukuka aykırılığı giderememekte, aksine yetki unsurundaki hukuka aykırılık belirgin hale gelmektedir.

- 31.05.2021 tarihli ve 8861 sayılı İçişleri Bakanlığı genelgesinde<sup>63</sup> ise, bir önceki genelgedeki ifadelerden<sup>64</sup> negatif hızlı antijen testinin hangi zaman aralığında edinileceği konusunda tereddüde düşüldüğünden hareketle, bu testin ülkemize girişten *önceki* son 48 saat içerisinde alınacağı; bahse konu ifadenin ülkemize girişten sonra yapılacağı anlamına kesinlikle gelmediği ek açıklaması yapılmıştır.

- İçişleri Bakanlığı'nın ülkeye girişlerde PCR testi yaptırma ve ibraz zorunluluğuna ilişkin başka genelgeleri de bulunmaktadır.<sup>65</sup> Mevcut değerlendirmeler onlar için de geçerli olup, şu ana kadar incelenenler konunun amacına uygun sayı ve niteliktedir.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> 31.05.2021 tarih ve 8861 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <https://wsprod.thy.com/acentportalws/admin/pub/document/4693> (Erişim Tarihi: 24.10.2023)

<sup>64</sup> Bahse konu ifade "girişten azami 48 saat *içerisinde*" ifadesidir.

<sup>65</sup> Bu genelgeler ülkelere göre belirli farklılıklar içerebilen, özleri aynı olan genelgelerdir. Bkz. 27.06.2021 tarih ve 10530 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.ankara.gov.tr/kurumlar/ankara.gov.tr/Ankara2021/dosyalar/genelgeler/ek1.pdf>. (Erişim Tarihi: 29.10.2023). 28.06.2021 tarih 10582 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, [http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/-yeni-1/1-Temmuz-2021\\_den-Itibaren-Ulkemize-Giris-Tedbirleri.pdf](http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/-yeni-1/1-Temmuz-2021_den-Itibaren-Ulkemize-Giris-Tedbirleri.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2023). 05.08.2021 tarih ve 12593 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, [https://kayapinar.meb.gov.tr/meb\\_iys\\_dosyalar/2021\\_08/17170659\\_Karantina\\_UygulamalarY.pdf](https://kayapinar.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2021_08/17170659_Karantina_UygulamalarY.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2023). 02.09.2021 tarih ve 13940 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/-yeni-1/Ulkeye-Giris-Tedbirleri.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023). 13.11.2021 tarih ve 18513 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/2021-son/Ulkeye-Giris-Tedbirleri.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023). 26.11.2021 tarih ve 19294 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/2021-son/Ulkeye-Giris-Tedbirleri.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023). 10.01.2022 tarih ve 22477 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/2021-son/Ulkeye-Giris-Tedbirleri.pdf> (Erişim Tarihi: 23.04.2023)

<sup>66</sup> Özü itibariyle içerikleri yukarıda incelenenlerle aynı olan diğer her bir genelgeyi bu çalışmada ayrıntısı ile incelemenin çalışmanın amacına yararı olmadığı, aksine amaçtan uzaklaşma boyutuna taşıyacağı ortadadır.

Bu zorunluluğun kısmen sonlandırılmasına ilişkin olarak, 04.03.2022 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesiyle<sup>67</sup> 03.03.2022 tarihli Sağlık Bakanlığı yazısı doğrultusunda; 03.03.2022 tarihinden (bir gün öncesinden) itibaren kara, deniz ve demiryolu ile ülkeye girişlerde hiçbir belge istenmeyeceği; hava yolu sınır kapıları içinse belge ibrazları devam ettirilmiştir. Son olarak 31.05.2022 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesiyle<sup>68</sup> 01.06.2022 tarihi itibarıyla ülkeye tüm girişlerde PCR testi veya hızlı anti-jen testi yaptırma ve ibraz zorunluluğu tamamen kaldırılmıştır.

*Ülke içine yönelik idari düzenlemeler:*

- Ülke içine yönelik PCR testi zorunluluğu getiren ilk düzenleme olarak, 04.08.2020 tarihli İçişleri Bakanlığı ek genelgesi gösterilebilir.<sup>69</sup> Buna göre “...hastalığın ağır seyrettiği vakalar hariç olmak üzere; hastalık belirtisi gösteren kişiler ile temaslı oldukları kişilerin *numunelerinin evlerinde alınmasına...*” karar verilmiştir. Numune alımı PCR testi yapılması zorunluluğunu kapsamaktadır, fakat işlem yetkili idarece yapılmamıştır.

- İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğünün 20.08.2021 tarihli genelgesi, *19 Ağustos 2021 tarihinde toplanan Cumhurbaşkanlığı Kabinesinde*<sup>70</sup>, Sağlık Bakanlığı ve Koronavirüs Bilim Kurulunun tavsiyeleri göz önünde bulundurularak belirlenen tedbirlerin hayata geçirilmesini

<sup>67</sup> 04.03.2022 tarih ve 25940 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <https://www.tur-sab.org.tr/apps/Files/Content/52f36d77-fcf3-450a-81e9-ce0a7dc47b8c.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>68</sup> 31.05.2022 tarih ve 31032 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/2022-haziran-/Ulkeye-Giris-Tedbirleri.pdf> (Erişim Tarihi: 19.05.2023)

<sup>69</sup> 04.08.2020 tarihli “Covid-19 Tedbirleri” konulu İçişleri Bakanlığı ek genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-covid-19-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>70</sup> Bu idari işlemde ilgili tedbirlere “19 Ağustos 2021 tarihinde toplanan Cumhurbaşkanlığı Kabinesinde...karar verilmiştir.” denilmektedir. Oysa Resmi Gazete’de (RG) yayımlanmış bir karar bulunmamaktadır. Dahası 9 Temmuz 2018 tarihinde geçilmiş olan başkanlık sisteminde, 1982 Anayasası’nın 8. maddesi uyarınca yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanına verilmiş olup, bu yeni sistemde parlamenter sistemde bulunan bakanlar kurulu yapısı artık olmadığı gibi, yürütme organı içinde “Cumhurbaşkanlığı Kabinesi” adında bir kurul yapısı da bulunmamaktadır. Kısaca bu konuda bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Cumhurbaşkanınca tesis edilmiş başka bir idari düzenleyici işlem de söz konusu olmayıp, konu aslında yetkili Sağlık Bakanlığı’nca değil, İçişleri Bakanlığı genelgesi ile düzenlenmiştir.

içermektedir.<sup>71</sup> Bu işlemde makale konusuyla ilgili olarak özetle; 6 Eylül 2021 Pazartesi gününden itibaren aşısız veya hastalığı geçirmemiş “kişilerin” - konser, sinema ve tiyatro gibi vatandaşların toplu olarak bulunduğu faaliyetlere katılımında, - özel araç hariç uçak, otobüs, tren veya diğer toplu ulaşım araçlarıyla gerçekleştirecekleri şehirlerarası seyahatlerinde, azami 48 saat önce yapılmış negatif sonuçlu PCR testi zorunluluğu getirilmesine, aksi halde etkinliklere katılım ve seyahatlere izin verilmeyeceğine karar verilmiştir.<sup>72</sup>

- Ayrıca bu genelgede bulunmayan, “Öğrencilerle bir araya gelmesi zorunlu olan öğretmen ve okul çalışanlarının aşı olmamaları durumunda haftada iki kez PCR testi ile taranmaları istenir ve sonuçlar gerekli işlemler yapılmak üzere kayıt altında tutulur.” tedbiri Milli Eğitim Bakanlığı'nın 24.08.2021 tarihli işlemiyle getirilmiştir.<sup>73</sup> Oysa burada da yine tek yetkili idare olan Sağlık Bakanlığı'nın değil, Milli Eğitim Bakanlığı'nın düzenleyici işlemiyle okullara yönelik PCR testi zorunluluğu düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye dayanılarak da 31.08.2021 tarihli İçişleri Bakanlığı

<sup>71</sup> 20.08.2021 tarih ve 13441 sayılı “Bazı Faaliyetler İçin PCR Zorunluluğu” konulu İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/-yeni-1/Bazi-Faaliyetler-Icin-PCR-Zorunluluğu.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>72</sup> Genelgede “Valilikler/kaymakamlıklarla illerinde/ilçelerinde *kişilerin toplu olarak bulunduğu diğer etkinlikler veya faaliyetlerden* faydalanacak hastalığı geçirmemiş veya aşısız kişiler için İl/İlçe Hıfzıssıhha Kurulu kararlarıyla HES kodu üzerinden PCR test kontrolü zorunluluğu getirilebilecek.” denilerek, genelgede zaten “...gibi vatandaşların toplu olarak bulunduğu faaliyetler...” ibaresiyle etkinliklerin örnek olarak sayıldığı ve hıfzıssıhha kurul kararları ile kişilerin toplu olarak bulunduğu diğer etkinliklerin de somut gelişmelerle kapsama alınabileceği ifade edilmektedir. Düzenleyici işlemde çizilen sınır dahilinde il ve ilçelere hareket etme yetkisi verilmiştir ki, buna hukuken engel yoktur. Fakat aşağıda görüleceği üzere, genelgeleri hukuka aykırı kılan esasen yetki gasbı ve görev gasbı niteliğindeki durumlardır. Şöyle denilebilir ki, örneğin görev gasbı bakımından genelge, hasta ve hastalık şüphesi ayırımı yapmadan -herkese değil esasen Türk vatandaşlarına yönelik- kanundaki sınırı aşan düzenlemesi ile hukuka aykırıdır, yoksa saydığı etkinliklere benzer diğer etkinlikler dahilinde il ve ilçelere verdiği takdir yetkisi nedeniyle değil. Bu nedenle çalışmada yetki gasbı ve görev gasbı boyutlarının açıklanması esas alınmıştır.

<sup>73</sup> Milli Eğitim Bakanlığı'nın 24.08.2021 tarihli “Kovid-19 Salgınında Okullarda Alınması Gereken Önlemler Rehberi” [http://merkezisgb.meb.gov.tr/meb\\_iys\\_dosyalar/2021\\_10/06111140\\_COVYD-19\\_SALGINDA\\_ALINMASI\\_GEREKEN\\_ONLEMLER\\_24.08.2021.pdf](http://merkezisgb.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2021_10/06111140_COVYD-19_SALGINDA_ALINMASI_GEREKEN_ONLEMLER_24.08.2021.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

genelgesinde,<sup>74</sup> “başta öğretmenler olmak üzere eğitim personeli, kantin çalışanları ile öğrenci servislerinin şoför ve rehber personeli gibi öğrencilerle bir araya gelecek kişilerin/görevlilerin” aşı olmamaları halinde haftada iki kez PCR testi zorunluluğuna tabi tutulacakları, ayrıca genel olarak test zorunluluğunun okul, sinema, tiyatro vb. alanlara girişte veya şehirlerarası toplu taşıma araçlarını kullanacaklardan “18 yaş ve üzeri vatandaşlarımız için” geçerli olduğu düzenlemesine gidilmiştir. 20.08.2021 tarihli ilk genelgede bu tedbirler *kişiler* için alınmışken, 31.08.2021 tarihli genelgede tedbirlerin 18 yaş ve üzeri *Türk vatandaşları* için geçerli olduğu açıkça belirtilmekte ve *ülke içinde bulunan yabancıların muafiyeti ortaya çıkmaktadır*.

- 02.09.2021 tarihli Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yazısıyla<sup>75</sup> “COVID-19 aşısı olmayan *işçilerden* 6 Eylül 2021 tarihi itibarıyla zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmaları işyeri/işveren tarafından istenebilecek” düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenleme ile yine Sağlık Bakanlığı’nın yetkisindeki bir alanda bu sefer de başka bir bakanlık tarafından düzenleme yapılmıştır. Kamudaki işçiler kapsama girerken, kamu görevlilerinin dahil olmadığı anlaşılmaktadır.

- 28.10.2021 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesinde,<sup>76</sup> tiyatro ve sinema salonlarının artık tam kapasite ile faaliyetlerine devam edebileceği düzenlenirken, bu yerlere girişlerde PCR testi ibraz zorunluluğunun sürdürüleceği ifade edilmektedir.

- 15.01.2022 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesiyle<sup>77</sup> Sağlık Bakanlığı’nın 14.01.2022 tarihli yazısındaki değerlendirmeleri<sup>78</sup> doğrultusunda

<sup>74</sup> 31.08.2021 tarihli ve 13807 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.tsof.org.tr/Duyuru/01092021d.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>75</sup> 02.09.2021 tarih ve 99 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Genelgesi, <https://www.desob.org.tr/resim/upload/sb3057a.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>76</sup> 28.10.2021 tarih ve 17428 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/2021-son/Tiyatro-ve-Sinema-Salonlarinin-Tam-Kapasite-ile-Faaliyetlerine-Devam-Etmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>77</sup> 15.01.2022 tarih ve 22954 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/2021-son/PCR-Test-Zorunluluğu.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>78</sup> Bu değerlendirmeler: “Aşısız veya aşı sürecini tamamlamayan ve son 180 gün içinde hastalığı geçirmemiş kişilerden; • Uçak, otobüs, tren veya diğer toplu ulaşım

daha önceki genelgelerin<sup>79</sup> uygulamadan kaldırılmasına karar verilerek, *ülke içerisinde PCR testi yaptırma ve ibrazı zorunluluğu kaldırılmıştır.*

- 16.01.2022 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesinde<sup>80</sup> ise, Sağlık Bakanlığı'nın 14.01.2022 tarihli yazısındaki yanlış anlaşımaları gidermek için Sağlık Bakanlığı'nın 15.01.2022 tarihli yazısıyla güncellenmeye ihtiyaç duyulduğu bildirilmektedir. İçişleri Bakanlığı'nın genelgesinde, bu güncelleme yazısındaki esaslara göre “PCR testi ile tarama yapılmasına devam edilmesi gerekenler; • Huzurevi/bakım evi/sevgi evleri ile ceza ve tevkif evlerinin aşısız veya son 180 gün içinde hastalığı geçirmemiş çalışanları, • Belirlenen durumlarda ceza ve tevkif evlerindeki tutuklu ve hükümlüler, • Yurtdışında seyahat edecek kişiler (Seyahat edilecek ülkenin belirlediği kurallar doğrultusunda), • Aşısız veya aşı sürecini tamamlayamayan ve son 180 gün içinde hastalığı geçirmemiş kişilerden uçak ile şehirlerarası seyahat edecekler” olarak belirlenmektedir. Genelgenin sonunda, yurt içi uçakla seyahat edecek kişiler için azami 48 saat önce yapılmış negatif PCR testi istenilmesine devam edilmesi; aksi halde seyahatlerine izin verilmeyeceği özel olarak vurgulanmaktadır. Böylece kaldırılan 31.08.2021 tarihli genelgedeki “18 yaş ve üzeri vatandaşlarımız” ibaresi yerine, yurt içi uçakla seyahat edecek yaş ölçütü olmadan tüm kişiler dahil olmuştur.

---

araçlarıyla gerçekleştirecekleri şehirlerarası seyahatlerden önce, • Konser, sinema ve tiyatro gibi etkinliklere katılmadan önce, • Milli Eğitim Bakanlığı okullarında görev yapmakta olan personele (öğretmen, servis şoförü, temizlik personeli vb.), • Tüm kamu ve özel işyerlerinde çalışanlara, • Kamu ve özel kurumlar tarafından düzenlenen öğrenci kamplarına katılacak kişilere, PCR testi ile tarama yapılmasına gerek olmadığı” yönündedir. Oysa tüm kamu işyerlerinde çalışanlar ibaresine kamu görevlileri dahildir ve onlara yönelik test zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme zaten bulunmamaktaydı. Her kamu kurumu ise 20.08.2021 tarihli genelgedeki “vatandaşların toplu olarak bulunduğu yerlerden” değildir.

<sup>79</sup> 20.08.2021 ve 31.08.2021 tarihli genelgeler ile 28.10.2021 tarihli genelgenin tiyatro ve sinema salonlarına girişte negatif PCR testi ibraz zorunluluğuna ilişkin hükmü.

<sup>80</sup> 16.01.2022 tarih ve 22955 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <http://www.giresun.gov.tr/kurumlar/giresun.gov.tr/docs/genelgeler/Korana/2021-son/Ucak-Seyahatlerinde-PCR-Test-Uygulamasi.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

- Son olarak, 04.03.2022 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesinde,<sup>81</sup> 03.03.2022 tarihli Sağlık Bakanlığı yazısı ile PCR testi istenmesine ilişkin mevcut tedbir ve kuralların *yeniden düzenlenmesinin istendiği* ve bu kapsamda, *03.03.2022 tarihi itibarıyla* aşısız veya aşı sürecini tamamlamayan ve son 180 gün içinde hastalığı geçirmemiş kişilerden uçakla seyahatte istenen negatif PCR testi ibrazı istenilmesi uygulamasına son verileceği ve bundan böyle Sağlık Bakanlığı yazısı doğrultusunda *hastalık belirtisi olmayan kişilerden* PCR testi istenmeyeceği ifade edilmektedir.

- Askere alma işlemleri bakımından, koronavirüs tedbirleri kapsamında 2020 yılında daha önce ertelenmiş olan celp dönemleri, 1 Haziran 2020 tarihi itibarıyla tekrar başlatılırken asker adaylarına zorunlu PCR testi uygulaması getirilmiştir.<sup>82</sup> Milli Savunma Bakanlığı'nın açıklamasına göre, bu tedbir Sağlık Bakanlığı ile yapılan mutabakat çerçevesinde alınmış bir tedbirdir.<sup>83</sup> Ağustos 2022 celpi itibarıyla bu zorunluluk kaldırılmıştır.<sup>84</sup> Aşağıda açıklanacağı üzere Milli Savunma Bakanlığı'nın Sağlık Bakanlığı ile birlikte yaptığı bu uygulama kanunlara uygundur.

### **b. İdari Düzenlemelerin Hukuki Değerlendirmesi**

1593 sayılı Kanun'a göre ülke sınırlarından giriş yapan *herkeselülke* içindeyse *hastalar ve hastalık şüphesi bulunanlara* PCR testi zorunluluğunun getirilmesinde Sağlık Bakanlığı'nın kanunen yetkili olduğu yukarıda belirlenmişti. İncelenen düzenlemelerin hukuki niteliği idari düzenleyici işlemdir. Büyük birçoğu yetkili idare olan Sağlık Bakanlığı tarafından değil, başka bakanlıklarca tesis edildiklerinden, yetki unsurundaki hukuka aykırılık hemen anlaşılabilir. *herkeselülke*

<sup>81</sup> 04.03.2022 tarih ve 25940 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <https://www.tur-sab.org.tr/apps//Files/Content/52f36d77-fcf3-450a-81e9-ce0a7dc47b8c.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>82</sup> <https://corlism.saglik.gov.tr/TR-183941/2020-haziran-ayi-celp-donemi-yukumlulere-rinden-alinacak-pcr-testi-hakkinda.html> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>83</sup> <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/bakan-akar-haziran-celbinde-176-bin-agustos-celbinde-43-bin-kisiye-pcr-testi-yapildi/1958390> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<sup>84</sup> <https://www.msb.gov.tr/Askeralma/Duyuru/agustos-2022-siniflandirma-donemi-duyurusu-1352022> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)



Hatta bu gibi durumların idari işbölümü esaslarına –bir bakanlığın yetkisinin başka bir bakanlıkça kullanılması<sup>85</sup>- tamamen aykırı olmasından dolayı, -Türk Hukuk Dili bakımından en doğru ifadeyle- “ağır ve açık yetki aşımı” nedeniyle yokluğu ifade edilmektedir.<sup>86</sup> Diğer yandan, kanun hükmünün yoruma açık olamayacak kadar açık olması, (ilgilinin bildiği halde sustuğu ya da bilmesi gereken durumlar), idarenin dürüstlük kuralı çerçevesinde davranması ölçütleri ile “açık hata” nedeniyle de yokluk kavramı ileri sürülebilir.<sup>87</sup> “Hukuk düzeni ile açıkça çelişen ve idarenin basit bir inceleme ile doğru sonuca varabileceği durumlarda açık hata söz konusudur.”<sup>88</sup> Danıştay da açık hata durumunda yokluk kavramını kabul etmektedir.<sup>89</sup> Bir idarenin yoruma açık olmayacak kadar açık bir

<sup>85</sup> Öğretide Özey, Tarım ve Maliye bakanlıklarının söz konusu olduğu bir davada, bir bakanlık görevlisi hakkında diğer bir bakanlığın karar vermesi durumunda Danıştay'ın *ağır ve açık yetki aşımı* gerekçesiyle yokluğa karar verdiğini aktarmaktadır. **ÖZAY**, İl Han, *Günüşiğında Yönetim*, 2. Baskı, İstanbul 2004, s. 486.

<sup>86</sup> **SARICA**, Ragıp, “İdare Hukuku'nda Yokluk ve Butlan”, Ebül'ula Mardin'e Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 1944, s. 1229; **ÖZAY**, s. 486; **GÜNDAY**, Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 143.

<sup>87</sup> **ERGUVAN**, s. 398.

<sup>88</sup> **KARAHANOĞULLARI**, s. 602.

<sup>89</sup> “...mevzuat hükmünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ya da ihmal içinde olmadıkları sürece, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenemeyeceği hallerde, maddi olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ve bu durum da işlemi *yok denilecek kadar sakatlamış ise, idarenin açık hatasından söz edilir...*” (Danıştay 10. D. 18.05.2005, E. 2003/4745, K. 2005/2591, <https://karararama.danistay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)) “Malmüdürlüğünde muhasebe şefi olarak görev yapan davacının, tedviren görevlendirmelerde zam ve tazminat farkı alınmayacağını bilebilecek durumda olduğu halde anılan farkları alması ve *açık hata niteliğindeki* bu ödeme işlemine karşı idareyi haberdar etmemesi, yersiz ve hatalı olduğu konusunda idareyi uyarmaması nedeniyle iyiniyetinden söz edilmesi de olanaksızdır. Buna göre, *bu tür işlemlere dayanılarak yapılan ödemelerin her zaman geri alınabileceği hususu gözetilmeden...*” (Danıştay 11. D. 10.04.2003, 2000/9798, 2003/1654, <https://karararama.danistay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)). “İdarenin, yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde, süre aranmaksızın kanunsuz terfi veya intibaka dayanarak ödediği meblağı her zaman geri alabileceği...” (Danıştay İBK, 22.12.1973, E. 1968/8, K. 1973/14, R.G. 14.06.1974-14915.) Bu durumların sadece kanunsuz terfi veya intibaka dayanılarak yapılan ödemelere ilişkin olmadığı, bu nitelikte hukuka aykırı olan tüm idari işlemleri kapsadığı ortadadır. Açık hatada, ilgisinin gerçek dışı beyanı veya hilesi ile hukuka aykırı olan atamanın/terfinin/intibakın hukuki varlığının devam ettiği ama sadece ödemelerin geri alınacağı düşünülemez. Yokluk, açık hata, gerçek dışı beyan ve hile durumları dışındaki bir kanunsuz terfi işleminde dahi ancak *kanuna uygun* iki terfi halinde, ilk terfi

şekilde kanunlarla başka bir idarenin görevine verilmiş bir alanda, idari işlem yapmasında artık kişi yönünden yetkisizlikten bahsetmek gerekir. Bu nedenle açık hatanın kişi yönünden yetkisizlik ve dolayısıyla yetki gasbı oluşturmasıyla da yokluk yaptırımı belirmektedir.<sup>90</sup> Her durumda yetkisizliğin yokluğa vardığı görülmektedir. Yokluk işlemin hukuk düzeninde hiç doğmamış olmasıdır. Bu nedenle herkes tarafından ileri sürülebilmesinde kamu yararı vardır ve dava edilmeleri dahi gerekmez.<sup>91</sup>

---

işleminin geri alınmayacağı Danıştay'ca ifade edilmektedir. Bu nedendir ki, örneğin ilgilinin hile ile yaptığı dövizli askerlik işlemi on yılı aşkın bir zaman sonra geri alınması hukuka uygun bulunmuştur. (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. D. 16.01.2002, E. 2001/442, K. 2002/202'den aktaran ERGUVAN, s. 398). İdarenin hileyle kandırılması ile sağlanan hukuki durumlar hiçbir zaman kazanılmış hak doğurmayacağı gibi her zaman geri alınabilir. DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, s. 402.

<sup>90</sup> Kişi bakımından yetki *idarenin yetkisini kullanacak makam ile işlemin ilgisinin belirlenmesi*, idare adına irade açıklama yetkisi olan makamın belirlenmesi meselesidir (AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman, İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017, s. 1119; GÜNDAY, s. 136). O halde işlemi yapan makam ile yetkili makamın *açık hata* boyutunda farklı olması kişi bakımından yetkisiz olmaya da denk gelebilecektir. Kişi bakımından yetkisizlik ise yetki gasbı kavramı ile yine yokluğa tekabül etmektedir (GÜNDAY, s. 142; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 363). Devlet tüzel kişiliği bünyesinde yüzlerce irade açıklama yetkisi bulunan makam/kişi bulunduğu gözetildiğinde, özellikle yetki konusunda açık hata söz konusu olduğunda bunların kişi yönünden yetkili, konu yönünden yetkisiz olduklarını söylemek meselenin ağırlığı karşısında hafif kalabilecektir. Her durumda karşılığı yokluk olsa da, kuramsal boyutta meselenin bu şekilde ortaya konmasında bilimsel yarar vardır. Özellikle Sağlık Bakanlığı'nın 25.12.2020 tarihli işlemi ile sınır kapılarında test zorunluluğu getirilmiş ve bu durum İçişleri Bakanlığı'nın 02.01.2021 tarihli işleminde de ifade edilerek sadece bilgilendirilmesi yapılmışken, 26.02.2021 tarihli İçişleri Bakanlığı işlemi ile bu zorunluluğun 02.01.2021 tarihli işlemle getirildiğinin ifade edilmesi ve bu tarihten itibaren bu bakanlıkça 1593 sayılı Kanun'a aykırı işlemlerin tesis edildiği gerçeği karşısında, kişi yönünden yetkisizlik ve yetki gasbı kavramlarının kullanılması da hukuki durumu açıklayan kavramlar olacaktır.

<sup>91</sup> SARICA, s. 1213, 1223; GÜNDAY, s. 165; AKGÜNER/BERK, s. 1123. "Gerçi yok hükmünde olan, hiç doğmamış sayılan bir kararın yargı merciince iptal edilmesi veya İdarece geri alınması düşünülemez." (GÜNDAY, s. 165). Fakat öğretilerde bu yöndeki işlemlerin çoğu kez fiilen uygulandıkları için ilgililerin dava ile durumu tespit ettirmek *zorunda kaldıkları* ifade edilmektedir (SARICA, s. 1212).

İdare tarafından bu durumun tespiti de mümkündür.<sup>92</sup> Ayrıca idari yargı yerinde açılacak bir iptal davası ile de bunun tespiti yapılabilir.<sup>93</sup>

İdarenin görev ve yetkileri konusu idare hukuku bakımından en temel ve önemli konulardandır. Anayasa ve kanunlarla ve hatta Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile görevli ve yetkili dolayısıyla da hukuken sorumlu kılınan idarelerin dışındaki idarelerin yetki dışı idari işlem yapmaları kamu hizmetlerinin işleyişi bakımından ciddi sakıncalar doğurabilmektedir. İncelenen işlemler içinde yukarıda değinilen özellikle iki tanesi, yetkisiz yapılan idari işlemlerin doğurabileceği hukuki sakıncaları açıkça örneklemekte ve özetlemektedir. Bunlardan ilki 31.05.2021 tarih ve 8832 sayılı İçişleri Bakanlığı yazısıdır ki, ülkeye “girişten azami 48 saat *içerisinde* yapılmış” negatif hızlı antijen test sonucu ibrazı düzenlenmektedir. Hemen aynı günlü ve 8861 sayılı aynı bakanlığın genelgesi ise, bu konuda zaman aralığına ilişkin tereddüt olduğundan hareketle, testin ülkeye “girişten *önceki* 48 saat içerisinde alınması” gerektiği ek açıklaması yapılmıştır. Görüldüğü üzere yaşanan tereddüdün nedeni, ilk genelgede zaman aralığının yanlış belirlenmesidir. Her iki genelgede de Sağlık Bakanlığının 29.05.2021 tarih ve 708 sayılı yazısı ilgi gösterildiğinden, tereddüdün nedeninin bu yazı olmadığı anlaşılmaktadır. İkinci işlem ise 15.01.2022 tarihli genelgedir. Bu genelge ile PCR testi zorunluluğunun ülke içinde tamamen kaldırıldığına karar verilmişken, 16.01.2022 tarihli genelge ile (Sağlık Bakanlığı'ndan kaynaklandığı *ifade edilen* yanlış anlaşılmaların giderilmesi için yine bu bakanlıkça yapılan güncellemeye göre) PCR testi zorunluluğuna devam edilmesi gerekenler sayılmaktadır. Bu durum tamamen kaldırılmış olan tedbirlerin, hemen bir gün sonra aslında bir kısmının kaldırılmaması gerektiği anlamına gelmektedir ki kamu sağlığı bakımından sakıncalıdır. Dahası bu genelge, 31.08.2021-

<sup>92</sup> Danıştay bir kararında başka bir idari işlemin yokluğunu tespit eden bir idari işlemin iptali istendiğinde, kendisi de yokluk durumunu tespit ederek, dava konusu idari işlemi hukuka uygun bulmuştur. (Danıştay 7. D. 12.05.2011, E. 2009/5247, K. 2011/1460, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=18450800&arananKelime=7.%20Daire,2009/5247> (Erişim Tarihi: 29.10.2023). Ayrıca bkz. **AKGÜNER/BERK**, s. 1124, 1125.) Herkes tarafından ileri sürülebilen bir durumun, idare tarafından ileri sürülmesi ve tespitinin yapılması kadar hukuki ve doğal bir durum olamaz.

<sup>93</sup> **GÜNDAY**, s 165, 166; **SARICA**, s 1223.

16.01.2022 arasında yabancıların ülke içi uçak seyahatlerinde test zorunluluğuna tabi olmadığı, bu tarihten sonra dahil olmalarını da açığa çıkarmaktadır. Ayrıca yabancılar konser, sinema, tiyatro, okul vb. vatandaşların toplu olarak bulunduğu etkinliklerde ve –16.01.2022 sonrası uçak hariç- toplu taşıma araçlarında da *hiçbir zaman* test zorunluluğuna tabi tutulmamışlardır.

1593 sayılı Kanun'un bu konularda Sağlık Bakanlığı'nı görevli ve yetkili kılması, hukuk bilimi ve tıp bilimi çerçevesinde yapılmış bir tercihtir. Çünkü sağlık kamu hizmeti alanına ilişkin uzmanlığın bulunduğu Devlet tüzel kişiliği bünyesindeki idare, Sağlık Bakanlığı'dır. Ay. m. 123/1 ve 3 uyarınca<sup>94</sup> idareler ancak kuruluş kanunları veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bulunan görev ve yetkileri yerine getirebilirler.<sup>95</sup> Bu konu genel olarak ilgili idari işlemi yapmaya yetkili olan makamların duruma göre doğabilecek olan cezai ve hukuki sorumluluklarının da belirlenmesi bakımından önem taşır.<sup>96</sup> Diğer bir ifadeyle bu alan, düzenlenmesi ve uygulanması itibariyle doğrudan Anayasa'daki ilke ve esaslar çerçevesinde, idare hukuku bilimiyle ilgili teknik bir alanı ifade etmektedir. İdari işlemlerin içeriğinin fiilen Sağlık Bakanlığı tarafından –ilgi yazılarda adı geçen fakat hiçbir yerde yayımlanmamış işlemlerle- düzenlendiği algısının yaratılması, yetki unsurundaki yokluk durumunu hukuken ortadan kaldıramamaktadır. İdari işlemlerin somut incelemeleri, süreci açıkça ortaya koymaktadır.

İlgili idari düzenlemelerin neden, konu ve amaç unsurları bakımından, Kanun'nun düzenlemesi uyarınca *ülkeye girişlere yönelik sınır kapılarında* -hasta veya şüpheli ayrımı yapılmaksızın- tüm gelen yolculara PCR testi zorunluluğunun getirilmesi hukuka uygundur. Aynı zamanda bu tedbirlerin alınmasına ilişkin Sağlık Bakanlığı'nın 25.12.2020 tarihli karar

<sup>94</sup> 1. Fıkra: "İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir", 3. Fıkra: "Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur."

<sup>95</sup> "...bir konuda düzenleme yapılabilmesi her şeyden önce düzenleme yapacak makâmın o konuda faaliyette bulunmak (işlemler tesis etmek ve/veya eylemler yapmak) için kanun koyucu tarafından yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır." (AKBULUT, s. 229).

<sup>96</sup> Makale konusu sorumluluk hukukuna, özellikle de idarenin sorumluluğu konusuna ilişkin değildir. Bu açıklamalar yetki unsuruna ilişkin genel niteliktedir.

yetki unsuru bakımından da hukuka uygun olmaktadır. Diğer yandan 26.02.2021 tarihli İçişleri Bakanlığı Genelgesi'nden itibaren bu bakanlığın diğer genelgeleri için yetki unsuru bakımından yukarıdaki açıklamalar dahilinde yokluk söz konusudur.

Ülke içine yönelik idari düzenlemeler bakımındansa 1593 sayılı Kanun uyarınca sadece *hastalar ve hastalık şüphesi bulunan kişiler* için PCR testi yaptırma ve ibraz zorunluluğu getirilebileceken, bu konuda İçişleri Bakanlığı'nın 04.08.2020 tarihli ek genelgesi ve 04.03.2022 tarihli genelgesi dışında bir ayırım yapılmamıştır.<sup>97</sup> Öncelikle bu zorunluluk herkesi kapsamıştır. Ayrıca bu herkes kavramı, -uzun süre her alanda- sadece Türk vatandaşları ile sınırlanmıştır ki yabancıların muaf tutulması 1593 sayılı Kanun'a aykırıdır. Kamu sağlığı açısından, ülke içinde bulunan bir yabancıların COVID-19 virüsü taşıması ve bunu ülke içinde yayması olasılığının, Kanun'daki düzenlemeye rağmen işlemlere alınmaması hukuka aykırıdır. 16.01.2022 tarihli genelgeyle oluşan tablo ise bu hukuka aykırılığı derinleştirmiştir. Neden, konu ve amaç unsurları bakımından hukuka aykırı olan bu işlemler, aslında yetkisizliğin *görev gasbı* boyutu ile yok hükmünde olmaktadır ki aşağıdaki başlıkta incelenmektedir. Görev gasbı olmayan durumlarda ise bu konudaki tedbirlerin düzenlendiği, İçişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı genelgeleri için, yetkiye ilişkin açıklanan nedenlerle yokluk kavramı söz konusudur.

Askere alma işlemleri bakımından, Haziran 2020 celbi ve Ağustos 2022 celbi arasında asker adaylarına getirilen PCR testi zorunluluğu hukuka uygundur. Özellikle 7179 sayılı Askeralma Kanunu uyarınca, Milli Savunma Bakanlığı'nın bu konuda doğrudan görev ve yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca 1593 sayılı Kanun m. 80'deki *halkı bulaştan korumak için ortak alınacak kararlar* düzenlemesi çerçevesinde, bu konuda iki bakanlığın ortak karar alması mümkündür. Uygulamada da konu bu şekilde ele

<sup>97</sup> 04.08.2020 tarihli "Covid-19 Tedbirleri" konulu ek genelgede (en azından seyahatlere ilişkin 20.08.2020 tarihli genelgeyle kadar) evlerde numune alınımına ilişkin *hastalık belirtisi gösteren kişiler ile temashı oldukları kişiler* ölçütü kullanılmış iken; 04.03.2022 tarih ve 25940 sayılı İçişleri Bakanlığı genelgesinde ise, bu genelge ile ülke içi uçak seyahatleri için artık kaldırılan bu zorunluluk sadece *hastalık belirtisi olan kişiler* için söz konusu olmaktadır.

alınmış ve iki bakanlık arasındaki mutabakat çerçevesinde asker adayları için PCR testi zorunluluğu sağlık muayenesi kapsamında hukuka uygun olarak getirilmiştir. Şunu da belirtmek gerekir ki, 7179 sayılı Kanun yeni tarihli ve sağlık alanında askerliğe elverişlilik sağlık muayenesi konusunu içeren özel kanundur. 1593 sayılı Kanun ise eski tarihli ve ülke geneline yönelik sağlık konulu genel bir kanundur. Bu Kanun'un halkı buluştan korumak için ortak karar alınmasına ilişkin düzenlemesi, askeri kuvvetler ve askeri kurumlar dışındaki bir alana yöneliktir. Buna rağmen Milli Savunma Bakanlığı'nın sosyal hukuk devleti ilkesi doğrultusundaki sorumluluğu ile hareket ederek, askerliğe elverişlilik sağlık muayenesinde PCR testi zorunluluğu getirme konusunda Sağlık Bakanlığı ile mutabakat yapması, idari işlemin tüm unsurlarına uygun olarak anayasal boyutta sevindirici bir tablodur. Bu durum pandemi ile mücadelede, Anayasa ve idare hukuku ilke ve esaslarına uygun idari işlem ve yöntemlerin varlığını ve uygulanabilirliğini ortaya koyması bakımından da önemlidir.

Son olarak, incelenen idari düzenlemelere karşı açılmış ve esastan kabul veya red yönünde sonuçlandırılmış bir iptal davasına rastlanılmamıştır.<sup>98</sup>

## 2. İdari Düzenlemelerin Etkilediği Temel Hak ve Özgürlükler

PCR testi zorunluluğu getiren idari düzenlemeler bakımından, kuramsal boyuttan farklı olarak somut başka temel hak ve özgürlük alanlarının hukuken etkilendiğini söyleyebiliriz. Bunlar; Ay. m.17 "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı", m. 20 "Özel hayatın gizliliği ve korunması", m. 21 "Konut dokunulmazlığı", m. 23 "Yerleşme ve seyahat hürriyeti", m. 24 "Din ve vicdan hürriyeti", m. 34 "Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenme hakkı", m. 42 "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi",

<sup>98</sup> Danıştay internet sitesinde, makalenin hazırlandığı an itibarıyla PCR testi düzenlemelerine ilişkin açıldığı tespit edilen sekiz (8) kararın hepsi için ya İYUK m. 3'e aykırılık nedeniyle dilekçe red kararı ya da İYUK m.6'ya aykırılık nedeniyle yargılama harcı ve posta masraflarının ödenmesi gereğinin yapılmaması nedeniyle, davanın açılmaması sayılması kararı verildiği görülmektedir. Esasa ilişkin kabul veya red içrikli bir karar örneği bulunmamaktadır. Ör. Danıştay 8. D. 07.04.2022, E. 2021/6560, K. 2022/2516, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=767057600&arananKelime=pcr%20testi> (Erişim Tarihi: 29.10.2023); Danıştay 10. D. 10.02.2022, E. 2021/5208, K. 2022/558, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=767929600&arananKelime=pcr%20testi> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

m. 48 “Çalışma ve sözleşme hürriyeti”, m. 49 “Çalışma hakkı ve ödevi”, m. 59 “Sporun geliştirilmesi”, m. 63 “Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması” ve m. 64 “Sanatın ve sanatçının korunması”dır. Fakat bu idari düzenlemelerin birincil ve temel boyutta sınırlandırdığı temel hak ve hürriyet Ay. m. 17 olmaktadır. Diğerlerinin etkilenmesi yukarıda açıklandığı üzere m.17/2'nin doğal ve zorunlu sonucudur.

1593 sayılı Kanun ve 7179 sayılı Kanun hükümleri kapsamında alınan PCR testi zorunluluğu kararları, Ay. m.13 ve 17/2'ye uygundur. Bu kapsamda olmayanların ise sadece genelge ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması anlamını taşıdığı ortadadır. Bu doğrultuda, kanunla yapılması gereken düzenlemelerin genelge ile yapılması konusu yasama yetkisinin yürütme tarafından kullanılması anlamı itibariyle, görev gasbı oluşturmaktadır.<sup>99</sup> Görev gasbı durumunda idare hukukunda yokluk yaptırımı ifade edilir.<sup>100</sup> O halde yetkili idare tarafından yapılmış olduğunda dahi kanuni düzenlemeleri aşan sınırlamaların yokluk yaptırımına tekabül edeceği açıktır. Ayrıca kanundaki sınırlamanın kanunen yetkili idare tarafından uygulanması da gerekmektedir. Konuyu sınır kapılarına yönelik tedbirler ve ülke içine yönelik tedbirler olarak özetlemekte yarar vardır.

*Sınır kapılarına yönelik tedbirler* bakımından, 1593 sayılı Kanun'un Ay. m.17/2'ye uygun sınırlaması gereği “tüm gelen yolcular” için PCR testi zorunluluğu getirilebilmektedir. Fakat uygulamada 25.12.2020 tarihli SBHSGM işlemi hariç, yetkili olmayan idarece “ağır ve açık yetki aşımı” ve hatta “yetki gaspı” boyutundaki işlemler nedeniyle yokluk söz konusu olmuştur. Bu nitelikte işlemlerle temel hak ve özgürlükler hukuka

<sup>99</sup> Görev gasbı (işlev/fonksiyon) olan durumlar yetki unsuru yanı sıra, doğrudan neden, konu ve amaç unsurlarını da içerir. Çünkü idarenin işlemi yapmaya sevk eden nedeni kanunda bulunmamakta, dolayısıyla ortaya çıkan hukuki sonuç (konu) ve kamu yararı amacı gerçekleşmemektedir. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa gereği kanunla sınırlanması kamu yararının varlığının temel koşuludur. Seçilmiş milletvekilleri ile sınırlama yapmak ile atanmış kamu görevlilerinden oluşan idare ile sınırlama yapmak arasında Anayasa koyucu hukuk devleti dahilinde kamu yararını birincisinde görmüştür. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilerek yürütme görev ve yetkisine sahip olması, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'daki şartlar uyarınca ancak TBMM'ce sınırlanabileceği esasında bulunan kamu yararına istisna oluşturmamaktadır.

<sup>100</sup> ÖZAY, s. 486; GÜNDAY, s. 167; SARICA, s. 1199.

uygun sınırlanmış olmamaktadır. Kanunen yetkisiz olan idarenin yaptığı sınırlama da temel hak ve hürriyetlerin hukuka aykırı sınırlanmasıdır.

Ülke içine yönelik tedbirler bakımından, 1593 sayılı Kanun'un, Ay. m.17/2'ye uygun sınırlaması gereği "hasta veya hastalık şüphesi bulunanlar" ayrımıyla PCR testi zorunluluğu getirmek hukuken mümkündür. Oysa kanundaki bu sınır aşılarak -04.08.2020 ve 04.03.2022 tarihli genelgeler dışında ayırım yapmaksızın- tüm Türk vatandaşlarının bu zorunluluğa tabi kılındığı, ülke içindeki yabancıların kapsama alınmadığı bir hukuki durum yaratılmıştır. 16.01.2022 tarihli genelge bu gerçeği değiştirmemiştir. Kanun'un sadece hasta ve hastalık şüphesi olanlar ölçütü yerine, Türk vatandaşı olanlara test, yabancılarla muafiyet yönünde hukuka aykırı bir ayırım yapılmıştır. Kanun'a uygun ayırım yapılan işlemler için dahi "ağır ve açık yetki aşımı" ve hatta "yetki gaspı" nedeniyle yokluk söz konusu olduğundan, temel hak ve özgürlükler yine hukuka aykırı olarak sınırlanmıştır.

#### IV. YAŞANAN HUKUKİ SÜREÇLERİN HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİNE UYGUNLUĞU

Hukuki güvenlik ilkesi kısaca, hukuk kurallarının açık, belirli ve öngörülebilir olması, kişilerin hukuken başlarına ne geleceğini bilebilmeleri, hak ve özgürlükler alanlarını geleceğe yönelik olarak güvenle düzenleyebilmeleridir. İncelenen idari düzenleyici işlemlerde ise ilkeye aykırılıklar vardır.

√ Öncelikle hukuki niteliği itibariyle, genel, soyut ve sürekli nitelikte hukuk kuralları koyan özelliği nedeniyle *icrai nitelikte* (aslında yokluk yaptırımını nedeniyle birkaçı dışında "icrai görünümde" demek hukuken doğru olandır) idari düzenleyici işlem olduğu kuşkusuz olan bu idari



işlemler<sup>101</sup> RG'de yayımlanmamışlardır.<sup>102</sup> Oysa konunun kamu sağlığı, kamu düzeni, kamu yararı ve temel hak ve özgürlüklerle olan doğrudan ilgisi gereği bu yöntemin seçilmesi hukuki güvenlik ilkesine uygun olmaktadır.<sup>103</sup> Çünkü hukuk kurallarının bilinebilir ve öngörülebilir olmasına, bu hukuk kurallarına ilgililerin ulaşabilirliği de dahildir.<sup>104</sup>

√ İdarenin kuruluş ve görevlerinin Anayasa gereği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi zorunluluğu (kanuni idare ilkesi), aynı zamanda hangi idarenin hangi tür etkinliklerde bulunacağını ilgililerin bilebilmesi hukuki güvencesini de içermektedir. Kanunla yetkili kılınan idare dışındaki bir idare tarafından yapılan idari işlemler, bu anlamda ilkenin barındırdığı hukuk kurallarının bilinebilirliğiyle, devletin bu hukuk kuralları doğrultusunda davranacağına olan güvenle bağdaşmamaktadır. *Ağır ve açık yetki aşımı* ve hatta *yetki gasbı* nedeniyle yokluk boyutunda bulunan işlemler, kanuni idare ilkesinin hem

<sup>101</sup> İçişleri Bakanlığı'nın idari düzenleyici işlemlerinde bunlar doğrudan *genelge* olarak adlandırılmamakta ve ilgi olarak gösterilen Sağlık Bakanlığı işlemlerinden ise *yazı* olarak bahsedilmektedir. İçişleri Bakanlığı'nın bir sonraki işleminde ise ilgi olarak gösterilen kendi işlemlerinden genelge olarak bahsedilmektedir. Bir idari işlemin hukuki niteliği ne şekilde adlandırıldığında değil, niteliğinde belirir. Son tahlilde ise bunu özellikle idari yargı yerleri belirler. Hangi isim kullanılmış olursa olsun genel, soyut ve süreklilik taşıyan hukuk kuralı getiren düzenlemeler, idari düzenleyici işlemdir. Diğer yandan, bir idari işlemin genelge olarak adlandırılması, ilgililer tarafından işlemin görüldüğü anda idari düzenleyici işlem olduğunun derhal anlaşılması bakımından hukuk kuralı koyma tekniğine daha uygun olmaktadır. *Elbette en temel olan ise hukuka uygun işlemler yapan idare konumunda olmaktadır.*

<sup>102</sup> Hangi idari karar veya genelgelerin RG'de yayımlanacağı konusuyca, 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.4/ç'de "...Cumhurbaşkanlığınca Resmî Gazete'de yayımlanması *uygun görülen* karar ve genelgeler" biçiminde düzenlenmiştir. Bu konudaki karar veya genelgelerin RG'de yayımlanmasını öngören bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya bir uygun görme kararı da bulunmadığı üzere, genelgeler RG'de de yayımlanmamıştır.

<sup>103</sup> "...kişilerin temel haklarını sınırlandıran bütün tedbirlerin makul bir süre öncesinde Resmî Gazete'de yayımlanması yoluna gidilmeli, yapılan düzenlemelerdeki tedbir hükümlerinin herkesin tereddüt etmeden anlayabileceği basit, sade, kısa, açık, anlaşılabilir ve çelişkili olmayan ifadelerden oluşmasına dikkat edilmelidir." (HEKİMOĞLU, s. 223)

<sup>104</sup> Makalenin ortaya konmasını sağlayacak derecede ilgili idari düzenleyici işlemlere farklı kaynaklar üzerinden ulaşmak mümkün olmuştur. Diğer yandan, özellikle de 1593 sayılı Kanun gereği yetkili idare olan Sağlık Bakanlığı'nın idari işlemlerinin büyük çoğunluğuna ulaşılabilmesi ve sadece "ilgi" yazılarda varlık emarelerinin bulunması düşündürücüdür.

kanuna dayanma hem de kanuna uygun olma özelliklerini birlikte ihlal ettiğinden hukuki güvenlik ilkesine doğrudan ve açıkça aykırıdır.

√ Ay. m.13 gereği temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği esası da kişilere anayasal düzeyde hukuki güven veren bir düzenlemedir. Buna göre kişiler idare tarafından değil, anayasal esaslar dahilinde ancak kanunla sınırlama getirilebileceği bilgisine ve hukuki güvenliğine sahiptirler. Kanunla sınır kapılarında tüm gelen yolculara yönelik sınırlama getirilmesi ilkeye uygundur. Fakat ülke içinde kanunun öngördüğü *hasta ve hastalık şüphesi bulunanlar ölçütünün*, idari düzenleyici işlemle aşılacak –hem de ülke içindeki yabancılar muaf tutulurken- tüm Türk vatandaşlarına yönelik sınırlama getirilmesi, “görev gasbı” olmaktadır. Görev gasbının, işlemlerin yetkili idarece yapılmamış olmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Yetkili idarenin, görev alanına ilişkin mevzuat olan 1593 sayılı Kanun’a hakim bir şekilde işlem yaptığı ve yapabileceği gerçeğinden bu sonuca ulaşılabilir. Anayasal bu esas ve güvenceye aykırılık, hukuki güvenlik ilkesini de zedelemektedir. Kamu sağlığı gerekçesiyle de olsa –ki yabancıların 16.01.2022-04.03.2022 arasındaki yurtiçi uçak seyahatleri dışında diğer alanlarda muaf tutulması bu gerekçeyi de sorgulatmaktadır- idarenin, TBMM’nin öngörmediği konularda temel hak ve özgürlükleri sınırlayan düzenleme yapabileceğinin kabulü hukuk devletinde bulunmamaktadır. Ayrıca her ne kadar 04.08.2020 ve 04.03.2022 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgelerinde kanundaki ölçütler bulunmaktaysa da, yetkiye ilişkin yokluk nedeniyle ilkeye aykırılık ortadan kalkmamaktadır. Ay. m.13 gereği kanunla yapılan sınırlamalardaki yetki unsuru dahil getirilen ölçütlere aykırılık, hukuki güvenlik ilkesine de aykırılıktır.

√ 31.05.2021 tarihli ve 15.01.2022 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgelerinin, ilkinin aynı günlü ikincisinin 16.01.2022 tarihli genelgelerle düzeltilmesi de ilkeye aykırılıktır. Temel hak ve özgürlüklerle ve kamu sağlığıyla doğrudan ilgili bir konuda yapılan düzenlemelerin ardı sıra yapılan işlemlerle düzeltilmesi, hukuk kurallarının açık, belirli ve öngörülebilir olmasına aykırıdır. Kişilerin hak ve özgürlük alanlarını geleceğe yönelik olarak güvenle düzenleyebilmeleri esası da ihlal edilmiştir. Sınır kapılarında hızlı antijen testlerinin ülkeye girişten önce mi, sonra mı istendiğinde tereddüt yaşatılması ilkeye aykırılıktır. Ayrıca, ülke içine yönelik

PCR testi zorunluluğunun tamamen kaldırılmasından bir gün sonra belirli kişiler için bu yükümlülüğün devam ettiğine karar verilmesi de aynı niteliktedir. Bu durumlar hukuk kurallarına ve devlete güven duymayı, kamu hizmetlerinin işleyişini ve kişilerin temel hak ve özgürlük alanlarını düzenleyebilmelerini zedelemiştir.

√02.01.2021 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesinde, asıl icrai işlem olan SBHSGM'nin 25.12.2020 tarihli genelgesindeki "6 yaş üstü kişiler" ibaresi bulunmamaktadır. Yetkili idarece alınan ve THSSGM'ye bildirilen tedbirler, sonrasında başka idarece bilgilendirme niteliğinde fakat eksik bilgi ile yinelenmiştir. Kararı uygulayacak olan idarelerde karmaşa yaratabilecek olan bu davranış da ilkeye aykırıdır ki 26.02.2021 tarihli genelgesinden itibaren bu idare, söz konusu tedbirlerin 02.01.2021 tarihli genelgesi ile getirildiğini ifade ederek ilgi yazılarında atıfta bulunmuştur.

√04.03.2022 tarihli genelgedeki tedbirlerin uygulanması 03.03.2022 tarihinden itibaren gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Geçmişe yönelik tedbir uygulamak, hukuk mantığına, olağan hayatın akışına ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesine aykırılıktır.

√Diğer yandan, hukuki güvenlik ilkesine uygun olan idari işlemler de bulunmaktadır. Buna göre, sınır kapılarında PCR testi zorunluluğunu ilk kez düzenleyen 25.12.2021 tarihli Sağlık Bakanlığı işlemiyle Sağlık Bakanlığı ile yaptığı mutabakat dahilinde Milli Savunma Bakanlığı işlemi ilkeyle uyumlu işlemler olmaktadır. Çünkü kanuni idare ilkesine ve temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği anayasal esası uyarınca, idari işlemin tüm unsurlarına uygunluk söz konusudur.

## SONUÇ

Covid-19 pandemisinin Türkiye'ye ulaşması sonrasında, ülke genelinde sıkıntılı ve can kayıplarına da neden olan süreçler yaşanmıştır. Devlet tarafından pandemi ile mücadelede alınan tedbirlerden biri de PCR testi zorunluluğudur. Bu tedbir idarenin görev ve yetkilerinin kanunla ve/veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi yanı sıra, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusuyla da doğrudan ilgilidir. Temel hak ve özgürlükler boyutunda birincil derecede Ay. m. 17'de yer bulan *kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı* ile ilgili olan bu tedbir, benzer süreçlerin yaşanması halinde yine güncellik kazanabilecektir. İdare hukuku bilimi bakımından bu konunun incelenmesi yaşanan süreçlerin

hukuki değerlendirilme gerekliliği yanı sıra, gelecek açısından da zorunludur. Bireysel ölçekten de öte kamu sağlığıyla ve kamu hizmetlerinin kuruluş ve işleyişiyle, ayrıca doğrudan temel hak ve özgürlüklerle ilgili bu alandaki tedbirlerin hukuk devleti ilkesi çerçevesinde ele alınması gerekir. Anayasamız bu konuda çağdaş hukuk düzeni düzeyinde yeterli düzenlemelere sahiptir.

Bu doğrultuda temel kanun niteliğinde olan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'daki düzenlemelerin, PCR testi zorunluluğu konusunda Anayasa'ya uygun hükümleri bulunduğu anlaşılmaktadır. Zorunluluğa ilişkin idari düzenlemeler bakımından, birçok düzenlemenin hukuki güvenlik ilkesine aykırılığı gözlemlenmektedir. Öyle ki, *ağır ve açık yetki aşımı*, hatta *yetki gasbı* ve daha da öte *görev gasbı* niteliğinde hukuka aykırılıklar bulunmaktadır. Diğer yandan, Anayasa ve kanunlardaki düzenlemelere ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesine uygun idari düzenleme örnekleri de bulunmaktadır. O halde bu tedbirlerin anayasal ilke, esas ve hükümlere uygun kanunlarla ve bunları uygulamaya yönelik hukuka uygun idari düzenleyici işlemlerle hukuki güvenlik ilkesi doğrultusunda düzenlenmesi mümkündür.

Kanuni idare ilkesine ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin anayasal esaslara aykırılık, hukuki güvenlik ilkesine de aykırılıktır. Kanuni idare ilkesine aykırılık halinde, idarenin bütünlüğü ilkesinden bahsetmek de mümkün değildir. Kanunlarda yetkili kılınmış idarelerin bu yetkilerinin, başka idarelerce yokluk yaptırımıyla ihlal edilmesi, Anayasa'ya ve hukuka uygun ve uyumlu bir bütünlük içinde olması gereken idare olgusuna da aykırıdır. Bu durumun kamu hizmetlerinin işleyişine yansımaları kaçınılmazdır. Temel hak ve özgürlüklerin de bundan etkilenmeyeceği düşünülemez. Ayrıca bu alanda esas olan, sınırlamaların Anayasa'daki şartlar altında kanunla yapılması, idarenin de kanundaki görev ve yetkiler uyarınca davranmasıdır. Anayasa'da yasamaya verilmiş bir yetkinin idare tarafından kullanılması da, kanuni düzenlemelere aykırı idari etkinlik yapılması da hukuki güvenlik ilkesine aykırılıktır.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Emre: Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, 1. Baskı, İstanbul 2013.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2019.
- AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman: İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- AKILLIOĞLU**, Tekin: Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş, 3. Baskı, Ankara 2017.
- ATAR**, Yavuz: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", Anayasa Dergisi, C. 36, S. 1, 2019, s. 241-259.
- ATASOY ULUSOY**, Özgür İlke/ **GÖRGÜL**, Güliz: "Polimeraz Zincir Reaksiyonu (PCR) ve Enodontik Mikrobiyoloji", Atatürk Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2006, s. 61-65.
- ÇAKMUT YENERER**, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1. Baskı, İstanbul 2003.
- ÇİLİNGİROĞLU**, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, 1. Baskı, İstanbul 1993.
- DURAN**, Lütfi: İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964.
- ECEMİŞ YILMAZ**, Hatice Kübra: Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında Kıyı Devletlerinin Yükümlülükleri ve Covid-19 Kısıtlamaları, Sur, Melda/ Turhan, Mine Kasapoğlu (Editörler), Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2021, s. 551-565.
- EKİNCİ**, Murat: İdari İstikrar İlkesi, 1.Baskı, Ankara 2021.
- ERGUVAN**, Derya Deviner: Yargı Kararları Işığında İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası, Ankara 2017.
- FİDANCI**, İzzet/ATMIŞ, Esin Özlem: "Covid-19 PCR Örnekleme için Alınan Oro-Nazofarengeal Sürüntü İşlemi Sonrası İçin Öneriler", The Journal of Turkish Family Physician, C. 4, S. 4, 2020, s. 209-212.
- GÖZLER**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, 2018.

**GÖZLER**, Kemal: Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun Mu? (2), (Korona Virüs Salgınıyla Mücadele), <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

**GÜNDAY**, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2011.

**HEKİMOĞLU**, Mehmet Merdan: Covid-19 Pandemisi Kapsamında Alınan Tedbirlere Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Bir Bakış, Batı, Murat/ Çağlayan, Sezai, (Editörler), Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19, Ankara 2021, s. 203-223.

**KARAHANOĞULLARI**, Onur: İdarenin Hukukla Bağlanması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 3. Baskı, Ankara 2015.

**KASAPOĞLU TURHAN**, Mine: "İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması" (İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında), Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2019, s. 1-40.

**KASAPOĞLU TURHAN**, Mine: Covid-19 Pandemisinde Uygulanan İdari Kolluk Tedbirleri" (Covid-19 Pandemisinde), Sur, Melda/ Turhan, Mine Kasapoğlu (Editörler), Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2021, s. 393-427.

**OĞURLU**, Yücel: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, 1. Baskı, Ankara 2003.

**ÖZAY**, İl Han: Günışığında Yönetim, 2. Baskı, İstanbul 2004.

**SARICA**, Ragıp: "İdare Hukuku'nda Yokluk ve Butlan", Ebül'ula Mardin'e Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 1944, s. 1191-1243.

**SEVER**, Çiğdem: Covid-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme, Batı, Murat/ Çağlayan, Sezai, (Editörler), Bir Küresel Salgın ve Hukuk: Covid-19, Ankara 2021, s. 187-238.

**SÖZER**, Ali Naim: “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 63, S. 10-11-12, 1989, s. 541-579.

**ŞİRİN**, Tolga: “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 9, S. 17, 2020, s. 43-146.

**TEMİZ GÜL**, Yağmur: Covid-19’la Mücadelede Uygulanacak İdari ve Cezai Yapıtlar, Sur, Melda/Turhan, Mine Kasapoğlu (Editörler), Covid-19 ve Hukuk Sempozyumu, İstanbul 2021, s. 585-610.

**YILMAZ**, Harun: Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, 2019.

<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/bakan-akar-haziran-celbinde-176-bin-agustos-celbinde-43-bin-kisiye-pcr-testi-yapildi/1958390>, (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

<https://corlism.saglik.gov.tr/TR-183941/2020-haziran-ayi-celp-donemi-yukumlulerinden-alinacak-pcr-testi-hakkinda.html>, (Erişim Tarihi: 29.10.2023).

[https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararası\\_antlasmalar/Uluslararası%20Sa%C4%9Flık%20T%C3%BCz%C3%BC%C4%9F%C3%BC.pdf](https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararası_antlasmalar/Uluslararası%20Sa%C4%9Flık%20T%C3%BCz%C3%BC%C4%9F%C3%BC.pdf) (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

<https://www.msb.gov.tr/Askeralma/Duyuru/agustos-2022-siniflandirma-donemi-duyurusu-1352022>, (Erişim Tarihi: 29.10.2023).





## DWORKIN'İN HUKUKİ POZİTİVİZM ELEŞTİRİSİNDE TEORİK UYUŞMAZLIK VE SEMANTİK İĞNE ARGÜMANLARI

Arş. Gör Yusuf Umur ÇİL\*

### Öz

Bu çalışma Dworkin'in Hukukun Hükümranlığı eserindeki hukuki pozitivizm eleştirisini incelemeyi amaçlamaktadır. Bu eleştiri Dworkin'in önceki eleştirilerinden farklıdır. Dworkin, Hart'ın hukuki pozitivizminin temelinde yer alan tanıma kuralının konvansiyonelliğini hedef almaktadır. Buna göre yargıçlar arasında konvansiyon yoktur. Tersine, yargıçlar arasında bir hukuk önermesinin doğruluğunu belirleyecek kriter konusunda tartışmalar çıkmaktadır. Dworkin bunu teorik uyumsuzluk olarak adlandırmaktadır. Hukuki pozitivizm ise Dworkin'e göre semantik yaklaşımından dolayı bu uyumsuzluğu anlayamamaktadır. Bize göre Dworkin'in bu eleştirisi tanıma kuralının kapsamını aşan bir yoruma dayanmaktadır. Tanıma kuralının geçerlilik kriterleri yanında yorum kriteri de içerdiğini varsaymaktadır. Bu Dworkin'in kendi hukuk anlayışının ürünüdür. Hukuki pozitivizm için yorumlama sorunu geçerlilik sorunundan ayrılabilir bir sorundur. Bununla beraber, Dworkin'e verilen yanıtlar hukuki pozitivizmin kapsamının darlığının da bir göstergesidir.

\* Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dalı, Sakarya, Türkiye | Res. Asst., Sakarya University, Faculty of Law, Department of Public Law, Philosophy and Sociology of Law Department, Sakarya, Türkiye.

✉ umurcil@sakarya.edu.tr • ORCID 0000-0003-0396-9653.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** ÇİL, Yusuf Umur: "Dworkin'in Hukuki Pozitivizm Eleştirisinde Teorik Uyuşmazlık ve Semantik İğne Argümanları", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s.2855-2894.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

• Semantik İğne • Tanıma Kuralı • Teorik Uyuşmazlık • Hukuki Pozitivizm • Yorumsal Kuram

## THEORETICAL DISAGREEMENT AND SEMANTIC STING ARGUMENTS IN DWORKIN'S CRITIQUE OF LEGAL POSITIVISM

### Abstract

This article aims to analyze Dworkin's critique of legal positivism in his Law's Empire. This critique is different from Dworkin's former criticism. Dworkin's target is the conventionality of rule of recognition which is the basis of Hart's legal positivism. According to this, there is no convention among judges. On the contrary, there is debates among judges about the criterion which identify the thruth of legal proposition. Dworkin calls it theoretical disagreement. According to Dworkin legal positivism couldn't understand this disagreement because of its semantic approach. İn our view, Dworkin's this criticism is based on an interpretation that is beyond the scope of the rule of recognition. It assumes that rule of recognition contains not just criteria of validity but also criteria of interpretation. This is the production of Dworkin's own understanding of law. For legal positivism, the problem of interpretation can separate from the problem of validity. However, the responses to Dworkin are indications of the narrow scope of legal positivism.

### Keywords

• Semantic Sting • Rule of Recognition • Theoretical Disagreement • Legal Positivism • Interpretive Theory

## GİRİŞ<sup>1</sup>

Ronald Dworkin'in hukuk kuramı hukuki pozitivizm eleştirisi üzerine ve özel olarak Hart'ın kurallar sistemi olarak hukuk görüşünün eleştirisi üzerine geliştirilmiş bir kuramdır. Hukuk felsefesi literatüründe önemli tartışmalardan olan Hart-Dworkin tartışmasını anlamak Dworkin'in kuramını anlamak bakımından da elzemdir. Öyle ki, "Dworkin ancak Hart ile farkı bağlamında bir anlam ifade etmektedir" denilmiştir.<sup>2</sup> Dworkin Hart'a yönelik eleştirilerini *Hakları Ciddiye Almak* kitabında yer

<sup>1</sup> Bu makalenin bir bölümü 12 Kasım 2020 tarihinde "Ceren Damar Şenel I. Genç Bilim İnsanları Toplantısı"nda sunduğum "Dworkin'in Hukuki Pozitivizm Eleştirisinde Semantik İğne Argümanı" başlıklı sözlü bildiriye dayanmaktadır.

<sup>2</sup> TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", Anayasa Yargısı, S. 28, 2011, s. 73.

alan “Kurallar Modeli” makalelerinde ifade etmiştir. Dworkin Hart’a karşı genellikle bu eleştirileriyle bilinmektedir ancak *Hukukun Hükümranlığı* adlı eserinde bu eleştirilerin ötesine geçen yeni argümanlar geliştirmiştir. Hatta, Scott Shapiro’ya göre “Hart-Dworkin” tartışmasının galibi Hart olmuşsa da *Hukukun Hükümranlığı’nda* ileri sürülen yeni tür itiraza hukuki pozitivistler henüz yeterince yanıt verememiştir ve pozitivizm bu eserdeki eleştirilere karşı savunmasızdır.<sup>3</sup> Dworkin *Hukukun Hükümranlığı’nın* teorik ihtilaf hakkında bir kitap olduğunu, bu ihtilafları açıklamayı ve hukukun gerçek dayanakları hakkında bir teori inşa etmeyi hedeflediğini belirtmiştir.<sup>4</sup> Eserinin birinci bölümünde doğal hukuk ve hukuki pozitivizm gibi hukuk kuramlarının semantik kuramlar olduğunu ve örneklerini gösterdiği teorik uyuşmazlığı açıklamak için bu kuramların yetersiz olduğunu ileri sürmüştür. Burada sunduğu zorlukları aşmanın yolu ise kendi kuramıdır. Hak temelli, yorum temelli kuramdır. Dolayısıyla semantik iğne tezi inşai yorumsal hukuk kuramının inşası için bir çıkış noktası da teşkil etmektedir.<sup>5</sup> Bizim çalışmamızın odak noktasını bu ikinci eserde ileri sürülen argümanlar oluşturmaktadır. Buna rağmen Dworkin’in Hart eleştirisinin önceki versiyonunun ana hatlarını bu girişte kısaca hatırlatmak ikinci eleştirinin ileri taşıdığı noktaları görebilmek adına faydalı olacaktır.

Dworkin’e göre Hart ve hukuki pozitivistler hukuk hakkında yanılmaktadır. Hart hukuku birincil ve ikincil kuralların birliği olan bir kurallar sistemi olarak tanımlarken gerçeklerle uyuşmamaktadır. Dworkin Hart’ı üç başlıkta eleştirir ve bu üç başlık ona göre hukuki pozitivizmin iskeletini oluşturmaktadır. Dworkin’e göre hukuki pozitivizm; bir toplumun hukukunun içerik ile ilgili değil soy ile ilgili testlere başvurarak tanımlanıp ayırt edilebileceğini, hukukun geçerli hukuk kurallarından ibaret olduğunu ve mevcut dava için geçerli bir hukuk kuralı yoksa yargıçların takdir yetkisini kullandığını, bir kimsenin hukuki yükümlülüğünden bahsetmenin ise bir şeyi yapmasını veya yapmamasını söyleyen

<sup>3</sup> SHAPIRO, Scott: “Hart-Dworkin Debate”, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, S. 77, 2007, s. 54.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald (Çeviren: Uzun, Ertuğrul): *Hukukun Hükümranlığı*, İstanbul 2018, s. 32.

<sup>5</sup> ENDICOTT, Timothy (Çeviren: Kararmaz, Furkan): “Hukuk ve Dil”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, s. 167.

geçerli bir hukuk kuralına dayandığını ileri süren bir kuramdır.<sup>6</sup> Dworkin'e göre hukuk Hart'ın belirttiğinin aksine yalnızca kurallardan oluşmamaktadır. Çetin davalarda yargıçlar kararlarını sadece kurallara değil ayrıca ilkelere de dayanarak oluşturmaktadır. Hukuk uygulamasının parçası olan avukatlar ve yargıçlar hukuku anlamlandırırken ilkeleri de hesaba katmaktadır. İlkeler ve politikalar da hukuka dahildir. İlkeler, kurallardan farklı olarak davanın özelliklerine göre ortaya çıkarlar. Bunlar bir amacı ya da değeri gerçekleştirilmeyi emreden normlardır. Kurallardan farklı olarak "ya hep ya hiç tarzında" değil ağırlığına göre davaya dahil olurlar.<sup>7</sup> Yargıç farklı kurallar kesiştiğinde birinin geçersiz olduğunu kabul edecekken ilkeler için böylesi bir zorunluluk yoktur.<sup>8</sup> Hart hukuku sadece kurallardan ibaret gördüğü için belli bir davada uygulanacak kural olmadığında -yani hukukta boşluk halinde- ona göre yapılabilecek şey hâkimin takdirini kullanıp sonuca ulaşmasıdır. Hâkim, kuralın yokluğu dolayısıyla hukukun yokluğu sorununu aşmak için hukuk yaratacaktır.<sup>9</sup> Uygulanacak açık bir kural yoksa hâkimin yapacağı başka bir şey de yoktur. Dworkin ise yargısal takdirin bu boyuta varmasını kabul edilemez bulmaktadır. Belli bazı durumlarda, örneğin hukuk ilkelerini uygulayıp hukuki sonuçlara ulaşırken uygulanacak standartlara ek bir yargının gerekli olduğu durumlarda zayıf takdir zorunluluğu ortaya çıkabileceksede burada Hart'ın kullandığı manada uygulanacak standartların olmaması sebebiyle ortaya çıkan ağır takdir durumu reddedilir.<sup>10</sup> Ağır takdir, davanın taraflarına daha önce mevcut olmayan bir hukuku uygulamayı gerektirdiği için antidemokratik bir yaklaşımdır.<sup>11</sup> Dworkin ise ilkeleri de hukuka dahil ederek bu sorunu aştığını, ortada bir kural olmasa bile hukuka dahil olan ilkelerin her zaman var olduğunu ileri sürmüştür. Hâkim

<sup>6</sup> **DWORKIN**, Ronald (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi): *Hakları Ciddiye Almak*, Ankara 2007, s. 40-41.; **SHAPIRO**, s. 7.

<sup>7</sup> **DWORKIN**, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 49-52.

<sup>8</sup> **AKBAŞ**, Kasım: Ronald Dworkin; *Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına*, Uzun, Ertuğrul (Editör), *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İstanbul 2015, s. 200.; **SHAPIRO**, s. 8-9.

<sup>9</sup> **TÜRKBAĞ**, *Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları*, s. 73.

<sup>10</sup> **DWORKIN**, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 57-58; Shapiro, s. 11.

<sup>11</sup> **AKBAŞ**, s. 208; **DWORKIN**, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 71.

karar verirken kurallarla değilse bile bu ilkelerle bağlıdır.<sup>12</sup> İlkeler de hukukun içinde olduğu için Dworkin'e göre her zaman uygulanacak bir hukuk söz konusudur. Davanın her zaman hâkim tarafından keşfedilecek doğru bir yanıtı vardır. Davanın yanıtı Dworkin'in kuramında tarihsel olarak ilerleyen ve birbirine eklenen hakların ciddiye alınan yorumuna bağlıdır.

Dworkin'e göre ilkeleri Hart'ın hukuk kuramına dahil edebilmek de söz konusu değildir. Hukuki pozitivizm hukukun kaynaklarını açıklamada bir soy testine başvurmaktadır. Hart'ın tanıma kuralı bunun örneğidir. Tanıma kuralında içerilen geçerlilik kriterini sağlayan normlar hukuk sistemine dahildir. Dworkin'e göre bu geçerlilik kriteri bir soy testinden ibarettir. İlkelerin varlığı ve bağlayıcılığı ise bazen sadece ahlaki içeriğe bağlı olduğundan, onlar tanıma kuralında belirlenen testten geçemeyecektir.<sup>13</sup> Hukuki pozitivizm hukukta ilkelerin varlığını açıklayamadığı için başarısız bir kuramdır.

Dworkin'in eleştirilerine birçok yanıt verilmiştir. Bu yanıtların bazıları "kapsayıcı hukuki pozitivizmin" gelişmesine de sebep olmuştur. Diğer bazı yanıtlar Dworkin'in kuramının hukuki pozitivizme iddia etmediği nitelikleri yüklemeye çalıştığını ifade etmiştir.<sup>14</sup> Kanaatimizce Dworkin'in *Hukukun Hükümranlığı* eserinde geliştirdiği eleştiriler *Hakları Ciddiye Almak* eserinde geliştirdiği eleştirilerin devamıdır. Dworkin hukuki pozitivizm hakkındaki yanlışlarını da aynı şekilde sürdürmüştür. Dolayısıyla, Dworkin'e verilen yanıtları burada değil ilgili argümanları ele aldıktan sonra göstermek uygun olacaktır.

Şimdiden belirtmek gerekir ki bizim gözlemlerimize göre de Dworkin hukuki pozitivizmin Hart versiyonu hakkında yanılmaktadır. Dworkin kendi kuramında hukukun geçerliliği ile uygulanmasını ayırmaya gitmemiştir. Hukuki pozitivizm ise bunları birbirinden ayrılabilir meseleler olarak görme imkânı sağlamaktadır. Hukuki pozitivizmin amacı bir genel hukuk teorisi olarak hukukun, tek tek hukuk sistemlerinin ötesindeki temel niteliklerini (doğasını) ele almaktır. Tanıma kuralı böyle temel

<sup>12</sup> TÜRKBAĞ, Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları s. 74; DWORKIN, Hakları Ciddiye Almak, s. 60.

<sup>13</sup> AKBAŞ, s. 211.; SHAPIRO, s. 12-14.

<sup>14</sup> SHAPIRO, s. 19.

bir niteliklidir. Hart'ın tanıma kuralı, içeriği ülkeden ülkeye değişmekle birlikte hukuk sisteminde neyin geçerli hukuk olduğunu gösteren kriterleri içermektedir. Tanıma kuralına göre geçerli hukukun pozitif hukuk olarak tespiti ayrı bir iştir, bu geçerli hukukun somut olaya uygulanması ayrı bir iştir. Geçerli hukuk sorunu yorum sorunundan önce gelmektedir.

### I.SEMANTİK İĞNENİN ZEHİRİ

Dworkin hukuk pratiğinde ortaya çıkan iki tür anlaşmazlığı birbirinden ayırmaktadır. Ona göre bir dava açıldığında üç farklı mesele ortaya çıkmaktadır. Bunlar olaya ilişkin, hukuka ilişkin ve siyasi ahlak ile sadakate ilişkin meselelerdir. İlk mesele geçmişte gerçekleşen olay hakkındadır. Burada ortaya uyumsuzluklar çıkabilir. Bunların giderilmesi elde edilen delillere bağlıdır. Üçüncüsü ise insanlar arasında da sürekli görülen ahlaka ilişkin anlaşmazlıktır. Dworkin ikinci meselede ortaya çıkan uyumsuzlukları ikiye ayırır. Bunlar, "Olayla ilgili hukuk nedir? Hukuk yaralanan kişinin zararını işverenden tazmin etmesine izin vermekte midir?" meseleleridir. Dworkin'e göre yargıçlar hukuka ilişkin mesele hakkında sürekli ihtilafa düşmektedir. Hukukun yasakladıkları veya izin verdikleri hakkındaki davaya ilişkin hukuk önermelerinin ne olduğu ihtilafli bir meseledir.<sup>15</sup> Hukuk düşüncesindeki genel kabul hukuk önermelerinin doğruluğunun başka önermelere bağlı olduğu şeklindedir. Dworkin bunları hukukun dayanakları (grounds of law) olarak adlandırır. İçerikle ilgili önermenin doğruluğu dayanakla ilgili önermeye bağlıdır.<sup>16</sup> Bir yasağı ifade eden önermenin doğru olmasının sebebinin bu önermeyi içeren metnin yasama organınca kabul edilmesi olduğu düşüncesi bunun örneğidir.<sup>17</sup>

Dworkin'e göre hukukçular ve yargıçlar bu akıl yürütme içerisinde iki farklı uyumsuzluk yaşayabilmektedir. Bu kişiler ya kendisi doğru olduğunda diğer hukuk önermelerini doğru kılacak önermeler hakkında yani hukukun dayanakları hakkında anlaşmıştır fakat mevcut olayda bu dayanakların karşılanıp karşılanmadığında anlaşmamaktadır (yasama

<sup>15</sup> **DWORKIN**, Hukukun Hükümranlığı, s.21-22.

<sup>16</sup> **SMITH**, Dale: "Theoretical Disagreement and the Semantic Sting", Oxford Journal of Legal Studies, Cilt. 30, S. 4, 2010, s. 638.

<sup>17</sup> **DWORKIN**, Hukukun Hükümranlığı, s. 23.

çoğunluğu bu yasayı gerçekten onayladı mı?)<sup>18</sup> ya da hukukun dayanakları hakkında yani kendisi doğru olduğu takdirde diğer önermeleri doğru yapan önerme hakkında uzlaşmamıştır. Birincisi ampirik ikincisi teorik uyumsuzluktur. Kısacası teorik uyumsuzluk hukukun dayanakları hakkındadır.<sup>19</sup>

Dworkin'e göre hukukbilim teorik uyumsuzluğu görmezden gelmektedir. Bu meseleye cevap vermek yerine meselenin üstünden atılmaktadır. Bu teorilere göre teorik uyumsuzluk bir yanılısamadır.<sup>20</sup> Teoriler, yargıçların hukukun dayanakları konusunda uzlaştığını varsayarlar. Dworkin bu görüşü "yalın olgu" (plain fact) görüşü olarak adlandırmaktadır. Yalın olgu görüşüne göre hukuk yalnızca hukuki kurumların geçmişte verdikleri kararlarla ilgilidir. "Hukuki sorunlara kurumsal kararların kayıtlarının tutulduğu kitaplara bakarak cevap vermek mümkündür". Bu görüşe göre hukukun dayanakları hakkında teorik uyumsuzluk varmış gibi görüldüğünde aslında hukukun ne olması gerektiği hakkında uyumsuzluk vardır.<sup>21</sup> Yalın olgu görüşüne göre hukukun dayanakları hakkında uyumsuzluk varmış gibi görüldüğünde aslında taraflardan biri hukuka uymak istemiyordur. Bunun yerine kendi ahlaki-siyasi amaçlarını gerçekleştirmeye çabalıyordur.<sup>22</sup>

Yalın olgu görüşüne göre geçmişte kurumların sessiz kaldığı, kurumların karara bağlamadığı meselelerin yargı önüne gelmesi de ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumda hukuk sessiz kaldığı için yalın olgu görüşü taraftarları yargıcın boşlukları doldurmak, yeni hukuk yaratmak yetkisine sahip olduğunu da kabul etmiştir.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> LEITER, Brian: "Explaining Theoretical Disagreement", The University of Chicago Law Review, Sayı 76, 2009, s. 1219.

<sup>19</sup> DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 24.

<sup>20</sup> Dworkin'e göre teorik uyumsuzluğun varlığını yadsıyan tek kuram pozitivizm değildir. Doğal hukuk, hukuki realizm gibi yaklaşımlar da aynı sorundan mustarıptir. Örneğin doğal hukukçular hukuk önermesini içerik bakımından doğru kılan diğer önermeyi ahlaki bir önerme olarak kabul etmekte ve bunun üzerinde genel bir uzlaşım olduğu yaklaşımını sürdürmektedir. Dayanaklar hakkındaki ihtilafları görmezden gelmektedir.

<sup>21</sup> DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 26-27.

<sup>22</sup> SMITH, Theoretical Disagreement and the Semantic Sting, s. 640.

<sup>23</sup> DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 29.

Dworkin yalın olgu tezinin yanlışlığını gösteren ve teorik uyumsuzluk içeren davaları örnek vererek iddiasını ispatlamaya çalışmaktadır. Bunun için dört örnek dava ele almıştır. Dworkin'in ele aldığı davalardan meşhur *Riggs v. Palmer* davasını bu çalışmada örnek olarak ele alacağız.

### A. Elmer Davası

Elmer 1882'de New York'ta dedesini zehirleyerek öldürür. Cinayet sebebi, yeniden evlenen dedesinin vasiyetnamesini değiştirerek kendisini mirastan yoksun bırakacağı düşüncesidir. Cinayeti Elmer'in işlediği tespit edilmiştir. Elmer cezaevine gönderilmiştir. İkinci sıradaki mirasçılar (dedenin kızlarının) mirasın kendilerine geçmesini talep etmektedir. Yargıçlar arasında Elmer'in mirasa hak kazanıp kazanmadığı hakkında uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. New York miras hukukunda vasiyetnamedeki mirasçının miras bırakanı öldürmesinin mirastan yoksunluk sebebi oluşturacağına dair bir hüküm yoktur. Elmer'in avukatının talebi de Elmer'in miras hakkına sahip olduğu yönündedir. Mahkemenin aksi yöndeki kararı yargıçların vasiyetnameyi değiştirerek, hukuk yerine kendi ahlaki kanaatlerini koyması anlamına gelecektir. Yargıçlar da "neyin doğru sonucu oluşturduğu" konusunda ihtilafa düşmüştür. "Hukukun fiilen ne olduğu, yasanın layıkıyla yorumlandığında neyi gerektirdiği hakkında" uyumsuzluk söz konusudur.<sup>24</sup>

Dworkin önlerinde yasa metni duran yargıçların yaşadığı anlaşmazlığı şiir üzerinde yaşanan anlaşmazlığa benzetmektedir. Ağzdan çıkan bir dizi kelime anlamında şiiri okuyan edebiyat eleştirmenleri şiirin "gerçekte" ne söylediği "ne anlama geldiği" hakkında ihtilafa düşebilirler. Yargıçlar da önlerinde buldukları yasa metninden yola çıkarak "gerçek" hukuku inşa etmeye çalıştıklarında benzer sorunlar yaşarlar. Edebiyat eleştirmenlerinin yorum teorisine ihtiyaç duyuyor olması gibi yargıçlar da bir çeşit yasama teorisine ihtiyaç duyarlar. Elmer davasında da yargıçlar "gerçek" hukuku bu davada nasıl inşa edecekleri konusunda uzlaşmamaktadır.

Dworkin burada yargıçların savunduğu farklı yorum ilkelerini farklı teorik açıklamalar olarak örneklemektedir. Farklı yorum teorileri hukukun dayanakları hakkında farklı görüşler sunduğu için bu teoriler

<sup>24</sup> DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 37-38.



arasında ihtilaf vardır. Yargıç Gray'in teorisi "lafzi" (literal) yorum teorisidir. Bu teoriye göre kelimelerin anlamları bağlama bakılmadan, en azından bu davanın koşullarında yazarın niyeti araştırılmadan tespit edilmelidir. Gray bu yöntemi kullanarak Elmer lehine görüş bildirmiştir. Bu teoriye göre Elmer cinayet işlediği için zaten ceza almışken onu miras hakından yoksun bırakmak ikinci defa cezalandırmak olacaktır. Suçun cezası önceden belliyken yargıçların cezayı keyfi olarak artıracak yönde karar vermesi adaletle de bağdaşmayacaktır.<sup>25</sup>

Yargıç Earl'ün sunduğu çoğunluk görüşü ise bundan farklı bir teori kullanmaktadır. Onlar "meclis üyelerinin niyetlerinin gerçek yasa üzerinde önemli ölçüde etkili olduğunu" ileri sürmektedir. Yasanın lafzında yani metinde ileri sürülen şey yasayı yapanların niyetlerine uygun olmadıkça yasanın içinde olmayacaktır. Yasanın lafzı olan metin, pratik içinde anlamını kazanacaktır. Hukuk, metnin uygulanmasından önce ortaya çıkmamaktadır. Bu pratiğin ise yasamanın niyetine uygun olması gerekmektedir. Earl, meclis üyelerinin katillerin mirastan faydalanmasını istemeyeceğini belirtir. Earl yasaların, meclislerin tahayyül edemeyeceği sonuçlar doğurabileceğini yadsımamaktadır. Örneğin gelecekte neyin miras konusu olabileceğini o zamanın meclis üyeleri tamamen bilemeyecektir. Yine de Earl şuna dayanmayı uygun bulmuştur: "Yasa, meclis üyeleri üzerinde düşünüp taşınmış olsalardı reddedecekleri bir sonuca sahip olamaz."<sup>26</sup> Earl ayrıca metinlerden yola çıkarak yasalar inşa edilirken hukukun genel ilkelerine uyulması gerektiğini savunmuştur. Meclis üyelerinin niyetlerinin, aksi açık olmadıkça, bu yönde olduğunu kabul etmek makuldür. Ayrıca yasa hukuk düzeninin bir parçası haline geleceği için tutarlılık bakımından kimsenin kendi kusurundan fayda elde edemeyeceği ilkesine riayet etmesi gerektiğini belirtmektedir. Yargılama sonucunda kazanan teori Earl'ün teorisi olmuştur. Dworkin'e göre buradaki tartışma yalın olgu tezinin geçiştirmek için ileri sürdüğü gibi hukukun ne olması gerektiği hakkında değil ne olduğu hakkındadır. "Tartışma, hukukun ne olduğu, meclis üyelerinin çıkardığı yasanın gerçekten ne söylediği hakkındadır."<sup>27</sup>

<sup>25</sup> DWORIKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 39-40.

<sup>26</sup> DWORIKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 41.

<sup>27</sup> DWORIKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 42.

## B. Semantik Kuramların Durumu

Dworkin'e göre, yukarıda özetlediğimiz davada ve kitapta ele aldığı diğer örneklerde teorik uyuşmazlık vardır. Yalın olgu görüşüne göre teorik uyuşmazlık imkansızdır. Bu görüşler hukukun ne olduğunu tespit etmenin tarihi olaylara bakmaya bağlı olduğunu ileri sürerler. Burada sunulan teorik uyuşmazlıkları ise hukukun ne olduğu hakkında değil ne olması gerektiği hakkında uyuşmazlıklar olarak ele alırlar. Olası tek ihtilaf ampirik ihtilafıdır. Dworkin'e göre hukuk felsefecilerinin bu ihtilafı anlamamasının ve üstünden atlamasının sebebi onların semantik bağlılıklarıdır.<sup>28</sup> Bu teoriler semantik hukuk teorileridir.

Semantik hukuk teorileri "hukuk" kelimesinin anlamını bazı kriterlere dayandırmaktadır. Onlara göre hukuk kelimesine anlamını veren bu kriterler üzerinde konvansiyon vardır. Bu kriterleri hukukçular paylaşmaktadır. Bu varsayım kuramların semantik bir yaklaşıma bağlılıklarından kaynaklanmaktadır. "Herhangi bir kelimeyi kullanırken derler, hepimizin paylaştığı kurallara uyarız... Hukuk kelimesini nasıl kullanacağımıza dair kurallarımız, hukuku yalın tarihi olaya bağlar."<sup>29</sup> Buna göre hukuk kavramının anlamı yalın tarihi olaydır. Hukuk kelimesini kullananlar bunu anlamaktadır. Hukuk dediklerinde akıllarında kurumların ne demiş olduğu belirlemektedir. Semantik kuramlara göre hukukçuların hepsi hukuk önermelerini değerlendirirken "farkında bile olmadan" ortak dilsel kriterleri takip etmektedir. Kuramlar bu varsayıma göre geliştirilmiştir. Austin hukuk kelimesinin anlamını açıkladığını söylerken, Hart hukuk kavramının kullanımını betimlediğini ileri sürerken hukukçuların nasıl konuştuğunu açıklamayı amaçlamıştır. Bu sebeple hukuk önermelerinin hukukçular tarafından doğru ya da yanlış kabul edildiği koşulları ortaya koyma çabasıdadırlar.<sup>30</sup>

Hukuki pozitivizm de bu semantik teorilerden biridir. Semantik teoriler hukukçuların önermenin doğruluğuna karar verirken aynı kriterleri kullandığında uzlaşmışsa da aralarındaki tartışma bu kriterlerin ne olduğuna ilişkindir. Pozitivist teoriler yalın olgu görüşünü savunan

<sup>28</sup> SMITH, s. 269.; ZDRAVKOVIC, Milos: "Theoretical Disagreement about Law", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade- International Edition*, 2014, s.95.

<sup>29</sup> DWORKIN, *Hukukun Hükümranlığı*, s. 55.

<sup>30</sup> DWORKIN, *Hukukun Hükümranlığı*, s. 56-57.

teorilerdir. Hukuk önermesinin doğruluğu tarihi olayın doğruluğuna bağlıdır. Austin'in teorisi hukuk önermelerinin doğruluğunu egemenin geçmişte bunu buyurmuş olmasına bağlamıştır. Onun kusurlarını eleştiren Hart ise hukukun dayanağının tanıma kuralı olduğunu ileri sürmüştür. Dworkin'e göre tanıma kuralı toplum tarafından kabul edilen bir kuraldır. Geçerli hukuku yaratması için bazı insanları yetkilendiren kurallar şeması hakkında toplumsal uzlaşım söz konusudur.<sup>31</sup> Dworkin'e göre pozitivizmin argümanı, avukatların ve yargıçların hukuk kelimesini kullanırken aynı yolu izlemeleri sebebiyle örneğin Kaliforniya'daki hız sınırı hakkında uzlaşması gerektiği yönündedir. Pozitivizme göre ancak kelimelerin kullanımının sınır durumunda, marjinal davalarda hukuk kelimesinin kullanımı hakkında sorun çıkabilecektir. Diğer kelimeleri kullanırken olduğu gibi hukuk kelimesini kullanırken de kelimenin anlamında çoğu durumda ittifak halindeyizdir. Ev kelimesinin ne anlama geldiği ancak Buckingham Sarayı'nın ev olup olmadığı tartışılması gibi sınır durumlarda sorun çıkaracaktır.<sup>32</sup> Dworkin'e göre ise verdiği örneklerdeki uyumsuzluk bundan daha derindir. Hukukun ne olduğu hakkında, bir yasama eyleminin neden hak verdiği ve yükümlülük yüklediği hakkında anlaşamamışlardır. Yani hukukun yalın olgu olduğunu kabul etmemişlerdir.

Hukuki tartışma göstermektedir ki yargıçlar hukuk önermelerinin ne zaman doğru olduğunu gösteren olgusal kriterin ne olduğu hakkında uyumsuzluk içerisindedir. Olgusal kriterin bizzat kendisinin sorgulanması teorik uyumsuzluktur. Dolayısıyla semantik teorilerin ortaklaşa sahip olunan kuralları ortaya koyma projesi başarısız olmuştur. İki hukukçu tartışırken ve hukuk kelimesini kullanırken farklı olgusal kriterleri kullanmaktadır. Tartışmada farklı hukuk dayanaklarına sahip oldukları için ayrı telden çılmaktadırlar. Semantik teoriler bu durumu açıklayamamaktadır. Onlara göre olgusal kriterlerin ve hukukun dayanakları hakkında konvansiyonun yokluğunda hukuk hakkında tartışmak bile mümkün değildir.<sup>33</sup> Dworkin ise iletişim için böyle dilsel ve anlamsal

<sup>31</sup> **DWORKIN**, Hukukun Hükümlüğü, s. 58-60.

<sup>32</sup> **TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi: Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 131.

<sup>33</sup> **DWORKIN**, Hukukun Hükümlüğü, s. 68-71.

konvansiyonların zorunlu olmadığını kabul eder görünmektedir.<sup>34</sup> Semantik iğne argümanını hukuk hakkındaki anlaşmanın ya da anlaşmazlığın yalnızca hukuk önermelerinin doğruluğu için belirlenmiş ortak kriteri paylaşmamız durumunda mümkün olduğu iddiasının reddi olarak değerlendirebiliriz.<sup>35</sup>

Semantik kuramlar semantik iğnenin zehrinin etkisi altındadır. Bu sebeple hukukta ihtilafların sadece ampirik olduğunu, ortak standartların tartışılmadığını iddia ederler. Bir tartışma için ortak dilsel kabullerin zorunlu olduğunu düşündükleri için de hukuk pratiğinde bu temel kuralları teşhis etmeye çalışırlar.<sup>36</sup> Semantik iğne hukuk dilinin, ancak, hukukçuların dilsel kriterler üzerinde ortaklaşması halinde anlamlı olacağı şeklinde bir yanlış kavrayıştır.<sup>37</sup> Hukuki pozitivizmin kriterci semantiği hukuk kriterlerinin var olabilmesi için hukukçuların kriterlerin anlamları hakkında anlaşma içinde olduklarını varsaymaktadır. Oysa hukukçular geçerlilik kriterinin anlamı hakkında tartışmaktadır.<sup>38</sup> Pozitivizm bunu görmezden gelir. En temelde pozitivism iletişim koşulları hakkında bir varsayma dayanmaktadır. Buna göre bir kavramı farklı anlamlarda kullanan kişilerin anlamlı bir tartışmaya girmesi olanaksızdır.<sup>39</sup> Dworkin ise bu anlaşmazlıkları da açıklayabilmek için hukuku olgusal değil yorumsal olarak anlamak gerektiğini ileri sürmüştür.

Özetleyecek olursak Dworkin'e göre semantik hukuk teorileri, hukuk hakkında yargıçlar arasında çıkan derin anlaşmazlıklarla tutarsızdır.

<sup>34</sup> SMITH, *Theoretical Disagreement and the Semantic Sting*, s. 648.; UYGUR, Gülriş: *Objektiflik, Hukuk ve Ronald Dworkin*, Köker, Levent (Editör), *Aydınlanma ve Hukuk- Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye'de Hukuk*, İstanbul 2008, s. 35.

<sup>35</sup> DYRDA, Adam / Gizbert-Studnicki, Tomasz: *Semantic Sting and Legal Argumentation*, Araszkievicz, Michał (Editör), *Argumentation*, Brno 2011, s. 66.; Semantik iğne argümanının bir kavramı kullanırken paylaşılan kriterlere sahip olduğumuz yönündeki tezin eleştirisini oluşturduğu hakkında genel bir uzlaşımın söz konusu olduğu belirtilmektedir. Bkz. Smith, *Theoretical Disagreement and the Semantic Sting*, s. 636.; Raz Dworkin'in bu eleştirisiyle hukukun kriterci semantik açıklaması yerine yorumcu bir açıklamayı savunduğunu belirtir. Bkz. RAZ, Joseph (Çeviren: Uzun, Ertuğrul): *Hukukun Doğası*, Ankara 2022, s. 86.

<sup>36</sup> DWORKIN, *Hukukun Hükümranlığı*, s. 73.

<sup>37</sup> ENDICOTT, s. 165.

<sup>38</sup> ARIKAN, Engin: *Sert Pozitivizm*, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 38.

<sup>39</sup> UYGUR, *Objektiflik*, s. 36.

Pozitivizm bir semantik teoridir. Pozitivizm hukuk pratiğinde ortaya çıkan derin uyuşmazlıkları açıklayamaz. Burada sayılan davalarda böyle uyuşmazlıklar söz konusudur. Bu sebeple pozitivizm hatalıdır.<sup>40</sup> Kriterci olarak açıklanabilen kavramlar teorik anlaşmazlık konusu olamaz, hukuk kavramı teorik anlaşmazlık konusudur. Bu sebeple kriterci olarak açıklanamaz.<sup>41</sup>

Dworkin'in buradaki konvansiyonalizm eleştirisine ve bunu pozitivizme atfedişine baktığımızda Hart ve tanıma kuralına ilişkin temel varsayımlarını şu şekilde ortaya koymak mümkün görünmektedir:

- a. Dworkin'e göre kendisi doğru olduğunda diğer hukuk önermelerini doğru kılacak temelin ne olduğu hakkında tartışma var ise tanıma kuralının kendisi (Dworkin'in deyişiyle hukukun dayanakları) tartışma konusudur.<sup>42</sup>
- b. Tanıma kuralının kendisi hakkında tartışma var ise hukuki pozitivizmin konvansiyon tezi yanlıştır. Bu tez hukukçuların bir sistemde normları o sisteme dahil eden tanıma kuralının içerdiği geçerlilik kriteri hakkında konvansiyon halinde olduğunu ileri sürer.<sup>43</sup> Örneklere baktığımızda ise konvansiyon söz konusu değildir. Tanıma kuralı hakimleri ilkeleri uygulamakla yükümlü kılıyorsa ve hakimler ilkelerin geçerliliği hakkında tartışıyorlarsa tanıma kuralının içeriği hakkında konvansiyon halinde değildir.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> **HIMMA**, Kenneth Einar: "Ambigiously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured", *Legal Theory*, Cilt 8, Sayı 2, 2002, s. 157.

<sup>41</sup> **DYRDA / GIZBERT-STUDNICKI**, s. 67. Dworkin daha sonraki bir eserinde kriterci kavramlar, doğal tür kavramlar ve yorumsal kavramlar arasında ayrıma gider. Hukukun kriterci olarak açıklanamayacağı yönündeki tutumu devam etmektedir. Bkz. **DWORKIN**, Ronald: *Justice In Robes*, Cambridge Massachusetts 2006, s. 9-12. Aynı eserde bütün kavramların kriterci olduğu kabulünü semantik iğne olarak adlandırdığını da belirtmektedir. Bkz. **DWORKIN**, *Justice In Robes*, s. 225.

<sup>42</sup> **WACKS**, Raymond (Çeviren: Ünver Şahin, Fatma Süzgün/ Ünver, Serdar): *Hukuk Kuramını Anlamak*, Ankara, 2016, s. 211.; **LEITER**, s. 1221.; **LEITER**, Brian / **LANGLI-NAIS**, Alex: "The Methodology of Legal Philosophy", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, S. 407, 2012, s. 21-22.

<sup>43</sup> **SMITH**, Dale: "Dworkin's Theory of Law", *Philosophy Compass*, S. 2/2, 2007, s. 269.

<sup>44</sup> **ARIKAN**, s. 35.

- c. Bir davada hukuk metnine bakarak gerçek hukuku ortaya koymak için yalın olgulara bakmak yeterli değildir. Pozitivizm ise istisnai durumlar dışında yalın olguların yeterli olacağını ileri sürmüştür. Bu davalar hiç de sınır durumlar içermemektedir. Hukuki pozitivizmin yalın olgu yaklaşımı hukuku açıklamada yetersizdir.<sup>45</sup>

Bize göre Dworkin'in hukuki pozitivizme burada yönelttiği eleştiriler hukuki pozitivizmin karikatürize edilmiş bir biçimine dayanmaktadır. Dworkin'in bir hukuk teorisinden beklediği birçok yön hukuki pozitivizmin -en azından Hartçı pozitivizmin- kapsamının dışındadır. Dworkin'in ifadelerine baktığımızda hukukun davaya uygulanmasında paylaşılan yorum kriterleri olması meselesi ile paylaşılan geçerlilik kriterlerinin varlığı meselesi birbirine girmiş görünmektedir. Hukuki pozitivizm ise bunları birbirinden ayırmaktadır.

## II. DWORKİN'İN ELEŞTİRİLERİNİN ELEŞTİRİSİ

Hukuki pozitivizmin ve Hart'ın hukuk hakkındaki çabası pozitif hukukun bilgisini sağlamaktır. Troper'ın belirttiği gibi farklı pozitivist teoriler ortaya çıkmışsa da pozitivist yaklaşımlarda hukuk bilimi "nesne" sini açıklamakla sınırlıdır.<sup>46</sup> Örneğin, Austin'in hukuku ele alışı mevcut hukuk sistemlerinin ortak unsurlarını gözlemleyerek ortaya koymak bakımından empirisistdir. Austin gözlem yoluyla deneysel gerçekliğin teoriye aktarılabilceğini ve teorinin gerçeğe denk düşeceğini kabul etmiştir.<sup>47</sup> Hukuki pozitivizm, araştırma konusunu olduğu gibi betimlemek ve bilinebilir kılmak amacındadır. Hukuki pozitivizmin esas çabası hukuku doğal hukuk ya da yanlış biçimde hukuk olarak adlandırılan şeylerden arındırmakla hukuka kavramsal belirlilik kazandırmaktır.

Hart'ın hukuki pozitivizmi de Austin gibi hukuku bir sosyal olgu olarak ele almaktadır. Austin hukuku egemenin yaptırımıyla desteklenmiş buyruğu, egemeni ise kendisine alışkanlıkla itaat edilen ve kendisi başka kimseye itaat etmeyen kimse olarak tanımlamıştır. Hart da Austin gibi hukuk biliminin konusu olan normları diğer normlardan ayırmanın

<sup>45</sup> SHAPIRO, s. 30.

<sup>46</sup> TROPER, Michel (Çeviren: Ergüden, Işık): Hukuk Felsefesi, Ankara, 2019, s. 23.

<sup>47</sup> COTTERRELL, Roger (Çeviren: Üye, Saim): Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, İstanbul 2018, s. 134.

peşindedir ancak farklı bir yol izlemiştir. Hart'a göre hukuk birincil ve ikincil kurallardan oluşan bir bütündür. Birincil kurallar kişinin nasıl davranması gerektiğini belirten kurallardır. İkincil kurallar ise bu birincil kurallar hakkında kurallardır. Bunlar, birincil kuralların ahlak kuralları gibi kurallardan ayrılması için gereken kurallardır. Birincil kurallar ikincil kuralların varlığı sayesinde hukuk kuralı haline gelirler.<sup>48</sup> Bir hukuk sisteminde neyin hukuk kurallarına dahil olduğunu gösteren tanıma kuralı bu ikincil kurallardandır. Tanıma kuralı, hukuk sistemine dahil olan geçerli hukukun ne olduğunu belirten geçerlilik kriterlerini içerisinde taşımaktadır. Bu kriterler toplumdan topluma değişiklik gösterebilecektir ancak bütün hukuk sistemlerinde böyle kurallar bulunur. Sadece birincil kuralları olan bir sistemi hukuk sistemi olarak ayırt etmek mümkün değildir. Tanıma kuralının ve birincil kuralların bir arada varlığı hukuk sisteminin varlığı için zorunludur.<sup>49</sup>

Tanıma kuralı diğer kurallardan farklı olarak yazılı olmak zorunda değildir. Hart'ın kuramının ayırıcı yönü budur. O pozitif hukukun varlığının ve geçerliliğinin bir kuramı olarak kendini gösterir. Austinden farklı olarak Hart hukuku tanıma kuralına dayandırırken onunla ortak olarak tanıma kuralının bir sosyal olgu olduğunu ileri sürmektedir. Tanıma kuralının varlığı hukuk sisteminin yetkililerinin bilincindedir. Hukuk sisteminin yetkilileri bir hukuk kuralının sisteme ait olup olmadığını neyin belirlediği hakkında bir konvansiyon halindedir.<sup>50</sup> Buna göre tanıma kuralında belirtilen testleri geçen kurallar sisteme dahildir. Bu testler hukuk kurumlarının faaliyetlerine ilişkin soy kütüğü testi olabileceği gibi Hart'ın daha sonradan belirttiği üzere başka testler de olabilir. Hart tanıma kuralında ahlaki ilkelerin de geçerlilik kriteri olarak belirlenebileceğini ileri sürmüştür.<sup>51</sup> Bu bütün hukuk sistemlerinde böyle olmak zorunda değildir. Bir kuralı geçerli hukuk kuralı olarak tanımanızı sağlayan kriterler sadece soy testi de içerebilir. Ancak soy testinin yanında ahlaki soruşturmalar gerektiren başka testleri de içinde bulundurabilir.

<sup>48</sup> HART, H.L.A: The Concept of Law, Oxford, 1994, s. 94-95.

<sup>49</sup> UYGUR, Gülriz: "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 52, Sayı. 3, 2003, s. 148.

<sup>50</sup> HART, s. 82 vd.

<sup>51</sup> HART, s. 168.

Tanıma kuralının varlığı Hart'ın kuramında yetkililerin bilincinde aranmaktadır. Diğer kurallardan farklı olarak tanıma kuralının kendisi geçerlilik testine tabi değildir. Varlığı dahili bakış açısıyla kabul edilmiştir.<sup>52</sup> Sistem içindeki yetkililer tarafından sisteme ilişkin temel bir kural olarak kabul edilmesi ve uygulanması nedeniyle var olmaktadır. Bu sebeple tanıma kuralı toplumsal pratikten türeyen ve olguya dayanan bir kuraldır. Toplumsal pratikte ortaya çıkması tanıma kuralının oluşumunun gayrı-resmi bir sürece dayandığını göstermektedir. Coleman'ın ifadesiyle; "pratik tanıma kuralının varlığının koşullarından biridir. Bu özellik, tanıma kuralının toplumsal ya da konvansiyonel bir kural olduğu gerçeğinden kaynaklanır."<sup>53</sup> Gelgelelim, Hart tanıma kuralının hukuk hakkında kesin bilgi sağlama fonksiyonunu her zaman gerçekleştiremeyebileceğini de belirtmiştir. Hart tanıma kuralı dahil sistemdeki kuralların; anlamının, dilinin, belirsizliğinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Hukuk sisteminin aktörleri konvansiyonel olarak tanıma kuralının ne olduğunu bilseler bile bildikleri bu kuralın anlamının sorunsuz olduğu gibi bir garanti yoktur. Hart'ın açık metin tezi tanıma kuralı için de geçerli kabul edilebilir.<sup>54</sup> Hart'a göre hukuki geçerlilik kriterini sağlayan tanıma kuralının kendisinin geçerliliği hakkındaysa bir sorun çıkması söz konusu değildir.<sup>55</sup> Burası tam da Dworkin'in meydan okumasının hedefidir. Dworkin'e göre tanıma kuralının yaygın kabulü bir yanılısamadır.<sup>56</sup>

Dworkin'in eserinde ileri sürdüğü semantik iğne argümanı ve teorik uyuşmazlık argümanı birbirini takip eder niteliktedir. Dworkin teorik uyuşmazlıkların anlaşılmasının sebebinin semantik yaklaşımlara dayandırılmaktadır. O halde Dworkin'in semantik iğne eleştirisi başarısız görülürken teorik uyuşmazlığın esaslı bir sorun olarak görülmesi mümkündür. Dworkin'in teorik uyuşmazlıkları etkili bir şekilde ortaya koyduğunu ancak dayanak olarak semantik iğne argümanını sunmasının yersiz olduğunu ileri sürmek mümkün olabilmektedir. Bu sebeple bu iki argüman Dworkin için birbirini bütünlese de ayrı ayrı eleştirilebilmiştir. Biz önce

<sup>52</sup> WACKS, s. 148-149.

<sup>53</sup> Akt. WACKS, s. 150-151.

<sup>54</sup> UYGUR, Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?, s. 149.

<sup>55</sup> UYGUR, Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü? s. 150.

<sup>56</sup> HART, s. 258.



semantik iğne argümanını bunun ardından ise teorik uyumsuzluk argümanını ele alacağız.

### A. Tanımsal Kuramın Reddi

Dworkin'in, hukuki pozitivizmi ve Hart'ın kuramını, semantik iğnenin zehrinin etkisinde ve hukuk kelimesinin ortak tanımına inanan kuram olarak eleştirmesine yönelik birçok itiraz geliştirilmiştir. Hart öncelikle insanların hukuk kelimesi üzerinde tartışma götürmez kriterleri paylaştığını hiçbir zaman ileri sürmediğini belirtmiştir. Hukuk sistemlerini tanıma kuralına dayandırmasının kuramını tanımsal bir kuram yapmayacağını, hukuk kelimesinin kullanımıyla ilgili dilsel kurallar belirtmediğini söylemiştir. Tanıma kuralının konvansiyonel geçerlilik testleri içermesi hukuk kelimesinin anlamı üzerinde bir konvansiyon olduğunu söylememektedir.<sup>57</sup> Hart'ın hukuk kavramını analizi Oxford geleneğinin sunduğu semantik yaklaşımın takipçisidir. Hart kavramsal analizi uygularken bir kavramı birlikte anıldığı diğer kavramlarla birlikte analiz eder. Bu yöntem geleneksel tanım yönteminden farklıdır. Hukuku bir nesneyi tanımlar gibi tanımlamak ona göre mümkün değildir. Şahin Ceylan'ın Hart'ı ele alırken belirttiği gibi hukuk kavramları şeylere, kişilere doğrudan işaret etmezler çünkü bu kavramların somut dünyada bir karşılığı yoktur. Bu sebeple Bentham'ı izleyen Hart kelimelerin hukuk sistemi kapsamında kullanıldığında sergiledikleri işleve bakmaktadır. Kavramı ele alırken kavramın yer aldığı anlamlı cümlelerde kullanılma bağlamlarını dikkate alarak hukuku tanımlamak yerine betimlemektedir.<sup>58</sup>

Hart Dworkin'in pozitivizme atfettiği hukuk kelimesini ortak kriterler üzerinden açıklayan bir kuram olma durumunu kabul etmemektedir. Hart *Concept Of Law* eserinde ne bu kitabında ne de başka bir yerde tanımlayıcı bir teori ele aldığını belirtmiştir. Teorisinin, yerel bir hukuk sisteminin içerdiği ve mahkemelerin hukuku belirlerken kullandığı tanıma kuralını geliştirdiğini söylemiştir. Bütün hukuk sistemlerinde hukuk kelimesinin anlamını içeren bir tanıma kuralından ise bahsetmemektedir. Hart pozitivizmi, genel karmaşık bir sosyal fenomenin ayırt edici

<sup>57</sup> ENDICOTT, s. 167.

<sup>58</sup> ŞAHİN CEYLAN, Şule: H.L.A Hart'ın Hukuk Kavramı, İstanbul 2014, s. 8-18.

özelliklerinin betimlenmesi olarak karakterize eder. Kuramı tanımlayıcı değildir.<sup>59</sup>

Hukuki pozitivism, genel olarak, hukuk kavramının analizi yoluyla hukukun mahiyetini açığa çıkarmanın peşindedir. Raz'ın belirttiği gibi Hart'ın kuramında kavramın açıklanması ile kavramı olunan şeyin, hukuk örneğinde bir sosyal kurum olarak hukukun, mahiyetinin açıklanması aynı şeydir. Kuram, hukuk/yasa kelimelerinin anlamı ile hukuk kavramının birbirinden farklı olduğunu göstermekle öne çıkmaktadır.<sup>60</sup> Buna rağmen pozitivism kelimenin analizi ile ilgili olduğu kabul edilse bile Dworkin'in hukuki pozitivism'e atfettiği semantik yaklaşım fazla basittir. Kelimelerin belli anlamları üzerinde ortaklaştığımız ve bunların bizim için bariz olduğu iddiasının yanlış olduğu, gündelik konuşmalarımızdaki zayıf bilgimize ve kelimelerin farklı anlamlara gelişine bakılırsa zaten açıktır.<sup>61</sup> Pozitivism bunu böyle düşündüğünü varsaymamız halinde dahi Dworkin'in eleştirilerinin geçerli olmayacağı sorunlar vardır. Örneğin, Ludeña'nın belirttiği gibi pozitivism hukuk kelimesine ilişkin kriterler getirirse ve bu kriterler yetkililer tarafından bir şeyi hukuk olarak değerlendirirken kullanılsa bile belli bir hukuk sisteminde hukukun dayanaklarını kelimenin anlamının neden belirlemesi gerektiği açık değildir. Yani "hukuk" kelimesinin ne anlama geldiğinde hemfikir olmamız bir hukuk sisteminde hukukun dayanaklarının ne olduğu konusunda hemfikir olmamızı gerektirmez. Bunun tersi durumların ortaya çıkması da çok muhtemeldir.<sup>62</sup> Farklı hukuk sistemlerinde yaşayan kişiler hukuk kavramının anlamı konusunda hemfikir olabilir ancak bu kendi hukuk sistemlerindeki geçerli hukuku hangi kriterlerle belirledikleri konusunda aynı şeyi söyledikleri sonucuna ulaşmayı gerektirmez.<sup>63</sup>

Semantik iğne argümanının başarısızlığını gösteren bir diğer durum kavramların kullanımında insanların hataya düşebilecekleri olgusudur. Dworkin'in iğnesi Raz'ın deyimiyle "yaptıkları izahlarla kişinin,

<sup>59</sup> HIMMA, Ambiguously Stung, s. 158.

<sup>60</sup> RAZ, Joseph (Çeviren: Keskin, Oğuzhan Bekir): Bir Hukuk Teorisi Olabilir mi, Golding, Martin/ Edmunson, William/ Uzun, Ertuğrul (Editörler), Hukuk Felsefesi ve Teorisi Rehberi, İstanbul 2021, s. 561-562.

<sup>61</sup> RAMÍREZ-LUDEÑA, Lorena: "Legal disagreements", Revus, Sayı 28, 2016, s. 14.

<sup>62</sup> LUDEÑA, s. 15.

<sup>63</sup> LUDEÑA, s. 16.; SMITH, Theoretical Disagreement and the Semantic Sting, s. 652.

terimlerin doğru kullanımına ilişkin kuralların ihdas ettiği kriterler hakkında ihtilaf içinde olabileceğini inkâr edenlere batacaktır".<sup>64</sup> Hukuk kavramına kriterci açıklamalar getirdiği ve konvansiyonu gerekli gördüğü için eleştirdiği hukuki pozitivizm ise kavramları kullanırken kriterler hakkında hataya düşülmeyeceği gibi bir görüşe bağlı değildir. Dworkin'in sunduğu teorik ihtilaflar doğru olsa bile hukuki pozitivizm insanların kavramları kullanırken kriterler konusunda hataya düşme ihtimalini dışlamayacağı için bu eleştiriye elverişli değildir.<sup>65</sup>

Dworkin'in saldırısının, hukuk tanımı verme iddiasına daha uygun görünen Austin için dahi geçerli olmayabileceği ileri sürülmüştür. Hart gibi Austin'in kuramının da asıl amacı kavramsal ve açıklayıcı bir kuram ortaya koymaktır. Austin'in hukuk tanımı verdiğini kabul etsek bile bunun neden Dworkin'in ileri sürdüğü gibi hukuk önermelerinin doğruluğunun zorunlu ve yeterli koşullarını sağlamak anlamına geleceği açık değildir. Ayrıca Bayles'in aktarımına göre Austin tüm kelimelerin zorunlu ve yeterli koşullarla tanımlanamayacağını düşünmektedir. Hart da hukuk kelimesinin kullanımı için zorunlu ve yeterli koşulları içeren anlam kuralları ortaya koymanın makul olmadığını söylemektedir.<sup>66</sup> Hart'ın çıkış noktalarından birinin Austin'in tanımlayıcı çabalarını yadsımak olduğu belirtilmiştir.<sup>67</sup> Hart "bir tanım olacak kadar kuşatıcı hiçbir şey tatminkâr bir cevap sunamaz" demektedir. Bu sebeple o açıkça tanımlarla değil kavramlarla ilgilenmektedir.<sup>68</sup> Hart teorisinde gündelik pratikleri ortaya çıkarmaya çalıştığını belirtir ve bu sebeple eserinin bir "betimsel sosyoloji" çalışması olarak görülebileceğini düşünür. Kavramların kendiliğinden sahip olduğu anlamlara ilişkin çalışma yararsızdır.<sup>69</sup>

Hart'ın hukuk felsefesinin dil felsefesinden etkilenen boyutunun Wittgenstein etkisinde olduğunu, bir kelimenin kullanımının kurallarla

<sup>64</sup> RAZ, *Hukukun Doğası*, s. 97.

<sup>65</sup> RAZ, *Hukukun Doğası*, s. 97.

<sup>66</sup> BAYLES, Michael (Çeviren: Dinç, Uğur): "Hukuk Felsefesi Neye Dairdir? Hukuk Kuramları, Tanımları, Kavramları ya da Kavrayışları Mı?", *İUHFM*, Cilt 72, Sayı 2, 2015, s. 400

<sup>67</sup> COTTERRELL, s. 144.

<sup>68</sup> BAYLES, s. 397.

<sup>69</sup> ÜYE, Saim: "Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 27, Sayı 114, 2014, s. 362.

sınırlı olmadığını ve kelimenin kullanım olanaklarının kurallarla sınırlanamayacağını söylemesinde görmek mümkündür.<sup>70</sup> Hart dilin gündelik kullanımına odaklanmak ve temellendirme girişimlerinden uzak durarak fiili kullanımı betimlemek taraftarıdır.<sup>71</sup> Tanıma kuralının amacı hukuk kelimesinin kullanımının doğruluğunun sınanabileceği bir kural anlamında bir hukuk tanımları vermek değildir. Tanıma kuralı hukuk kelimesinin tanımına yönelik değildir. Hukuk sistemlerini genel bir düzeyde açıklamak çabasıdır. Sisteme ve geçerli hukuka ilişkin kavramsal bir kuram geliştirmektedir.<sup>72</sup> Kavramsal kuramdan anlayacağımız ise kavramsal ilişkileri, farkları, kavramlar arası sınırları belirlemeye çalışan bir kuramdır.<sup>73</sup> Hart'ın hukuk kuramına taşıdığı gündelik dil felsefesi, kavramların sosyal pratikte anlam kazandığını, kavramın gerçekliğinin davranışlarını kelimeye atıfla yönlendiren insanların linguistik pratiğinde ortaya çıktığını belirtir. Bu doğrultuda Hart'ın kuramı kelimelerin kullanımını araştırmakla sosyal gerçekliği ortaya koymayı hedeflemektedir. Dolayısıyla bir kavramın analizi sosyolojik bir araştırmadır.<sup>74</sup> Linguistik felsefe burada kelimelerin tanımlarını yapmanın değil onları zaten var olan kullanımlarıyla açıklamanın peşindedir.<sup>75</sup> Zira ona göre hukukun mahiyetini kesin tanımlarla açıklamak mümkün değildir. Bu sebeple kavramların gündelik kullanımın betimlenişiyle açıklamak gerekir.<sup>76</sup> Hart hukuk kavramını tanımlamak ve başka kavramlarla ilişkisini kurmaktan ziyade gündelik dildeki kavramsal ayrımlardan ve pratikten hareketle kavramı açıklamak amacındadır.<sup>77</sup> Bix'in de belirttiği gibi hukuki pozitivistler sözlükbilimcilik yapmamaktadır. Başarısı tartışmalı olsa dahi pozitivizm

<sup>70</sup> ÜYE, s. 364.

<sup>71</sup> ÜYE, s. 365.

<sup>72</sup> BAYLES, s. 399.

<sup>73</sup> BAYLES, s. 394.

<sup>74</sup> COTTERRELL, s. 143; TÜRKBAĞ, Kanıtlanamayanı Kanıtlamak, s. 45.

<sup>75</sup> COTTERRELL, s. 141.

<sup>76</sup> TÜRKMEN BİRLİK, Pınar: "H.L.A. Hart'ın Hukuk Anlayışında Gündelik Dil Felsefesinin Etkileri", Beytulhikme Int J Phil, Cilt 11, Sayı 2, 2021, s. 789.

<sup>77</sup> COTTERRELL, s. 144.

belli bir kavram veya sosyal pratik hakkında bir şeyler söyleme çabasını elden bırakmamıştır.<sup>78</sup>

Hart'ın tanıma kuralının yukarıda gördüğümüz açıklamalarına göre ve kendi yanıtının teyit ettiği üzere bu kuramın bir kelimenin tanımını getirmek gibi bir çabası yoktur. Oysa Dworkin'in yukarıdaki örneklerine ve kıyaslamalarına baktığımızda uyumsuzluğu tam olarak kelimenin tanımı üzerinde bir uyumsuzluk olarak resmetmeye çalıştığını görmekteyiz. Dworkin sanatçıların fotoğrafın sanat olup olmadığı hakkındaki tartışmasını örnek verir. Bu tartışmada herkes kendi sanat tanımına göre konuştuğu için "sanat" kelimesinin anlamı problem haline gelmiştir. Yani tartışma "sanat nedir?" tartışmasıdır. Hukuk üzerine anlaşmazlıkları ve farklı hukuk teorilerini Dworkin, hukuk kelimesinin tanımı üzerine uyumsuzluklar olarak resmetmektedir. Hart'ın savunmasının geçerliliği kelimenin tanımlanması ile kavramın anlamının açıklanmasının birbirinden farklı eylemler olduğunun doğruluğuna bağlıdır. Raz'ın ifadesiyle hukuk kavramının açıklanması "hukukun bazı gerekli ve asli özelliklerinin ortaya koyulmasıdır".<sup>79</sup> Yine Raz'ın ifadesiyle Dworkin'in argümanı "hukuk kavramını hukuk felsefesinin yarattığını iddia eder, halbuki esasında hukuk felsefesi sadece kendinden bağımsız bir şekilde var olan kavramı açıklamaktadır".<sup>80</sup>

## B. Teorik Uyumsuzluk Argümanındaki Yanılgılar

Himma'ya göre Dworkin'in teorik uyumsuzluk yaklaşımındaki sorun onun iki ayrı iddiayı birleştirmesidir. Bu iddialar:

- a. Paylaşılan hukuki geçerlilik kriterlerince sağlanan hukukun dayanakları iddiası
- b. Paylaşılan uygulama kriterlerince sağlanan, hukuk kavramının doğru uygulanma koşulları<sup>81</sup>

<sup>78</sup> **BIX**, Brian (Çeviren: Çil, Yusuf Umur): Hukuki Pozitivizm, Golding, Martin/Edmuns-son, William/ Uzun, Ertuğrul (Editörler), Hukuk Felsefesi ve Teorisi Rehberi, İstanbul 2021, s. 42.

<sup>79</sup> **RAZ**, Hukukun Doğası, s. 80.

<sup>80</sup> **RAZ**, Hukukun Doğası, s. 122.

<sup>81</sup> **LEVENBOOK**, Barbara Baum: "Dworkin's Theoretical Disagreement Argument", Philosophy Compass, C. 10/1, 2015, s. 2.

Dworkin kendi kuramında hukuki pozitivistizmin aksine yalnızca geçerli hukukun ne olduğunu göstermeyi görev olarak kabul etmemiştir. Ona göre hukukun dayanakları hakkındaki uyuşmazlık “hukuk önermelerinin doğruluğunu sağlayan hukuk” nedir uyuşmazlığı olduğu için “hukuk” kelimesi üzerinde uyuşmazlıktır.<sup>82</sup> Buradaki tartışma farklı hedeflere sahip hukuk kuramlarının tartışmasıdır. Bayles’e göre hukuk felsefesinde tartışmaların bir kısmı, tarafların farklı türden hukuk kuramları peşinde olması ve bir türden kuramı başka türden bir kuramı gibi yargılaması sonucu ortaya çıkmaktadır. Dworkin ve Hart başka türden kuramlar önermektedir.<sup>83</sup> Hart’ın hukuk felsefesinden anladığı ve bu yöndeki teşebbüsü hukuk sistemlerinin hepsinin paylaştığı özellikleri betimlemektir, Dworkin ise hukuk felsefesini hüküm verme teorisi olarak görmektedir.<sup>84</sup>

Bu sebeple, Dworkin ve pozitivistler hukukun temelinden bahsederken hukuk bilimine yükledikleri farklı görevler dolayısıyla farklı temellerden bahsetmektedir. Hart’ın tanıma kuralı hukukun temelidir ancak yargıcın kullanacağı hukuk normunun ne olduğunu bilmesini sağlayan geçerlilik kriterlerini içermek anlamında bir temeldir. Dworkin ise hukukun temelinden ya da dayanaklarından bahsettiğinde “mahkemenin verdiği karar olarak hukukun” temellerinden bahsetmektedir. Dworkin kendi kuramının hukuk önermelerinin anlamı hakkında olduğunu belirtmektedir. Hukuk önermesinin anlamı ise onları kullananların ne kastettiği yani neye izin verildiği neyin yasaklandığı ve pratikte kararın ne söylediğidir. Zira Dworkin için yargılama hukuk pratiğinin en önemli elementidir.<sup>85</sup> Dworkin hukuki pozitivistizmi de böyle bir kuramı gibi yargılamaktadır. Onun gözünde hukuki pozitivistizm de kendi kuramı gibi hukuk önermelerinin anlamını aramaktadır. Sadece kelimelerin anlamı üzerinde konvansiyon olduğunu, kaynağa bakarak anlamın bulunacağını, lafzın yorumunda nadiren sıkıntı çıkacağını düşünmekte hatalıdır. Buradan yola çıkarak hukukun temelini, hukuk önermesini doğru

<sup>82</sup> HIMMA, *Ambigiously Stung*, s. 160.

<sup>83</sup> BAYLES, s. 393.

<sup>84</sup> RAZ, *Hukukun Doğası*, s. 110.

<sup>85</sup> ZDRAVKOVIC, s. 88.

kılacak şeyi kaynakta değil de inşai yorumda bulabileceğimizi iddia eder.<sup>86</sup> Semantik kuramların ileri sürdüğünün aksine kelimelerin paylaşılan anlam kurallarına dayanması şart değildir.

Verdiği örneği ele alırken de göreceğimiz üzere, o hukukun temellerinden bahsettiğinde kararın temellerinden bahsetmektedir. Yorumla ilgili tartışmalar bu sebeple “hukukun dayanakları” hakkında teorik bir uyumsuzluk teşkil eder görünmektedir.<sup>87</sup> Hukuki pozitivizm için kararın temeli geçerli hukuka bağlıdır. Yargıcın muhakemesi öncelikle bir geçerli hukuku tespit etmeye yönelecektir. Doğru kararlar için geçerlilik kriterinin uygulanarak geçerli hukukun doğru tespit edilmesi ön koşuldur. Bu sebeple geçerlilik kriteri doğru kararın dayanağıdır.<sup>88</sup> Hukukun temelleri, karar sonrasında oluşan hukukun da dolaylı olarak temeli olsa da pozitivizmin esas meselesi yorum öncesi, uygulama öncesi aşamadaki hukukun temeli olan geçerli hukuku göstermektir. Studnicki ve Dyrda'nın belirttiği gibi yorumun konusu geçerli hukuktur. Bu herhangi bir yorumun öncelikle geçerli hukuku belirlemek için bir yöntem varsayması gerektiği anlamına gelir. Yargıçlar hukuk sistemine ait olmayan kuralların yorumuyla ilgilenmemektedir.<sup>89</sup> Tanıma kuralı bir davaya uygulanacak geçerli hukuk kuralını belirleyebilse de davaya karar vermek için bu her zaman yeterli olmayacaktır. Patterson'un belirttiği üzere hukukçular, hukukun geçerli kaynaklarını tespit etmeye ek olarak, davaya karar verirken bu kaynakları nasıl yorumlayacaklarını da bilmelidir. Hart'ın pozitivizmi ise bu soruna eğilmemiştir.<sup>90</sup> Dworkin ise mahkemenin verdiği karara

<sup>86</sup> BAYLES, s. 401.

<sup>87</sup> DYRDA / GIZBERT-STUDNICKI, s. 69. Shapiro da teorik ihtilafı önemli bulmakla birlikte Dworkin'in bu itirazının yorum faaliyetiyle ilgili olduğunu düşünmektedir. Bkz. ARIKAN, s. 212-213.; Aynı yönde Raz Dworkin'in hukuk kavramının kullanımının doğruluk kurallarını ve “geçerli hukuk nedir?” sorusunu “dava nasıl karara bağlanmalı?” sorusuyla birleştirdiğini belirtmektedir. Bkz. RAZ, Hukukun Doğası, s. 109.

<sup>88</sup> SURLU, Aydan Ömür: H.L.A Hart'ta Tanıma Kuralı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 110.

<sup>89</sup> DYRDA / GIZBERT-STUDNICKI, s. 73.

<sup>90</sup> PATTERSON, Dennis: “Theoretical Disagreement, Legal Positivism, and Interpretation”, *Ratio Juris*, C. 31, S. 3, 2018, s. 271.; İspir Hart'ın “takdir” metninde yargılama ve hukuki akıl yürütmeye ilişkin bir taslak çizse de bunu daha sonra geliştirmedini belirtmektedir. Hart bu konulara yeterince eğilmediğini *Concept of Law*'un

odaklanırken tanıma kuralındaki geçerlilik kriterinin konvansiyonelliği sorununu, kendi deyimiyle hukukun dayanaklarını, kararın doğruluğuna ilişkin bir sorunmuş gibi ele almaktadır. Hukukun dayanakları hakkındaki uzlaşmayı karar düzeyine kadar genişletmekte ve kavramın kullanımının doğruluk koşulları hakkındaki bütün uzlaşmazlıkları teorik ad detmektedir. Düzey ayrımı yapmamaktadır.<sup>91</sup> Hukuk mahkemenin verdiği karardır, hukukun temelleri mahkemenin önermesini doğru kılacak önermedir yani yalın olgu tezine göre önceden kurumların vermiş olduğu kararlardır. Bu onun hukuki pozitivism karikatürü olarak görülebilir.

Bu karikatür içerisinde Dworkin kavramsal hukuki pozitivismi kararçı pozitivist (formalist) bir kuram gibi değerlendirmektedir.<sup>92</sup> Oysa Hart'ın kuramı yargı kararındaki yorum sorununu hukuki pozitivismin gündemine taşımamaktadır. Steven Walt eksiksiz bir hukuk kuramının hukuka bütünsel yaklaşırken hukuki geçerlilik kuramını ve neyin hukuk olduğunu gösterecek kriterleri sunmanın yanında yargısal gerekçelendirmeyi de gündeme alması gerektiğini belirtmiştir. Bu sonuncusu Hart'ın eksiklerinden biridir.<sup>93</sup> Hart açık metin teziyle hukuk kurallarının içeriklerinin ne anlama geldiğinin belirsiz olabileceğini kabul etmiştir. Birçok davada geçerlilik tartışmasını geçerli hukukun yorumlanması tartışması takip etmektedir. Çoğu zaman bir hukuk kuralının ne anlama geldiğini tespit etmek çok zor olabiliyorsa da onun geçerli hukuk olduğu tartışma götürmez. Spaak'ın da belirttiği üzere, hukuki pozitivismin sosyal

---

*Postscriptinde* kabul etmiştir. Bkz. İSPİR, Zeynep: "H.L.A Hart'ın "Takdir" Metni Üzerine Bir İnceleme", İNÜHFD, C. 11, S. 1, 2020, s. 239.

<sup>91</sup> RAZ, Hukukun Doğası, s. 104-105.

<sup>92</sup> Kavramsal pozitivism hukuk kavramını ahlaktan ayırma amacıyla öne çıkarken herhangi bir hüküm kurma yöntemi sunmaz. Hart'ın pozitivismi bu yönde salt kavramsalen ondan öncekilerin, örneğin Bentham'ın mahkeme kararlarıyla ilgili formalist bir tercih yapması onu kararçı pozitivist yapmaktadır. Bkz. SCHAUER, Frederick (Çeviren: Koçakgöl, Muhammet): Hart Öncesi Pozitivism, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 1, 2021, s. 112-114. Bir hukuk önermesinin doğruluğunun onun yasal kurumlarca öyle söylenmiş olmasına bağlı olduğu yönündeki iddiayı Dworkin başka çalışmalarında da pozitivism atfeder. Burada hukuki pozitivism yalın olgu ve lafzi yoruma bağlı biçimde resmedilmektedir. Bkz. DWORKIN, Ronald: "Law as interpretation", Texas Law Review, C.60, S.3, 1982, s. 528-529.

<sup>93</sup> ŞAHİN CEYLAN, s. 24.



kaynaklar tezinin kapsamının hukuki yorum sorununu içermemesi Dworkin'in teorik uyumsuzluk iddiasını çürütmektedir.<sup>94</sup>

Dworkin geçerli hukuk problemi ile yorum sorununu birbirinden ayırmamaktadır. Ona göre hukuk kuramının asıl görevi pratik hukuki tartışmalarda kararı gerekçelendirici bir rol oynamaktır. Oysa bir hukuk sistemindeki hukukun içeriğinin belirlenmesiyle, hukuk kavramının genel olarak açıklanması farklı girişimlerdir.<sup>95</sup> Yargılamada mahkeme hukuku yorumlarken hukuk kavramını yorumlamamaktadır. Belli bir hukuk düzenine ilişkin, belli bir davaya ilişkin, geçerli hukuk olduğu tespit edilen hukukun o davaya nasıl uygulanacağına ilişkin soruları yanıtlamak genel bir hukuk teorisinin işi değildir. Pozitivizm zor bir davanın nasıl çözüleceğine ilişkin öneri sunmaz. Hukuki pozitivizme göre hukukun geçerliliğine ilişkin sorular yoruma ilişkin sorulardan önce gelmektedir. X geçerli hukuk kuralıdır demek Dworkin'in ileri sürdüğü gibi doğrudan "X önermesi, Y önermesinin doğru olduğu anlamına gelir" demek değildir.<sup>96</sup>

Verilen örneklerde de ortaya çıkan uyumsuzluklar yorum aşamasında ortaya çıkmıştır. Elmer davasında anlaşmazlık hukukun kaynaklarına ilişkin düzeyde değil hukukun yorumuna ve içeriğine ilişkin düzeydedir. Örneğimizde tartışmalı olan hukuk önermesi "X, Y'nin vasiyeti gereği mirasa sahiptir" önermesidir. "Diğer türden önerme" bu önermeyi doğru yapan önermedir. Bu ikinci önerme "New York Vasiyet Kanununun literal ifade tarzı tek önemli olandır" önermesi ya da "hukukun temel prensipleriyle bağdaşmayan sonuçlar doğuran kanun göz ardı

<sup>94</sup> SPAAK, Torben, The Scope of Legal Positivism: Validity or Interpretation?, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3431970> (Erişim Tarihi: 1.10.2024), s. 2.

<sup>95</sup> RAZ, Hukukun Doğası, s. 110.

<sup>96</sup> DYRDA / GIZBERT-STUDNICKI, s. 71-74. Smith'e göre de Dworkin teorik uyumsuzluğun kapsamına hukukun kaynağını belirleyecek kritere ek olarak tespit edilen hukukun davada nasıl etki yaratacağı yönündeki tartışmaları da almaktadır; Buna göre teorik uyumsuzluk kapsamına giren dört konu vardır: Hukukun mevcut kaynakları nelerdir, bu mevcut kaynaklar hukukun içeriğini nasıl etkilemektedir, kaynakların neler olduğunu belirleyen nedir, hukukun içeriğini etkileyişi belirleyen nedir; SMITH, Theoretical Disagreement and the Semantic Sting, s. 641-642. Bu sayılan sorular bizim de teorik uyumsuzluğu anlama şeklimize uygundur. Hem geçerli hukuk sorununu hem de yorum sorununu kapsamaktadır.

edilmelidir” önermesidir.<sup>97</sup> Bu davada mahkeme literal yorumun getireceği absürt sonuçlardan kaçınmanın yollarını aramaktadır.<sup>98</sup> Dworkin *Riggs ve Palmer* davasını ele alırken yargıçların belli bir tür yargısal işlemin geçerli hukukla sonuçlanıp sonuçlanmayacağı hakkında tartışıklarını ifade etmiştir. Bu ise ona göre kararın ne zaman geçerli olacağı ve geçerlilik kriteri hakkında bir tartışmadır.<sup>99</sup> Belirsizlik içermeyen bir yasama kararını yargısal olarak common law ilkeleriyle kısıtlamak doğru bir yorum mudur? *Riggs ve Palmer* davasında çoğunluk görüşü New York Miras Kanunundan çıkarılan hükmün bu davada davanın özel koşullarından dolayı uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Davada çoğunluk görüşü kararını Amerikan hukukunun temel prensiplerine dayandırmaktadır. Bu temel prensiplerin kanun hükümlerinin üstünde olduğuna ve bu davada kanunun uygulanamayacağına karar vermişlerdir. Azınlık görüşü ise aksine kanunun hükmünün hukukun daha üst kaynağını oluşturduğunu belirtmektedir. Yasama hukukunun yargıçların yapımı hukukun üstünde bir hukuk kaynağı olması demokrasinin gereğidir. Önemli olan şudur ki ne azınlık görüşü ne de çoğunluk görüşü mahkemenin ya da yasamanın bağlayıcı hukuk oluşturma otoritesini sorgulamıştır.<sup>100</sup> Çoğunluk görüş olan temel prensipleri üstün sayma tercihi kanunun geçerlilik kriterlerini karşılamadığı, geçerli hukuk olmadığı anlamına gelmektedir.<sup>101</sup> İkinci gerekçe ise adil yorumlama ile ilgilidir. Yukarıda gördüğümüz üzere yargıçlar kanunun açık dilinden makul bir yasamanın bu sonucu hedeflemiş olamayacağı gerekçesiyle ayrılmaktadır. Geçerlilik kriteri üzerinde değil, doğru yorum ve doğru karar üzerinde tartışılmaktadır.<sup>102</sup> Ayrıca adil yorumlama ilkesinin geçerliliği üzerinde bir tartışma olduğunu var sayıyorsak dahi muhalif görüş adil yorumlama ilkesinin, yasamanın vasiyetin nasıl yapılacağını ve nasıl bozulacağını net olarak

<sup>97</sup> **DYRDA / GIZBERT-STUDNICKI**, s.70.

<sup>98</sup> **SPAAK**, s. 16.

<sup>99</sup> **HIMMA**, Ambiguously Stung, s. 175.

<sup>100</sup> **HIMMA**, Ambiguously Stung, s. 179.

<sup>101</sup> **DYRDA / GIZBERT-STUDNICKI**, s.75.

<sup>102</sup> **DARE**, Tim: “Disagreeing about Disagreement in Law: The Argument from Theoretical Disagreement”, *Philosophical Topics*, 2010, C. 38, S. 2, s. 9; Schauer’e göre de Dworkin’in bu davada pozitivizmi eleştirebilmesi onu mahkeme kararlarına ilişkin kararçı-formalist pozitivizm olarak değerlendirmesi sebebiyledir. Bkz. **SCHAUER**, s. 115.

belirlediği böyle bir durumda uygulanamayacağını belirtmiştir. Böyle bir ilkenin başka durumlarda uygulanabileceğini kabul etmiş olurlar ki o halde ilkenin geçerliliği hakkında bile tartışma olduğu sonucuna ulaşamayız. Çoğunluk ve muhalefet prensibin geçerliliği hakkında aynı görüştedir ancak davaya uygulanabilirliği konusunda tartışmaktadır.<sup>103</sup>

Tekrarlayacak olursak, Hart'a göre Dworkin'in teorik uyumsuzluk eleştirisi tanıma kuralının fonksiyonunun yanlış anlaşılmasına dayanmaktadır. Hart, Dworkin'in tanıma kuralının fonksiyonunu doğru bir kararın sağlaması gereken "bütün koşulları" içermek şeklinde varsaydığını ve bunun yanlış olduğunu, tanıma kuralının sadece kararların sağlaması gereken "genel koşulları" içerdiğini belirtir.<sup>104</sup> Kurala; davada ortaya çıkan sorunun kuralın getirdiği teste başvurarak çözüleceği, hukuki sonucu saptamayı sağlayacağı işlevini atfetmek yanlıştır. Kararların dayandığı kurallar tanıma kuralının getirdiği testleri geçmelidir. Bu testler sadece soy testi de olmak zorunda değildir ve hatta kuralın bu testleri geçip geçmediği hakkında da tartışma çıkabilir.<sup>105</sup>

Dworkin'in tanıma kuralına ilişkin görüşü ise tanıma kuralının konvansiyonel varlığının kabul edilebilmesi için yetkililerin tanıma kuralının içeriği hakkında da uzlaşmasını gerekli kılmaktadır. Tanıma kuralının içeriği hakkında ihtilaf ve belirsizlikler olabileceğinin kabul edilmesi Hart'ın kendi kuramının altını oymasıdır. Birçok durumda bu tanıma kuralının varlığını da şüpheli hale getirir. Eğer tanıma kuralı bir sosyal kurala içeriği hakkında da uzlaşma olması gereklidir.<sup>106</sup> Dworkin bir konvansiyonel kuralın neyi gösterdiği hakkında ihtilaf varsa konvansiyondan söz etmeyi mümkün görmemektedir.<sup>107</sup> Hart ve onu izleyen Coleman tanıma kuralında verilen olası ahlaki bir kriterin yorumlanmasında ve

<sup>103</sup> **HIMMA**, *Ambiguously Stung*, s. 176; **PATTERSON**, s. 268.

<sup>104</sup> **HART**, s. 258. Dworkin *Postscript*'e yazdığı cevapta tanıma kuralının varlığını kabul etmediğini ve Hart'ın cevabında tanıma kuralını bu şekilde savunarak *Concept of Law*'un bütününde olmayan zayıf bir açıklama yaptığını belirtir. Bkz. **DWORKIN**, Ronald: "Hart's Posthumous Reply", *Harvard Law Review*, C. 130, S. 8, 2017, s. 2118-2119.

<sup>105</sup> **HIMMA**, Kenneth Einar (Çeviren: Üye, Saim): *Hukukun Ahlaki Kriterleri: Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, Ankara 2010, s. 38; **UYGUR**, *Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?*, s. 164.

<sup>106</sup> **DWORKIN**, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 91-92.

<sup>107</sup> **HIMMA**, *Hukukun Ahlaki Kriterleri*, s. 40.

uygulanmasında anlaşmazlık çıkmasının böyle bir kriterin varlığı hakkında sorun çıkarmadığını dolayısıyla tanıma kuralının konvansiyonel varlığının tehdit altında olmadığını ileri sürmektedir.<sup>108</sup> Dworkin konvansiyonellik tezinde geçerlilik kriterlerinin apaçık olacağını düşünürken yanılmaktadır. Hart'ın dilin açık dokusuna ilişkin açıklamaları geçerlilik kriterinde de kaçınılmaz boşluklar olabileceğini söyleyebilir.<sup>109</sup> Tanıma kuralının içeriği ile ilgili olan öngörülebilecek bir uyumsuzluk bir normun bu standartları sağlayıp sağlamadığı ile ilgili de olabilir. Coleman'a göre yetkililerin farklı normları hukuki standart olarak teşhis etmesi ihtimal dahilindedir ancak bu aynı tanıma kuralını benimsemediklerini göstermez.<sup>110</sup> Hangi standartların tanıma kuralını oluşturduğunda konvansiyon vardır. Bu standartların ne anlama geldiği hakkında dilin açık yapısından gelen tartışmalar olabilir. Bir normun bu standartları karşılayıp karşılamadığında tartışma olabilir. Yani geçerlilik kriteri hakkında, tanıma kuralının içeriği hakkında yargıçlar hemfikirdir. Bu kriterin ne anlama geldiği, söz konusu normun bu standartları karşılayıp karşılamadığı konusunda sorunlar olabilir.<sup>111</sup> Dworkin ise ortaya çıkan uyumsuzlukların aslında konvansiyonun varlığını etkilemediği ve yorumla ya da geçerlilik kriterinin tekil olaya uygulanmasıyla ilgili olduğu yönündeki bu yanıtları absürt bulmuştur.<sup>112</sup>

Bu yanıtlara ve Hart'ın kuramına bakarak tanıma kuralının iki yönde savunulduğunu tespit etmek mümkündür. A) Tanıma kuralının içeriğinin yorumunda veya uygulanmasında anlaşmazlık olması konvansiyonu bozamaz. Bu tanıma kuralının olmadığını göstermez.<sup>113</sup> B) Tanıma kuralında konvansiyon olması geçerli bir hukuk normunun davaya uygulanırken nasıl yorumlanacağı konusunda konvansiyon olmasını gerektirmez. Yani tanıma kuralı doğru yorum kriterleri getirmez. Farklı yorum yaklaşımlarını farklı dayanaklar olarak görmek ve bu eleştiriyi

<sup>108</sup> SPAAK, s. 19.; SHAPIRO, s. 25.

<sup>109</sup> HIMMA, Ambiguously Stung, s. 170.

<sup>110</sup> HIMMA, Ambiguously Stung, s. 149.

<sup>111</sup> LEVENBOOK, s. 7.

<sup>112</sup> SPAAK, s. 19.

<sup>113</sup> SURLU, s. 104; DARE, s. 10.

pozitivizm için geçerli görmek, geçerlilik kriterinde kararı belirleyecek yorum yönteminin de içerildiğini varsaymaktır.

Dworkin'in ele aldığı davalarda tartışmaların geçerlilik kriterinin ne olduğu ile ilgili değil geçerli hukukun davaya nasıl uygulanabileceği ile ilgili olduğunu belirtmiştik. Buna rağmen Dworkin'in argümanının Hart'ın hukuki pozitivizminin temelinde yer alan tanıma kuralının konvansiyonel varlığını hedef alması ilgi çekicidir. Dworkin tartışmaların tanıma kuralının içeriği hakkında tartışmalar olduğunu gerçekten gösterebilseydi onu başarılı görmek mümkün olabilirdi. Gerçekten de yargıçların geçerli hukuku tespit etmede sıklıkla uyuşmazlık yaşadığını çünkü geçerlilik kriterlerini paylaşmadıklarını ortaya koymak hukuki pozitivizm için (en azından Hart versiyonu için) sarsıcı olacaktır. Böylesi bir eleştiri Hart'ın hukuki pozitivizminin teorik özünü çürütebilecektir. Bu ihtimali ele alan Himma argümanı yeniden düzenlemiştir:

1. *“Pozitivizm haklıysa, hukukun dayanakları hukuki geçerliliğin paylaşılan kriterlerince tüketilir.”*
2. *“Eğer hukukun dayanakları hukuki geçerliliğin paylaşılan kriterlerince tüketiliyorsa yetkililer arasında hukukun dayanakları hakkında derin uyuşmazlıklar çıkamaz.”*
3. *“Böyle uyuşmazlıklar Riggs davasında çıkmıştır.”*
4. *“Pozitivizm hatalıdır.”<sup>114</sup>*

Ancak Dworkin'in ele aldığı örnekler tanıma kuralının getirdiği geçerlilik kriterlerinin ne olduğu hakkında uyuşmazlık taşımamaktadır. Himma'ya göre Dworkin'in örnekleri elverişli değildir. Bir X önermesinin hukuki geçerliliğin paylaşılan kriterleri arasında olup olmadığına dair tartışma olduğu, bu tartışmanın tanıma kuralı konvansiyonunun tarafları olan hukuk sisteminin yetkilileri arasında olduğu gösterilmelidir. Ayrıca birkaç davada tanıma kuralına ilişkin konvansiyonun yokluğu ortaya koyulabilse dahi hukukun doğasında tanıma kuralının ve konvansiyonun olmadığını göstermek için Dworkin'in çok sayıda örnekle çıkagelmesi gerekmektedir. Bir yetkilinin, geçerliliğin ortak kriteri hakkındaki muhalefeti hukukun temelinin ortak geçerlilik kriterlerince açıklandığı iddiasını

<sup>114</sup> HIMMA, Ambiguously Stung, s. 165.

tahrif etmeye yeterli değildir. Hukuki pozitivizm sosyal konvansiyondan bahsettiğinde bunun koşulunun oy birliğinin sağlanması olduğunu ileri sürmemektedir.<sup>115</sup> Smith'in de belirttiği gibi geçerlilik kriteri hakkındaki uyuşmazlığın yaygın olması Hart'ın pozitivizmini terk etmek için sebep teşkil edecektir.<sup>116</sup> Dworkin'in örnekleri ise yetersizdir. Bir teorinin ele aldığı fenomeni açıklarken diğer teorilere kıyasla daha başarılı olması, fenomenin daha çok yönünü açıklaması onu tercih etmek için bir sebeptir. Teorinin fenomen hakkındaki bütün olguları açıklayamıyor oluşu ise onu terk etmek için bir sebep teşkil etmeyecektir. Bu sebeple minör problemler ortaya çıksa da bunlar hukuki pozitivizmi terk etmek için yeterli değildir.<sup>117</sup> Mevcut tartışmada ise bilhassa hukukun yorumu hakkında uyuşmazlıklar söz konusudur ve belirttiğimiz üzere yorum hakkında tartışma olması pozitivizmi tehdit eder nitelikte değildir.<sup>118</sup>

Özetleyecek olursak Dworkin konvansiyonel geçerlilik kriterini hukuk kelimesinin konvansiyonel tanımı olarak anlamaktadır. Ona göre pozitivistler hukuku yalın olgu olarak tanımlamaktadır. Paylaşılan bu tanım hukukun yalın olguya göre yorumlanmasını içermektedir.<sup>119</sup> Konvansiyonel tanıma kuralına, geçerlilik kriterlerine ek olarak, fazladan bir unsur yani uygulama kriterlerini (yorum kriterlerini) eklemektedir. Yorumda ortaya çıkan tartışmalara bakarak konvansiyon tezinin çürüdüğünü ileri sürmektedir. Hukukun geçerliliğini kararın doğruluğu ile birleştirmektedir. Oysa tanıma kuralı ne ortak tanıma sunma çabasıdır ne de kararın doğruluğunun bütün koşullarını taşımaktadır.

### III. İNŞAİ YORUMSAL KURAMA GEÇİŞ

Dworkin *Hukukun Hükümranlığında* hukukun kriterci semantik teorilerinin hukuktaki teorik uyuşmazlığı açıklayamadığını ileri sürmüştür. Bunun bilincinde olup yorumsal bir kuram geliştirmek gerektiğini ileri sürmüştür. Kriterci kuramlarla açıklanması başarısız olan hukuk

<sup>115</sup> HİMMA, *Ambigiously Stung*, s. 168.; SMITH, *Theoretical Disagreement and the Semantic Sting*, s. 654.

<sup>116</sup> SMITH, *Theoretical Disagreement and the Semantic Sting*, s. 656.

<sup>117</sup> LUDEÑA, s. 17; LEITER, s. 1239.

<sup>118</sup> LUDEÑA, s. 18.

<sup>119</sup> LEVENBOOK, s. 2.

yorumsal kuramlarla doğru bir şekilde açıklanacaktır.<sup>120</sup> Dworkin hukukun ne olduğunu belirlemek için paylaşılan kriterleri uygulamaktan ziyade hukuk pratiğini yorumladığımızı ileri sürmektedir. Dworkin yorum sürecinde de uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının mümkün olduğunu teslim etmiştir. Ancak kriterci semantik teorilerin varsaydığının aksine insanların hukuku belirleme kriterleri konusunda, hukuk kelimesinin anlamı konusunda uzlaşması gerekmemektedir. Kendi kuramıyla, böyle bir uzlaşma olmaksızın insanların aynı şey hakkında konuşabileceğini gösterdiğini ileri sürmektedir.<sup>121</sup>

Dworkin'e göre hukuk haklara ilişkin yorumsal bir faaliyettir. Geçmişte ortaya çıkan kuralların ilkeler ışığında yorumlanmasıyla hukuk ortaya çıkmaktadır. Haklar gelişmektedir. Hukukun gerçekleşmesi ilkeler ışığında gerçekleştirilen yorumlara dayanmaktadır. Bu sebeple yargıçların görevi büyüktür. Onlar hukukun geçmişteki bütünselliği içerisinde önlerindeki duruma ilişkin en iyi yorumu üretmekle görevlidirler. Her zaman doğru bir yanıt vardır. Bu doğru yanıt geçmişte ortaya çıkan hukukun içindedir. Yargıç verdiği kararlar bu gelişen hukuk öyküsüne yeni bir bölüm eklemektedir. Bu bölüm kitabın önceki bölümleriyle uyumlu yani hukuk sisteminin tarihindeki kararlarla uyumludur.<sup>122</sup> Dworkin bu şekilde ilerleyen hukukun içerisinde ahlaki ilkelerin, hakların geliştiğini belirtir. Dolayısıyla mahkemeler bunlara uygun yeni yorumlar getirdikleri için meşru bir iş de yapmış olurlar. Hukuk içerik bakımından da meşru olur. Vatandaşların hukuka uyması da meşruluğa dayanır. Ancak bu hukuk cennetinin gerçek olması için hakimlerin herkül olması gerekir. Herkül hukukun geçmişine hakimdir ve onu yoruma dayalı bütünlük olarak kavramıştır. Öykünün önceki bölümlerini çok iyi bilmekte ve haklara, adalete, ilkelere de dair olan bu bilgisiyle harika bir yeni bölüm eklemektedir. İnsanların hakları ve yükümlülükleri hakkındaki ilkeler, haklar kümesi içerisinde hukuk doktrininin en iyi inşai yorumunu bulmaya çalışır.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> LEITER, s. 1220. LEVENBOOK, s.3.

<sup>121</sup> SMITH, Dworkin's Theory of Law, s. 270.

<sup>122</sup> ARIKAN, s. 39.

<sup>123</sup> DWORKIN, Hukukun Hükümranlığı, s. 318-319.

Dworkin'in inşai yorumsal kuramının çıkış noktası olarak ileri sürdüğü semantik iğne eleştirisi ve teorik uyumsuzluk eleştirisinin pozitivizm tarafından karşılandığını söylemek mümkündür. Hukuk ve dil ilişkisi içerisinde Hart'ın kuramı hukuk kelimesinin ortak tanımlarına ilişkin değildir. Konvansiyon bununla ilişkili değildir. Kuram normatif bir kuram değil kavramın kullanımını betimleyici bir kuramdır. Ayrıca Dworkin tanıma kuralından çok şey beklemektedir. Bu beklentilerin haklılığını ise hukuki pozitivizm kabul etmemiştir. Peki bu Dworkin'in hukuku pratikte gelişen, yorumsal bir mesele olarak görmesini tamamen haksız mı kılmaktadır?

Gördüğümüz üzere Hart ve takipçilerinin savunması hukuki pozitivizmin kapsamına dayanmaktadır. Tanıma kuralı ortak geçerlilik kriterleri olduğunu söylemektedir. Ancak bu kriterin anlamı, bir normun bunu sağlayıp sağlamadığı ve davada geçerli hukukun nasıl yorumlanacağı ayrı bir konudur. Kanaatimizce pozitivizmin geri çekilen savunma çizgisi onun çok sınırlı bir kuram olmasına yol açmaktadır. O hukukun geçerliliğinin kuramıdır ama geçerli hukukun, hukuk sistemi içerisinde, sözcük olarak varlığını açıklamaktadır. Hukuki pozitivizmin Hart versiyonu kendisine yöneltilen eleştirileri püskürtmek konusunda başarılı olmuştur. Bu başarı ise kuramın verimsiz hale gelmesine yol açabilir. Bix'in pozitivizm hakkındaki şu değerlendirmesine katılıyoruz: *“Bütün karmaşık tavizleriyle, açıklamalarıyla, ilaveleriyle pozitivizm muharebeyi kazanabilir ama savaşı kaybetmesi de olasıdır. Teori bütün saldırıları püskürtebilir ancak tahkim edilmiş ürün, bazen ne tanınabilir durumdadır ne de güçlü.”*<sup>124</sup>

Dworkin ise hukukun yorumsal bir faaliyet olduğunu söylerken Gadamer'den de etkilenecek hermeneutik bir tutum takınmaktadır.<sup>125</sup>

<sup>124</sup> **BIX**, s. 38. Hukuki geçerlilik kriterinin uygulanmasında uyumsuzluk çıkmasının Hart'ın teorisini etkilemeyeceğini söyleyerek teorik uyumsuzluğun pozitivizmi tehdit etmediğini söylememiz, Dworkin'in teorik uyumsuzluk kapsamına aldığı bütün sorunların pozitivist bir çözümünün sunulduğu anlamına gelmemektedir. Smith'in de belirttiği üzere Hart ve Leiter gibi yazarlar da kendilerini eleştiriye karşı savunurken tartışmaların varlığını yadsımakla yetinmediği için pozitivist teori dönüşmüştür. Bkz. **SMITH**, *Theoretical Disagreement and the Semantic Sting*, s. 659.

<sup>125</sup> **TÜRKMEN BİRLİK**, Pınar: “Dil Felsefesinden Hukuk Felsefesine Açılan Bir Kapı: Gadamer'den Dworkin'e Hermeneutik Yöntem”, *Temaşa Felsefe Dergisi*, Sayı 15, 2021, s. 101.



Dworkin gerçek hukukun, hukuk metninin söylediği olacağını bunun ise pratikte ortaya çıkacağını savunmaktadır.<sup>126</sup> Hukuk uygulanmasında yorumlanmadan önce sözcelerin norm olması yani hukukun yorum olmadan bilinmesi mümkün değildir.<sup>127</sup> Yorumdan önce ya da yorumdan bağımsız bir metnin varlığından söz edilemez. Çünkü yorumlanmadan önce metin neye hakkınız olduğunu söyleyemeyecektir. Toplumun hukukunu anlamak için yorum oyununa dahil olmak gerekmektedir.<sup>128</sup> Edebi metinler gibi hukuk metinleri de içeriğini yorumla kazanır.<sup>129</sup> Bu sebeple Dworkin hukukçulara edebiyattaki ve diğer sanat dallarındaki yorum tartışmalarını takip etmelerini önermektedir. Dworkin hukuk hakkında da edebiyat hakkında da eseri en iyi sanat eseri haline getirecek yorumu tercih etmektedir. Şüphesiz ki Dworkin her yorumun doğru yorum olduğu gibi radikal bir tez ileri sürmemektedir.<sup>130</sup> O tek doğru yanıtın varlığını ileri sürmüştür. Edebiyat metinleri ve hukuk metinleri için en doğru yorumun teorisini ortaya koymaya çalışmaktadır. Bu tez birçok eleştiriye uğramışsa da tartışma mevcut çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Geçerli hukuk derken pozitivistler salt pozitif hukukun varlığını açıklarken Dworkin yorum ve varlık konularını ayırmamaktadır. Normun varlığı yoruma bağlıdır.<sup>131</sup> Hukuki pozitivizmin dar kapsamlı bir teori olduğunu anlamak bakımından Dworkin önemli bir isimdir. Teorik uyumsuzluk argümanından yola çıkan Patterson da Hart'ın pozitivizminin yorum

<sup>126</sup> TÜRKBAĞ, Kanıtlanamayanı Kanıtlamak, s. 129.

<sup>127</sup> UYGUR, Objektiflik, s. 40.

<sup>128</sup> METİN, Sevtap: "Ronald Dworkin'in Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İÜHFİM, Cilt LXL, Sayı (1-2), s. 39.

<sup>129</sup> METİN, s. 40.

<sup>130</sup> DWORKIN, Law as Interpretation, s. 530-531.

<sup>131</sup> Geniş anlamda yorum ve dar anlamda yorum kategorizasyonu içinde bu yaklaşımın geniş anlamda yoruma denk düştüğünü söylemek mümkündür. Geniş anlamda yorum yaklaşımı bakımından dilsel formülasyon yorumlanmadan önce anlam içermektedir. Hart'ın yorumu ancak şüpheli, sınır durumlarda gerçekleşen bir faaliyet olarak görmesi ise onun yorumu dar anlamda kavradığını göstermektedir. Kategorizasyon için bkz. AKTAŞ, Sururi: "Hukukta Yorum Çabaları", EÜHFİM, C. 15, Sayı 3-4, s. 4.; Stravropoulos'a göre de Hart'ın yaklaşımında hukuk hakkındaki vasıflandırmaya ek olarak hukukun uygulanmasında da yerleşik pratik belirleyicidir. Belirsizlik ve yorum böylesi genel uzlaşımın olmadığı durumlarda gündem olur. Bkz. STAVROPOULOS, Nicos (Çeviren: Acar, Ali): Objektiflik, Golding, Martin/Edmunsion, William/ Uzun, Ertuğrul (Editörler), Hukuk Felsefesi ve Teorisi Rehberi, İstanbul 2021, s. 552.

sorununa eğilmemesi sebebiyle eksik kaldığını düşünmektedir. Patterson Hartçı versiyonunda bulunmasa da hukuka pozitivist yaklaşımın eksiksiz bir türünün hem geçerli hukuk sorununu hem de geçerli hukukun yorumlanmasında geçerli yorum yöntemleri sorununu ele alması gerektiğini belirtmiştir.<sup>132</sup> Dolayısıyla Dworkin'in eleştirileri pozitivizmin eksikliklerini görmek ve onu geliştirmek bakımından faydalıdır.

Yine de burada fark etmemiz gereken bir diğer husus bu kuramların hukuk hakkında farklı hedefler içeren kuramlar olduklarıdır. Farklı türden kuramlar olduğu için farklı kapsamda tartışmalar yürütmektedirler. Dworkin ise hukuki pozitivismi de kendi kuramı gibi haklara ve kararlara ilişkin bir kurammış gibi değerlendirmektedir.

## SONUÇ

Dworkin *Hukukun Hükümranlığı* başlıklı eserinde hukuki pozitivismeye daha önceki eleştirilerinden farklı bir eleştiri getirmiştir. Bu eleştiriye göre semantik iğnenin zehrinin etkisi altındaki teoriler hukukta teorik uyuşmazlığı görmezden gelmektedir. Dworkin'e göre yargılama sürecinde hukuk hakkında çeşitli uyuşmazlıklar çıkmaktadır. Bunlardan birisi hukukun dayanaklarının ne olduğu hakkındaki uyuşmazlıktır. Hukukçular hukuk kavramını kullanırken sıklıkla farklı kriterlere ve farklı dayanaklara sahip olduğundan ayrı telden çalmaktadır. Semantik teoriler ise hukuk kavramının kriterci biçimde açıklanabileceğini, kavramın kullanımında hukukçuların konvansiyon halinde olduğunu ileri sürdüğü için bu durumları yok saymaktadır. Pozitivizmin dilbilimsel varsayımı bir kavramın kullanımında ortak kriterlere sahip olduğumuz ve hukuk kavramını da ortak kriterler üzerinden açıklayabileceğimizdir. Dworkin ise hukukun dayanakları hakkındaki uyuşmazlıkların böyle kriterlerimizin olmadığını gösterdiğini ileri sürerek hukuk kavramının kriterci biçimde değil yorumcu biçimde açıklanabileceği tezini ileri sürmektedir. Dworkin'in buradaki hedefi hukuki pozitivismin metodolojisini çürütmektir. Özel olarak hedef aldığı tezin ise Hart'ın konvansiyonel olduğunu ileri sürdüğü tanıma kuralı olduğu anlaşılmaktadır.

Hart'ın tanıma kuralını ve Dworkin'in *Hukukun Hükümranlığı* eserinde ileri sürülen argümanları ve bu argümanlara verilen yanıtları

<sup>132</sup> PATTERSON, s. 273.

incelediğimizde görüyoruz ki Hart'ın hukuki pozitivizmi tanımsal bir kuram değildir. Hukuk kelimesinin ortak tanımları olduğunu ileri sürmez. Hukuk kavramının ayırıcı yönlerini ortaya koymaya çalışır. Dworkin'in ileri sürdüğünün aksine hukuka tanım getirmek iddiasında değil kullanımı betimlemek iddiasındadır. Hukuki pozitivizm Hart versiyonunda hukukun uygulanmasından çok hukukun geçerliliğinin kuramıdır. Tanıma kuralı geçerli hukuku tespit etme kriterlerini içerir. Tanıma kuralı yaklaşımı geçerlilik kriterlerinin zorunlu olarak yalın olgu meselesi olduğunu ileri sürmemektedir. Tanıma kuralınca getirilen kriterler davanın sonunda ortaya çıkan kararın doğruluğunun bütün kriterlerini sağladığını iddia etmemektedir. Dworkin'in ileri sürdüğü davalarda ortaya çıkan uyuşmazlıklar hukukun yorumlanmasına ilişkindir. Geçerlilik kriterlerinin paylaşılması, paylaşılan bir yorum teorisi olduğu anlamına da gelmez. Yorum sorunu geçerli hukuk sorunundan ayrı bir sorundur. Geçerli hukukun doğru yorumlanması kavramsal hukuki pozitivizmin meselesi değildir. Hukuki pozitivizm yorumda belirsizlik ihtimalini kabul etmiştir. Dworkin hukuk kavramının kullanımının doğruluk kriterlerini, "geçerli hukuk nedir?" sorusunu ve "dava nasıl karara bağlanmalı?" sorusunu birleştirmektedir.

Dworkin'in sunduğu örnekler yargıçların hukuk kavramını kullanırken kavramın içini farklı biçimde doldurduğunu göstermek koşuluyla başarılı olabilirdi. Bununla birlikte konvansiyonun yokluğunu göstermek için çok daha fazla örnek sunması gerekirdi. Bir kavramın kullanımında hataya düşülebileceği ihtimalini pozitivizmin dışladığını gösterecek bir delil ise yoktur. Hukuk kavramına kriterci açıklamalar getiren ve kavramın kullanımında konvansiyon olduğunu ileri süren pozitivizm insanların kavramı kullanırken hata yapmadığı gibi bir varsayım içermez. Hukuk kavramını kullanırken ortak kriterlere sahip olan insanların bu kavramdan yola çıkarak hukukun dayanaklarının ortak bir anlayışına sahip olmaları zorunlu değildir. Hart örneğine bakarsak hukuk kavramından, hukukun birincil ve ikincil kuralların bir bütünü olduğu ve tanıma kuralı içerdiğini anlayabilmemiz tanıma kuralının ne olduğu hakkında uyuşmazlık yaşamamızı engellemeyecektir. Tanıma kuralının ne olduğu hakkında hemfikir olmamız bunun gelebileceği anlamlar konusunda belirsizlik olmayacağını garanti etmeyecektir. Hukuk hakkında ortak

kriterlerimizin olması mahkeme kararının ne olması gerektiği konusunda hemfikir olmamızı ise hiç de sağlamak zorunda değildir.

Dworkin hukuk biliminden kararın meşrulaştırılmasının ve yorumun teorisini beklemektedir. Kendi kuramı böyle bir kuramdır. Hukuki pozitivismi de böyle bir kuram olarak görmesi onun, hukuki pozitivismin hukukun doğasına dair kavramsal açıklamasının iddia etmediği şeyleri ona atfetmesine sebep olmuştur. Hukuki pozitivism eleştirisi başarılı olmasa bile Dworkin'e verilen yanıtlar pozitivismin kapsamı dar bir teori olduğunu göstermektedir. Dworkin'in teorisi, gerçek hukukun, yani metnin anlamının pratikte ortaya çıktığını belirterek ilgimizi bu yöne çekmek bakımından önemlidir. Hukuki pozitivismin ise Dworkinci manada "gerçek" hukuk yani geçerli hukuk metninin pratikte kazandığı anlamla ilgili kapsamlı bir gündemi yoktur.

**KAYNAKÇA**

- AKBAŞ**, Kasım: Ronald Dworkin; Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına, Uzun, Ertuğrul (Editör), Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İstanbul 2015.
- AKTAŞ**, Sururi: "Hukukta Yorum Çabaları", EÜHFD, C. 15, Sayı 3-4, s. 1-33.
- ARIKAN**, Engin: Sert Pozitivizm, 1. Baskı, İstanbul 2019
- BAYLES**, Michael (Çeviren: Dinç, Uğur): "Hukuk Felsefesi Neye Dairdir? Hukuk Kuramları, Tanımları, Kavramları ya da Kavrayışları Mı?", İUHFM, Cilt 72, Sayı 2, 2015, s.393-408.
- BIX**, Brian (Çeviren: Çil, Yusuf Umur): Hukuki Pozitivizm, Golding, Martin/ Edmunson, William/ Uzun, Ertuğrul (Editörler), Hukuk Felsefesi ve Teorisi Rehberi, İstanbul 2021.
- COTTERRELL**, Roger (Çeviren: Üye, Saim): Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, İstanbul 2018.
- DARE**, Tim: "Disagreeing about Disagreement in Law: The Argument from Theoretical Disagreement", Philosophical Topics, 2010, C. 38, S. 2, 1-15.
- DWORKIN**, Ronald (Çeviren: Uzun, Ertuğrul): Hukukun Hükümranlığı, İstanbul 2018 (Hukukun Hükümranlığı).
- DWORKIN**, Ronald (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi): Hakları Ciddiye Almak, Ankara 2007 (Hakları Ciddiye Almak).
- DWORKIN**, Ronald: "Law as interpretation", Texas Law Review, C.60, S.3, 1982, 527-550 (Law as Interpretation)
- DWORKIN**, Ronald: Justice In Robes, Cambridge Massachusetts 2006 (Justice In Robes).
- DWORKIN**, Ronald: "Hart's Posthumous Reply", Harvard Law Review, C. 130, S. 8, 2017, 2096-2130.
- DYRDA**, Adam / **GIZBERT-STUDNICKI**, Tomasz: Semantic Sting and Legal Argumentation, Araszkievicz, Michał (Editör), Argumentation, Brno 2011.
- ENDICOTT**, Timothy (Çeviren: Kararmaz, Furkan): "Hukuk ve Dil", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, s. 145-172.
- HART**, H.L.A: The Concept of Law, Oxford, 1994.

- HIMMA**, Kenneth Einar: "Ambigiously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured", *Legal Theory*, Cilt 8, Sayı 2, 2002, s. 145-183 (Ambigiously Stung)
- HIMMA**, Kenneth Einar (Çeviren: Üye, Saim): *Hukukun Ahlaki Kriterleri: Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, Ankara 2010 (Hukukun Ahlaki Kriterleri)
- İSPİR**, Zeynep: "H.L.A Hart'ın "Takdir" Metni Üzerine Bir İnceleme", *İNÜHFD*, C. 11, S. 1, 2020, s. 228-241.
- LEITER**, Brian: "Explaining Theoretical Disagreement", *The University of Chicago Law Review*, Sayı 76, 2009, s. 1215-1250.
- LEITER**, Brian / **LANGLINAIS**, Alex: "The Methodology of Legal Philosophy", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, S. 407, 2012.
- LEVENBOOK**, Barbara Baum: "Dworkin's Theoretical Disagreement Argument", *Philosophy Compass*, C. 10/1, 2015, s. 1-9.
- METİN**, Sevtap: "Ronald Dworkin'in Teorisinde Yorum Yaklaşımı", *İÜHFM*, Cilt: LXL, Sayı (1-2), s.35-83.
- PATTERSON**, Dennis: "Theoretical Disagreement, Legal Positivism, and Interpretation", *Ratio Juris*, C. 31, S. 3, 2018.
- RAMÍREZ-LUDEÑA**, Lorena: "Legal disagreements", *Revus*, Sayı 28, 2016, 11-32.
- RAZ**, Joseph (Çeviren: Keskin, Oğuzhan Bekir): *Bir Hukuk Teorisi Olabilir mi*, Golding, Martin/ Edmunson, William/ Uzun, Ertuğrul (Editörler), *Hukuk Felsefesi ve Teorisi Rehberi*, İstanbul 2021
- RAZ**, Joseph (Çeviren: Uzun, Ertuğrul): *Hukukun Doğası*, Ankara 2022 (Hukukun Doğası).
- SHAPIRO**, Scott: "Hart-Dworkin Debate", *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, S. 77, 2007.
- SCHAUER**, Frederick (Çeviren: Koçakgöl, Muhammet): *Hart Öncesi Pozitivizm*, *EBYÜ-HFD*, C. 25, S. 1, 2021, 101-128.
- SMITH**, Dale: "Dworkin's Theory of Law", *Philosophy Compass*, S. 2/2, 2007, s. 267-275.
- SMITH**, Dale: "Theoretical Disagreement and the Semantic Sting", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt. 30, S. 4, 2010, s. 635-661 (Theoretical Disagreement and the Semantic Sting).

- SPAACK**, Torben, The Scope of Legal Positivism: Validity or Interpretation?, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3431970> (Erişim Tarihi 1.10.2024).
- STAVROPOULOS**, Nicos (Çeviren: Acar, Ali): Objektiflik, Ali Acar (çev.), Golding, Martin/ Edmunson, William/ Uzun, Ertuğrul (Editörler), Hukuk Felsefesi ve Teorisi Rehberi, İstanbul 2021.
- SURLU**, Aydan Ömür: H.L.A Hart'ta Tanıma Kuralı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- ŞAHİN CEYLAN**, Şule: H.L.A Hart'ın Hukuk Kavramı, İstanbul 2014
- TROPER**, Michel (Çeviren: Ergüden, Işık): Hukuk Felsefesi, Ankara, 2019.
- TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi: Kanıtlanamayını Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı, 2. Baskı, İstanbul 2010 (Kanıtlanamayını Kanıtlamak).
- TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi: "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", Anayasa Yargısı, S. 28, 2011, s. 71-82 (Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları)
- TÜRKMEN BİRLİK**, Pınar: "H.L.A. Hart'ın Hukuk Anlayışında Gündelik Dil Felsefesinin Etkileri", Beytulhikme Int J Phil, Cilt 11, Sayı 2, 2021, s. 781-797.
- TÜRKMEN BİRLİK**, Pınar: "Dil Felsefesinden Hukuk Felsefesine Açılan Bir Kapı: Gadamer'den Dworkin'e Hermeneutik Yöntem", Temaşa Felsefe Dergisi, Sayı 15, 2021, s. 98-114.
- UYGUR**, Gülriz: "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 52, Sayı. 3, 2003, s. 145-175 (Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?)
- UYGUR**, Gülriz: Objektiflik, Hukuk ve Ronald Dworkin, Köker, Levent (Editör), Aydınlanma ve Hukuk- Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye'de Hukuk, İstanbul 2008, s.30-42 (Objektiflik).
- ÜYE**, Saim: "Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 27, Sayı 114, 2014, s.361-380.
- ZDRAVKOVIC**, Milos: "Theoretical Disagreement about Law", Annals of the Faculty of Law in Belgrade- International Edition, 2014, s. 87-102.

**WACKS**, Raymond (Çeviren: Ünver Şahin, Fatma Süzgün/ Ünver, Serdar): Hukuk Kuramını Anlamak, Ankara, 2016.



## MODERN YARGILAMA SÜREÇLERİ BAKIMINDAN HUKUK VE OYUN İLİŞKİSİNE BİR BAKIŞ\*

Dr. Ali SAĞLAM\*

### Öz

Johan Huizinga, Homo Ludens isimli çalışmasında oyun olgusunu antropolojik açıdan ele alarak uygarlığın kurucu bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Oyun siyaset, savaş, şiir, sanat ve felsefe gibi pek çok alanda kültür yaratıcı işlev üstlenmektedir. Hukuk, tarihte oyunsal niteliğin gözlemlendiği bir diğer kültür alanıdır. Huizinga'ya göre bu durum en açık biçimde yargılamalarda belirginleşir. Fakat modern dönemde gerçekleşen dönüşümler gündelik yaşamdaki oyun-sallığı sönmüldürerek, oyun ile oyun olmayan arasındaki farkı belirsizleştirmektedir. Çalışmamızda Huizinga'nın oyun ile hukuk arasında kurduğu ilişki-den hareketle, hukuka içkin oynunsallığı modern dönem bakımından ele almayı amaçlamaktayız. Böylelikle hukuk ve oyun ilişkisinin değişen görünümünü sorgulamanın günümüz yargılama süreçlerine olan bakış açımızı zenginleştireceği kanısındayız.

\* Bu makale 2 Ekim 2019 tarihinde IX. Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu'nda sunulan "Hukukun Oyuncakları mıyız? Huizinga'nın Görüşleri Çerçevesinde Modern Yargılama Süreçlerine Bir Bakış" başlıklı tebliğin genişletilmiş versiyonudur.

\* Öğretim Görevlisi. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Müşavirliği, Ankara, Türkiye ✉ Lecturer, Ankara Yıldırım Beyazıt University, Legal Consultancy Unit, Ankara, Türkiye.

✉ mirsad.gunday@gmail.com • ORCID 0000-0003-0466-5547.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: SAĞLAM, Ali: "Modern Yargılama Süreçleri Bakımından hukuk ve Oyun İlişkisine Bir Bakış", SÜHFD, C. 32, S. 34, 2024, s. 2895-2910.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

• Hukuk ve Oyun • Johan Huizinga • Homo Ludens • Yargılama Hukuku • Hukuk ve Antropoloji

## AN OVERVIEW OF THE INTERACTION BETWEEN LAW AND PLAY IN THE CONTEXT OF THE MODERN LEGAL PROCESS

### Abstract

In *Homo Ludens*, Johan Huizinga examines the phenomenon of play from an anthropological perspective. He considers it to be a fundamental element of civilization. Play shape culture in many areas, such as politics, war, poetry, art, and philosophy. Law is another cultural field in which playfulness can be observed in history. According to Huizinga, this can be observed most clearly in the judicial process. However, the distinction between play and non-play is blurred by the historical transformations experienced in modernity. Drawing on Huizinga's relationship between play and law, our study explores the playfulness inherent in law concerning the modern era. In this way, we believe that interrogating the changing appearance of the relationship between law and play will enrich our perspective on contemporary legal processes.

### Keywords

• Law and Play • Johan Huizinga • Homo Ludens • Procedural Law • Law and Anthropology

## GİRİŞ

Oyun, Platon'dan Nietzsche'ye kadar farklı düşünürlerin felsefelerinde ele aldığı bir konudur. Gündelik yaşamda çoğunlukla gayri ciddi bir faaliyet olarak değerlendirilmesine karşın, oyun olgusunun sahip olduğu çok boyutluluk ve anlamsal derinlik felsefede çeşitli bağlamlarda tartışılmasına yol açar. Hollandalı tarihçi Johan Huizinga (1872 – 1945) ise seleflerinden farklı olarak oyun olgusunu kültürel açıdan ele alan düşünür olmuştur.<sup>1</sup> Bu bakımdan (...) "*'oyunun' sosyal bilimlerde tartışılmasının ya da sosyal bilimlerin mantığınca düşünülmesinin en önemli ismi*"<sup>2</sup> olur. 1938 yılında yayımlanan ve Türkçeye *Home Ludens - Oyunun Toplumsal İşlevi*

<sup>1</sup> BATESON, Patrick/MARTIN, Paul (Çeviren: Kırgezen, Songül), *Oyun, Oyunbazlık, Yaratıcılık ve İnovasyon*, İstanbul 2014, s. 18.

<sup>2</sup> GÜNERİGÖK, Mustafa, "Oyun Sosyolojisi: Bir Kurumsallaşma Ağı Olarak Oyun", *Sosyoloji Divanı*, S. 17, 2021, s. 13.

Üzerine Bir Deneme başlığıyla çevrilen<sup>3</sup> kitabında “*insan uygarlığının, oyun olarak, oyunun içinde ortaya çıktığı ve geliştiğini (...)*” iddia etmektedir. Bu doğrultuda insan varlığını “Homo ludens” (oyun oynayan insan) olarak tanımlamak en az “Homo sapiens” ve “Homo faber” kadar önemli bir işleve işaret etmektedir.<sup>4</sup> Oyunun kültür yaratıcı işlevinin, savaş, şiir, felsefe ve sanat gibi birbirinden farklı alanlarda kendisini gösterdiğini çeşitli örneklerle açıklar. Hukuk da kadim dönemlerden beri oyunun belirgin biçimde gözlemlendiği bir başka kültür alanıdır. İnsanlığın kültürel gelişiminde oyun adeta maya işlevi görürken, hukuk “*toplumsal oyundan sıyrılarak*” şiir, müzik, dans vb. diğer pek çok kültürel olgu gibi “*oyun içinde ve oyun olarak serpilmiştir.*”<sup>5</sup> Öte taraftan Huizinga’ya göre modern çağ oyunun kültür hayatında üstlendiği işlev bakımından bir kırılmanın yaşandığı döneme karşılık gelir. Oyunun insanlık tarihindeki önemi ve işlevselliği artık giderek azalmaktadır. Kültür hayatındaki oyunsallık sönmülmekte ve modern insan atalarına nispetle daha az oynamaktadır.

Çalışmamızda Huizinga’nın düşüncelerini bütünüyle aktarmak yerine, oyun ve kültür arasında kurduğu ilişkiden hareketle modern döneme dair görüşlerini hukuk bağlamında ele almayı amaçlamaktayız. Modern yargılamalar özelinde hukuk alanı üzerindeki oyunsallığın izlerini sürmekte ve oyun ile hukuk arasındaki ilişkinin değişen görünümlelerini tartışmaktayız. Bu çerçevede çalışmamızın ilk kısmında Huizinga’nın görüşlerine genel hatlarıyla yer verilecektir. İkinci kısımda ise söz konusu görüşler düzleminde ve Huizinga’nın hukuk alanında oyunsallığın bir yarışma olarak davada en belirgin şekliyle ortaya çıktığı kabulünden hareketle modern yargılamalar bağlamında oyunsallık farklı açılardan ele alınacaktır.

## I. JOHAN HUIZINGA’NIN OYUN DÜŞÜNÇESİ

### A. Oyunun Niteliksel Çerçevesi

Çalışmamızın ilk kısmında öncelikle Huizinga’nın oyunun kültür üzerindeki etkilerini açıklayan görüşlerine yer vereceğiz. Bu doğrultuda oyuna atfettiği niteliksel çerçeve sunulacak akabinde hukuk alanına yönelik oyun ile kurduğu ilişki açıklanacaktır. Son olarak modern dönem

<sup>3</sup> HUIZINGA, Johan (Çeviren: Kılıçbay, Mehmet Ali), *Homo Ludens - Oyunun Toplumsal İşlevi Üzerine Bir Deneme*, 6. Basım, İstanbul 2017.

<sup>4</sup> HUIZINGA, s. 13-14.

<sup>5</sup> HUIZINGA, s. 232-233.

bakımından hukuk ile oyun arasındaki tespitler, çalışmamızın ikinci kısmında yürüteceğimiz tartışmanın zemini oluşturması bakımından ele alınacaktır.

Huizinga'ya göre oyun, antropolojik bir konu olmanın ötesinde hayvanlar arasında da gözlemlenen bir olgudur. Oyun oynayan hayvanın insana ihtiyaç duymaması<sup>6</sup>, oyunun kültürden önce geldiğinin göstergesidir. Düşünür daha da iddialı bir girişimde bulunarak, "*insan uygarlığının oyun kavramına hiçbir temel özellik katmadığını*" ifade eder.<sup>7</sup> Eğer oyun bu denli önemli ve geçmiş bakımından kültürden daha eski bir olgu ise onu bu ölçüde temel kılan işlevi ne olabilir? Çeşitli teoriler oyun olgusunu anlamlandırma amacıyla bu soruya yönelik farklı açıklama girişimlerinde bulunmuştur. İleri sürülen teorilerden bir takımı oyunu, "*yaşam enerjisi fazlalığından kurtulma*", "*doğuştan gelen bir taklit eğiliminin hükmü altında olma*", "*gevşeme ihtiyacını tatmin etme*", "*cidde faaliyetlere hazırlık antrenmanı yapma*", "*insanın nefesine hâkim olmasını sağlama*" benzeri biyolojik ihtiyaçlarla<sup>8</sup> ilişkilendirir. Söz konusu teoriler Huizinga'ya göre kısmi ve ikincil açıklamalardır. Yalnızca "*oyunun nedenlerini ve etkilerini*"<sup>9</sup> açıklığa kavuşturabilirler. Oyunu biyolojik bakışla inceleyen farklı görüşler canlıların neden zevkle ve heyecanla oynadıkları gibi hususları açıklayamamaktadır. Oysa "*oyunun asıl özü*" ancak bütünselliği dikkate alınarak değerlendirilebilir.<sup>10</sup>

Düşünür, söz konusu bütünsellik bağlamında oyun olgusunun sahip olduğu farklı nitelikleri aktarmaktadır. Ancak oyunun nitelikleri incelenirken dikkat edilmesi gereken husus oyunun aynı zamanda indirgenemez oluşudur. Örneğin oyun ile ciddiyet arasında bir tür zıtlık ilişkisinin bulunduğu düşünülür. Oysa oyun ciddiyetle icra edilir. Oyunun icra edilmişindeki ciddiyet bu düşüncenin aldatıcı olduğunu göstermektedir. Nitekim gülme ya da komiklik, gayri ciddi durumlarda ortaya çıkarken

<sup>6</sup> Bateson ve Martin oyunun memelilerde ve kuşlarda gözlemlendiğini ifade etmektedir. **BATESON/MARTIN**, s. 28.

<sup>7</sup> **HUIZINGA**, s. 17.

<sup>8</sup> Oyunun sağladığı bilişsel, duyuşsal ve psikomotor kazanımları ele alan çalışma için bkz. **BATAR**, Yusuf, "Oyunun Eğitsel Değeri", *Sosyoloji Divanı*, S. 17, 2021, s. 171 - 189.

<sup>9</sup> **ANCHOR**, Robert, "History and Play: Johan Huizinga and His Critics", *History and Theory*, C. 17, S. 1, 1978, s. 78.

<sup>10</sup> **HUIZINGA**, s. 18-20.

oyun oynayan canlılarda aksine ciddiye de gözlemlenir. Huizinga açısından “oyun hem ciddiye hem de ciddi-olmayanı”<sup>11</sup> içerir. Bu çerçevede indirgenemez doğasıyla oyun, esasında “bilgelik ile aptallık” ya da “doğru ile yanlış” gibi çeşitli karşıtlıkların kategorik olarak oldukça dışında konumlanmaktadır.<sup>12</sup>

Huizinga oyunun emre, ödeve ya da göreve bağlı olmayan “gönüllü bir eylem” olduğunu ifade etmektedir. Keyfe keder biçimde oynanan oyun, özgür ve serbest ortamda gelişirken adeta geçici bir dünya yaratmaktadır. Oyunun yarattığı dünya, gündelik hayatın tamamen dışında olmakla birlikte gündelik hayatın vazgeçilmez de bir tamamlayıcısıdır. Oyunun gündelik hayattan ayrılışı öncelikle sınırları belirli, yalıtık bir mekânda meydana gelişir. Bu açıdan, “Arena, oyun masası, sihirli çember, tapınak, sahne, perde, mahkeme; bunların hepsi biçim ve işlev açısından oyun alanlarıdır, yani tahsis edilmiş, ayrılmış, çevresine parmaklık çekilmiş, kutsallaştırılmış ve kendi sınırları içinde özel kurallara tabi kılınmış yerlerdir. Bunlar bildik dünyanın ortasında, belirli bir eylemin gerçekleştirilmesi amacıyla tasarlanmış geçici dünyalardır.”<sup>13</sup> Oyun, böylesi mekânlarda yakaladığı “ritim ve armoni” ile estetik açıdan insanları cezbeder. Oyunun bir diğer niteliği ise düzen içerisinde “mutlak olarak emredici ve tartışılmaz nitelikteki” kurallarla icra edilmesidir. Kurallar oyun için olmazsa olmazdır. Kuralsız bir oyun düşünülemez. Kurallara uymayan, onları ihlal eden mızıkçı oyunbozan, oyun evreni için bir tehdit teşkil eder. Bu nedenle derhal oyundan atılması gerekir.<sup>14</sup> Doğası gereği istikrarsız ve kırılğan olan oyunda, kuralların ihlaliyle büyü bozulur ve gündelik hayat tekrar kaldığı yerden devam eder.<sup>15</sup>

Huizinga, oyun olgusunun bütünselliğine vurgu yaparken oyunun farklı niteliklerine kitabının ilk bölümünde yer vermektedir. Bu çerçevede biçimsel açıdan oyunu, “Olağan hayatın dışında yer aldığı hissedilen, özgür ve ‘kurmaca’ ama yine de oyuncuyu tamamen içine çekme yeteneğine sahip bir eylem”<sup>16</sup> olarak tanımlamaktadır. Kavrama ilişkin sınırlandırmayı ise ki-

11 DURSUN, Yücel, *Oyunun Ontolojisi*, Ankara 2014, s. 147.

12 HUIZINGA, s. 23-25.

13 HUIZINGA, s. 26-29.

14 HUIZINGA, s. 30-31.

15 HUIZINGA, s. 43.

16 HUIZINGA, s. 33.

tabın ikinci bölümünde şu şekilde gerçekleştirir: “*Oyun, özgürce razı olunan ama tamamen emredici kurallara uygun olarak belirli zaman ve mekân sınırları içinde gerçekleştirilen, bizatihi bir amaca sahip olan, bir gerilim ve sevinç duygusu ile ‘alışılmış hayat’tan ‘başka türlü olmak’ bilincinin eşlik ettiği, iradi bir eylem veya faaliyettir.*”<sup>17</sup>

Düşünürün oyun ile kültür arasındaki ilişkiye yönelik görüşleri oldukça dikkat çekicidir. Huizinga’ya göre, “*Kültür oyun biçiminde doğar, kültür başlangıçtan itibaren oynanan bir şeydir.*” Söz konusu yaklaşım oyunu kültürel bir öge olarak görmenin ötesinde oyuna kurucu bir işlev atfetmektedir. Fakat kültür içindeki oyunsal unsur tarihsel süreçte zamanla silikleşir. Kültürel olguların ardına gizlenen oyunsallık ancak farklı unsurlar aracılığıyla keşfedilebilir. Bu bağlamda toplumsal formlarında oyunun, genel olarak kurallı eylemlerle karşılıklı olarak, zıtlaşmalı bir şekilde iki taraf arasında oynandığı söylenebilir. Bununla birlikte gerilim ve belirsizliğin beslediği oyunda başarı beklentisi de mevcuttur.<sup>18</sup> Oyunu kazanmak, maddi getiriden daha çok karşı tarafa üstünlüğün kurulmasıyla elde edilen itibara ya da onura karşılık gelmektedir. Böylelikle oyunun sonucunda kazanılan ödül farklı şekillerde ortaya çıkabilir.<sup>19</sup>

## B. Hukuk Alanında Oyunsallık

Huizinga, oyun olgusunu siyaset, savaş, şiir, sanat ve felsefe gibi pek çok alan bakımından ele alır. Kitabında bu bağlamda çeşitli örneklerle incelediği alanlardan birisi de hukuktur. Huizinga’ya göre hukuk çoğunlukla ciddiyetle özdeşleştirilmekte ve bu sebeple hukuk alanındaki oyunsal nitelik göz ardı edilmektedir. Oysa kutsallık veya ciddiyet oyunsallıkla bağdaşabilir. Kültürel olgular kutsal veya ciddiyet ile birlikte oyunsal niteliğe de sahip olabilir. Hukuk alanında oyunsallık, bir yarışma olarak davada en belirgin şekliyle gün yüzüne çıkmaktadır. Nitekim Yunanlılarda dava, “*(..) sabit kurallara tabi olan, belirgin biçimler altında cereyan eden ve iki rakibin bir hakemin kararına uydukları bir mücadele*” idi.<sup>20</sup> Düşünür, hukuk tarihinde oyunun niteliklerinin benzer örüntülerdeki adli uygulamalarda karşımıza çıktığını açıklar. Örneğin pek çok kültürde davaların görüldüğü mekânlar, sınırları oldukça belirgin biçimde gündelik hayatın

<sup>17</sup> HUIZINGA, s. 53.

<sup>18</sup> HUIZINGA, s. 74-76.

<sup>19</sup> HUIZINGA, s. 79-80.

<sup>20</sup> HUIZINGA, s. 112-113.

dışındadır. Bu kutsal ya da sihirli alanlarda yargıçlar, cübbe giyerek yahut peruka takarak gündelik dünyanın ötesine geçerler. Taktıkları perukalar yargıçları, maskelerle dans eden ilkel insanlar gibi adeta “başka bir varlığa” dönüştürmektedir.<sup>21</sup>

Yazar, eskil toplumlarda davanın “talih oyunu”, “yarış” ve “atışma” olmak üzere üç yönünün bulunduğunu ifade eder. Sıkı kural-lara çevrelenmiş oyunun bir kazananı ve bir kaybedeni olmakla birlikte; davanın neticesi, ahlaki veya hukuki açıdan “haklılık” durumunun öte-sinde talih unsuruyla ilişkili olabilmektedir. Bu bağlamda farklı eylem-lerle Tanrısal iradenin anlaşılmasına çalışılması yahut fala başvurulması dava sonucunun belirlenmesinde eski toplumlarda sık karşılaşılan olgu-lardandır.<sup>22</sup>

Atışma ya da sözlü çekişme olarak davalar arkaik dönemlerde ta-rafaların hakaret yarışmaları olarak da gerçekleşmekteydi. Huizinga bu durumu Eskimo kültüründen bir örnekle aktarır:

*“Bir Eskimo bir diğerinden şikayetçi olduğunda, onu bir davul veya şarkı yarışmasına davet ederek meydan okur (Trommesang, drum-match, drum-dance, song-contest). Kabile veya klan, bayrammış gibi toplanır, herkes en iyi elbiselerini giyer ve neşe içindedir. İki rakip, yanlarında davulları olduğu halde, karşılıklı olarak hakaret yüklü şarkılar söylemekte, bu şarkılarla birbirlerine karşı olan kötü duygularını aktarmaktadırlar (...) Oturumlara katılanlar, sonunda kimin galip geldiğine karar verirler. Bu kararlardan sonra, hasımların dost olduğu veya yenik düşmenin utancı yüzünden kaybeden ta-rafın kabileyi terk ettiği durumlar ortaya çıkar (...)”<sup>23</sup>*

Antik Yunan’da hitabetin kullanılarak ikna ve hile aracılığıyla da-vaların kazanılması yargılama süreçlerinin aynı zamanda birer yarışma olarak görüldüğünün kanıtıdır. Bu dönemde Sofistlerden hitabet eğitimi kalan kişiler haksız durumda olsalar dahi hitabet sanatının inceliklerini kullanarak tarafı oldukları davaları kazanabilmekteydiler.<sup>2425</sup> Öte taraftan

<sup>21</sup> HUIZINGA, s. 113-114.

<sup>22</sup> HUIZINGA, s. 115-117.

<sup>23</sup> HUIZINGA, s. 122-123. (Vurgular orjinalindedir).

<sup>24</sup> HUIZINGA, s. 125.

<sup>25</sup> Aristoteles, “Retorik”te hoş şeyleri açıklarken adli retorik’in oyunsallığından söz etmektedir: “Zafer hoş olduğuna göre, çoğunda bir kişinin galip geldiği bedensel ve zihinsel

eskil toplumlarda oyunsallığın dava süreçlerine koşut biçimde, evlilik ya da rehin gibi farklı hukuksal işlemlerde de görüldüğü belirtilmelidir. Kimi kültürlerde evlilik için eş seçme bir müsabaka neticesinde gerçekleşirken kimi kültürlerde rehin vaadi aynı zamanda rakibe meydan okumayı içermekteydi. Taraflar, haklıklarını ispat için karşı tarafa düello teklifiyle meydan okumaktaydı. Bu çerçevede İngiliz Hukukunda adli düello teklifi için kullanılan “wager of battle” terimi “çarşıma rehni” anlamına gelmekteydi.<sup>26</sup>

### C. Modern Dönemde Oyun ve Yargılama

18. yüzyılın sonlarında endüstri devrimiyle birlikte çalışma ve üretim toplumsal hayatta başat role yükselirken kültür içindeki oyunsallık ise zamanla sönümlenir. Rasyonalizm ve yararcılık akımları ile birlikte ekonomik faktörün elde ettiği değer, 19. yüzyılda kültürün adeta renklerini yitirerek “ciddileşmesine” ve oyunsallığın terk edilmesine yol açar. Bu bakımdan diğer yüzyıllarla kıyaslandığında, 19. yüzyıl kültüründe oyunun kendisine daha az yer bulduğu söylenebilir.<sup>27</sup> Peki 20. yüzyıl bakımından aynı durum geçerli midir? Toplumsal yaşantı içerisinde oyunun rolü 20. yüzyılda da azalmış mıdır?<sup>28</sup> Bu çerçevede birer oyun etkinliği olarak değerlendirilmeleri mümkün olan spor müsabakaları, dünya ölçeğinde yaygınlaşarak kitlesel düzeye ulaşır. Huizinga spor müsabakalarının oldukça eski dönemlerden beri toplumsal yaşantının bir parçası olduğunu ifade etmektedir. Fakat geçmişte spor, “fırsatlara bağlı bir eğlence” iken 19. yüzyılda örgütlü bir faaliyete dönüşür. Spor faaliyetlerinde artan ciddiyet kurallar aracılığıyla oyunu daha sistematik ve disiplinli bir etkinlik haline getirir. Profesyonelleşmeyle birlikte oyunun “kendiliğindenliği ve tasasızlığı” artık kaybolmaktadır.<sup>29</sup> Toplumsal yaşamda artan ciddiyet, yalnızca sporda değil özellikle uluslararası hukuk ve siyaset

---

*yarışmalar da hostur (...) yarışma olan yerde her zaman bir zafer vardır. Adli retorik ve polemik bu konularda deneyimli ve yetenekli hatiplerin hoşuna gitmesi bu yüzdendir.”*  
ARİSTOTELES (Çeviren: Çokona, Ari), Retorik, İstanbul 2019, s. 57.

<sup>26</sup> HUIZINGA, s. 120-121.

<sup>27</sup> HUIZINGA, s. 254-255.

<sup>28</sup> Bateson ve Martin, çocukların dahi geçen yüzyıllara nazaran daha az oynadığını ifade etmektedirler: “(...) Oyundan yoksun olmak önceki yüzyıllarda ya da günümüzde dünyanın yoksul bölgelerinde yaşayan çocuklar için kuşkusuz sıradan bir durumdur; ama refah düzeyi daha yüksek zamanlarda veya toplumlarda oyun fırsatlarının azalması kaygı vericidir.”, BATESON/MARTIN, s. 125.

<sup>29</sup> HUIZINGA, s. 258-261.



alanlarında da oyunsal faktörün geri plana itilmesine yol açmaktadır. Huizinga'ya göre kültürün köklerinde oyun bulunur. Bu doğrultuda kültür eğer bir saygınlık ve tarz içerisinde geliyecekse oyunsal içeriğini muhafaza etmelidir.

Huizinga, modern öncesi dönemlerde hukuk ve siyaset alanlarında oyunsallığın izlerini görmeyen mümkün olduğunu düşünmektedir. Pek çok alandakine benzer biçimde gündelik yaşantıdaki ciddileşme, hukuk ve siyaset alanlarında da oyunsal niteliğin azalmasına yol açmaktadır. Bu durum en çarpıcı şekilde uluslararası hukuk ve siyaset alanlarında karşımıza çıkar. Oyun evrenini kuralların kurduğunu ifade etmiştik. Benzer biçimde uluslararası hukuk ve siyaseti de *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesi ayakta tutmaktadır. "Zira bu ilke, bir hukuk sisteminin bütünlüğünün kurallarına uyma yönünde genel bir iradenin oluşmasına bağlı olduğu gerçeğini ifade eder."<sup>30</sup> Fakat günümüzde bu ilkenin ihlali, oyunbozanın oyun evreninin çökmesine neden olması gibi uluslararası hukuk düzeninin varlığını tehlikeye sokmaktadır. "Barbarlık ve kaos"un önlenmesi kurallara uyulmasına dolayısıyla oyun düşüncesinin korunmasına bağlıdır.<sup>31</sup> Huizinga'nın ifadesiyle:

*"Kültür, belli kurallara uyulması yönündeki karşılıklı bir anlaşmanın varlığı nedeniyle her zaman bir ölçüde oynanmış olacaktır. Gerçek uygarlık, her zaman ve bütün açılardan fair play'i talep etmektedir ve fair play de iyi niyetin oyunsal terimlere çevrilmiş halinden başka bir şey değildir. Oyunbozan, bizzat kültürü bozmaktadır. Uygarlığın oyunsal içeriğinin kültür yaratıcısı olması veya kültürü teşvik etmesi için, bu içeriğin saf olması gerekir. Aklın, insanlığın veya imanın koyduğu ölçülerin bozulmasına veya reddine ilişkin bir içerik söz konusu olmamalıdır."*<sup>32</sup>

Huizinga, modern dönem öncesinde oyunsal niteliğin davalarda belirgin bir şekilde ortaya çıktığını ifade eder ve bu bahse "Hukuk ve Oyun" başlığıyla kitabında müstakil bir bölüm ayırır. Fakat modern dönemde oyunun kültür üzerindeki belirleyici etkisinin sönümlendiğini ifade ederken yalnızca uluslararası hukuk özelinde açıklamalarda bulu-

<sup>30</sup> GÜRLER, Sercan, "Oyun ve Hukuk (Huizinga'da Oyun ve Kültürel Görünümleri)", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2016, s. 78.

<sup>31</sup> HUIZINGA, s. 275-277.

<sup>32</sup> HUIZINGA, s. 278. (Vurgular orijinalindedir).

nur. Modern dönem yargılamalarında oyunsal niteliğin azalıp azalmadığına yönelik kapsamlı değerlendirmelerde bulunmaz. Peki gerçekten de oyunun modern dönemle birlikte gündelik hayattaki işlevi azalmış mıdır? Ve bu işlev azaldıysa modern yargılama süreçleri açısından acaba hala oyunsallıktan söz etmek mümkün müdür? Çalışmamızın ilk kısmında konumuz bağlamında Huizinga'nın görüşlerine yer verildi. İkinci kısımda ise Huizinga'nın görüşlerinden hareketle modern dönem bakımından hukuk ile oyun arasındaki ilişkinin değişen görünümünü tartışacağız.

## II. MODERN YARGILAMALAR BAKIMINDAN OYUNSALLIK

Oyun ile oyun olmayan arasındaki ayrımın silikleştiği ve belirsizleştiği modern dönemde, hukuk alanı bakımından oyunsal niteliğin azalıp azalmadığına yönelik bir belirlemede bulunmak kolay görünmemektedir. Fakat yine de modern yargılama süreçleri özelinde oyun ve hukuk arasındaki ilişkiyi birkaç başlık altında ele almanın mümkün olduğu kanısındayız.

Huizinga'da oyun ve hukuk alanları arasındaki ilişkilendirme en açık biçimde yargılamalar özelinde belirginleşmektedir. Tartışmaya dayalı mücadele içermesi, mahkemelerin mekânsal açıdan ayrılmış ve sınırlandırılmış olması, hukuk profesyonellerini olağan hayatın dışına taşıyan cübbeleri, yargılamanın günümüzde de devam eden oyunsal özellikleri olarak görmek mümkündür. Nitekim günümüzde de yargılamalar, çoğunlukla iki tarafın hak ve menfaatlerini koruma mücadelesine sahne olmaktadır. Ve bu mücadeleler, gündelik yaşamda herhangi bir kamu dairesinde bir benzerinin bulunmadığı, nev-i şahsına münhasır mekânlarda gerçekleşmektedir.

Modern dönemde yargılamalar ve oyun arasında kurulan ilişkinin bir diğer taraftan, uzmanlık alanına dönüşen ve bağımsız bir disiplinin konusu olan usul kuralları aracılığıyla ele alınabileceği kanısındayız. Yargılamalar modern dönemde kapsamlı ve ayrıntılı şekilde düzenlenen kurallar çerçevesinde yürütülmektedir. Bu bakımdan kural olgusu tıpkı oyunda olduğu üzere yargılamaların da temelini oluşturmaktadır. Oyuna benzer biçimde yargılamaların da "kendisine özgü" kuralları olmaksızın yürütülmesi mümkün değildir. Böylelikle yargılamalar özelindeki oyunsallığı sorgulamak, yargılamaların kendine özgü kurallarını oluşturan yargılama hukukuna odaklanmamıza yol açmaktadır. Bu kapsamda hangi taleplerin hangi mahkemece ne şekilde dinleneceği gibi çeşitli yargılama hukuku kuralları, tarafların davalara ilişkin eylemlerini ya da

oyunsal ifadesiyle “hamlelerini” uyuşmazlıklar henüz ortaya çıkmadan önce düzenlemektedir.

Bu noktada “Usul esastan önce gelir” ya da “Usul esasa mukaddemdir” olarak da ifade edilen yargılama hukuku ilkesine dikkat çekmek gerekmektedir. Nitekim usulü, yargılama kuralını ya da bir anlamda oyun kuralını; esasa<sup>33</sup>, yani maddi gerçekliğe önceleyen söz konusu ilke; tıpkı oyunda olduğu gibi olağan hayatı bir anlamda arka plana itmekte ve kurallara ilişkin ciddiyeti ortaya çıkarmaktadır. Kurallar aracılığıyla sağlanan ciddiyet, yargılama süreçlerinde olağan hayatı kesintiye uğrattırırken, sıradan hayatın dışında yaratılan gerçekliğin, karşımıza “usuli gerçeklik” olarak çıktığı görülmektedir. Bu doğrultuda “Usul esasa mukaddemdir” ilkesi ile hukuka içkin oyunsallık arasında modern dönem bakımından bir bağ kurmak mümkün olabilir. Uygulamada söz konusu ilkenin tatbik edilmemesi ya da usul ve esas kuralları arasındaki belirsizliğin artması bu duruma paralel biçimde hukuk ve oyun arasındaki ilişkinin sınırlarını da belirsizleştirmektedir.

Oyun ve yargılama ilişkisinde karşımıza çıkan kural merkezliliğin doğurduğu önemli bir diğer sonuç kuralların kararlılığına duyulan ihtiyaçtır. Yazarlar Bateson ve Martin, “oyunun hem doğada hem de insan toplumunda yaratıcılığa ve dolayısıyla inovasyona olanak sağlayan önemli bir davranış biçimi olduğunu”<sup>34</sup> iddia etmektedirler. Yaratıcılık, “var olan davranış kalıplarının kırılması”, “birbirinden bütünüyle farklı görünen düşünceler, şeyler veya ifade biçimleri arasında yeni ilişkiler”<sup>35</sup> kurulması olarak kabul edildiğinde, oyunbaz davranış ve düşünce, benzer şekilde hukuksal sorunlara yönelik yeni yaklaşımlar ve çözümler sunabilir. Hukuksal muhakeme ve argümantasyon da oyunbazlığın ve dolayısıyla yaratıcılığın ön planda olduğu birer oyun alanı olarak değerlendirilebilir. Fakat oyunun, yaratıcılığa imkan sağlamasının ön koşulu, mevcut bir oyun evreni ve bu evrendeki oyuna ilişkin kuralların kararlılığı ile kuralların döngüsellik içerisinde tekrarlanabilmesidir. Kuralların stabil olmaması ve sürekli değişmesi ise bu evrenin her seferinde yeniden kurulması anlamını taşır. Pekcanitez, 2011 yılına kadar yaklaşık doksan yıllık sürede, Hukuk Usulü

<sup>33</sup> Usul ve esas normları arasında ayrımların ne şekilde gerçekleştirildiğine ilişkin çalışma için bkz. MALCAI, Ofer/LEVINE-SCHNUR, Ronit, "Which Came First, the Procedure or the Substance? Justificational Priority and the Substance-Procedure Distinction", Oxford Journal of Legal Studies, C. 34, S. 1, 2014, s. 4.

<sup>34</sup> BATESON/MARTIN, s. 11.

<sup>35</sup> BATESON/MARTIN, s. 62.

Muhakemeleri Kanununda otuz değişiklik yapılmasına karşın, 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanununda yalnızca altı yılda, on dört değişikliğin yapıldığını bildirmektedir. Böylelikle doksan yılda yapılan değişiklik sayısının neredeyse yarısı, yeni Kanunumuzda sadece altı yıl içerisinde gerçekleştirilmiştir. Benzer şekilde 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Federal Usul Kanununda ise muhtemel değişikliklerin 2018 yılından sonra tartışılacağı ifade edilmiştir.<sup>36</sup> Bu açıdan yargılama kurallarında gerçekleştirilen sık değişiklikleri, bir yönüyle hukukun oyunsallığını bozan durum olarak değerlendirmek mümkündür.

Modern yargılamalardaki oyunsal niteliğin ayrıca “oyunbozanlık” olgusu bakımından da irdelenebileceğini düşünmekteyiz. Oyun evrenini gözlemlememizi sağlayan önemli bir diğer olgunun “oyunbozanlık” olduğunu Huizinga’nın görüşlerini açıklarken ifade etmiştik. Oyunbozan, oyunun düzenine riayet etmediğinde zihinlerde yaratılan oyun gerçekliği yıkılmakta ve gündelik yaşam kaldığı yerden devam etmektedir. Oyun evreninin ontolojik anlamda sürdürülebilirliği oyuncuların oyunun düzenini sağlayan kurallara riayet etmesine güçlü bir biçimde bağlıdır. Bu durum aynı zamanda oyunun sürekliliğinin psikolojik bir süreç olduğunu da bizlere göstermektedir.

Mahkemeler nezdinde yürütülen yargılamalar, hukuk düzenine tabi olduğu varsayılan kişiler hakkındaki hukuki sorunları çözümlmeyi amaçlar. Sınırları daha önceden tayin edilmiş hukuk düzenine ait kurallara aykırılıklar, görevli ve yetkili mahkemeler tarafından karara bağlanır. Vergés, ceza yargılamaları bağlamında davanın işlevini “*bireyler ile toplumlar arasındaki çelişkileri çözmek*” olarak açıklamaktadır. Sanıklar bu açıdan toplumla uyumsuzluk içerisinde olan bireylerdir. Vergés, mahkemelerin işlevini yerine getirmesine rıza gösteren ya da en azından boyun eğen sanıkların davalarını “uyum davası” olarak isimlendirir. Uyum davalarında sanıklar her ne kadar toplumla bir uyumsuzluk içine girmiş olsa da yargılamayı meydana getiren düzenle uyum içerisinde oldukları. Uyum davalarının karşı tarafında ise var olan hukuk düzenini değiştirme amacıyla olan, verili düzeni kabul etmeyen ya da ona rıza göstermeyen sanıkların yargılandığı “kopuş davaları” yer alır. Sokrates, XVI. Louis ve Dimitrov’un yargılandıkları davaların birer kopuş davası olduğunu ifade

<sup>36</sup> PEKCANITEZ, Hakan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 30, S. 133, 2017, s. 211-212.

eden Vergés, bu davalarda sanıkların düzeni reddetmesinin hukuk mekanizmasını dağıttığını öne sürmektedir.<sup>37</sup>

Pek çok açıdan oyun ve yargılama arasında kurulan ilişkinin, oyunbozanlık olgusu bağlamında kopuş savunmaları aracılığıyla da kurulabileceği düşüncesindeyiz. Oyun içerisindeki oyuncu, kurallara uygun hareket etmediğinde ve onlara aykırı davrandığında “oyunbozan” olarak tanımlanmaktadır. Bu açıdan bir oyunbozanın ortaya çıkması oyun olgusunun bizatihi varlığına işaret eder. Oyunbozan davranışlar oyunu sona erdirerek oyun evrenini ortadan kaldırırken diğer kişiler açısından oyun akışı içerisinde bulunulduğunun farkındalığı oluşur. Sokrates’in mevcut düzenin içerisinde kalmayı reddeden, düzeni değiştirme ve dönüştürme iddiasını içeren kopuş savunması, bu yönüyle bir oyun olarak yargılama içerisinde, oyunbozanlık yaparak oyunun yani yargılamanın akışını bozma, zihinsel gerçekliği değiştirme amacını gütmektedir.

Hukuk ve oyun alanları arasındaki dikkat çekici bir diğer kesişim noktası ise hukuk eğitiminde uygulanan yaratıcı drama çalışmalarıdır. “*Oyun süreçlerindeki ve yaşam durumlarındaki dramatik an’ların uzmanlarca, grup içi etkileşim süreçleri içinde yaratılması*”<sup>38</sup> olarak ifade edilen yaratıcı drama çalışmaları, pek çok eğitim alanının yanı sıra hukukta da geleneksel eğitim metotlarının alternatifi olarak karşımıza çıkmaktadır. Öğretici merkezli klasik eğitim yöntemlerinin aksine hukuk öğrencisi, yaratıcı drama eğitimlerinde eleştirel düşünme ve empati yeteneklerini geliştirirken diğer taraftan uygulamanın içerisine girme imkanı bularak doğaçlamalar aracılığıyla aktif bir rol üstlenmektedir. Yaratıcı drama çalışmaları, hukuk pratiğine temas etme fırsatını “oyun” vasıtasıyla sunmaktadır. Kayhan, Huizinga’nın tasvir ettiği biçimde oyunun hukuka içkin olduğunu, yargılamaların geçmişten bugüne oyun karakterine sahip olduğunu dolayısıyla yine bir oyun olan yaratıcı dramanın hukuk eğitiminde zenginleştirici bir yöntem olduğunu düşünmektedir.<sup>39</sup>

Modern dönemde oyun ve yargılama olguları arasındaki benzerlikler üzerine son bir tartışmanın “oyuncu” kavramı çerçevesinde yürütüle-

<sup>37</sup> VERGÉS, Jacques (Çeviren: Kanetti, Vivet), Savunma Saldırıyor, 5. Basım, İstanbul 2014, s. 13-15.

<sup>38</sup> SAN, İnci, "Eğitimde Yaratıcı Drama", Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, 2017, s. 574.

<sup>39</sup> KAYHAN, Fahrettin, "Hukuk Eğitimi ve Uygulamasında Yaratıcı Drama", Yaratıcı Drama Dergisi, C. 1, S. 2, 2017, s. 47-56.

bileceği kanısındayız. Oyun ve yargılama arasında kurulan ilişki neticesinde, kendilerini olağan hayatın dışına taşıyan cübbeleriyle hukuk profesyonellerini oyunun öznesi yani oyuncu pozisyonunda değerlendirmek mümkündür. Nitekim yargılama içerisinde birer profesyonel olarak mesleklerini icra eden hukukçular söz, tutum ve eylemleriyle davanın neticesine etki edecek düzeyde yargılama sürecine müdahil olabilmektedirler. Peki bu durumda hukuk profesyoneli olmayan fakat davanın tarafı olan “kişiler” hangi pozisyonda konumlanmaktadır? Hak ve menfaatleri doğrudan etkilenen kişiler olmaları yönüyle onlar da birer özne olarak değerlendirilebilir mi? Yoksa teknik hukuk bilgisine sahip olmamaları<sup>40</sup> sebebiyle yargılama sürecine yeterli ölçüde etki edememeleri yargılamaların oyunsallığında onları nesneleştirmekte midir? Yargılamaların nesnesine dönüşen bireylerin, hukukta oyunsallığın nesnesi oldukları düşünülebilir mi? İnsanın, “Tanrı’nın bir oyuncağı olarak tasarlandığını” ifade eden Platon’un<sup>41</sup> gördüğü biçimde bireyler; oyunsallığı için hukukun birer oyuncağı olabilir mi? Bu soruları cevaplamak güçtür. Fakat yargılamalar özelinde oyun ve hukuk arasında kurulan ilişki, cevaplanması zor bu tarz soruları zorunlu olarak gündemimize taşımaktadır.

## SONUÇ

Johan Huizinga, oyunun kültür üzerinde üstlendiği kurucu işlevi birbirinden farklı disiplinlerden tarihsel veriler sunarak açıklamaktadır. Kültürün canlılığını koruması ve sürdürmesinin söz konusu kurucu işleve bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Modern dönemde artan ciddiyet ise kültürel yaşamda oyun ile oyun olmayan arasındaki sınırları belirsizleştirmekte; oyunun gündelik yaşamlarımızdaki rolünü azalmaktadır. Huizinga’nın sunduğu antropolojik veriler günümüzle kıyaslandığında, oyunun kültür üzerindeki yaratıcı işlevinin hukuk alanı bakımından da etkisini yitirdiği gözlemlenmektedir. Modern dönemde artan rasyonelleşme, bilhassa yargılamaları bürokratik ve standart bir prosedüre indirgemektedir.

Oyundan uzaklaşan modern insan kültürel yaşamdaki oyunsal karakterin farkına artık varamamaktadır.<sup>43</sup> Oysa oyun ile oyun olmayan arasındaki sınırlar belirsizleşse de gündelik yaşamdaki pek çok kültürel olgu

<sup>40</sup> GÜRLER, s. 80.

<sup>41</sup> PLATON (Çeviren: Şentuna, Candan/Babür, Saffet), Yasalar, İstanbul 2012, s. 280.

<sup>42</sup> HUIZINGA, s. 279.

<sup>43</sup> GÜRLER, s. 73.

kökeninde oyunsal izler taşımaktadır. Aynı durumun yargılamalar özelinde hukuk alanı bakımından da geçerli olduğunu ifade edebiliriz. Çalışmamızda, Huizinga'nın sunduğu perspektiften modern yargılamaları farklı bakış açılarıyla ele almaya çalıştık. Her iki alanın da sahip olduğu ortak yapısal özellikler farklı örüntüleri yakalama fırsatını bizlere sunmaktadır. Söz konusu örüntüleri fark etmek ise günümüz yargılama süreçlerine olan bakış açımızı zenginleştirmektedir. Bu kapsamda modern dönem öncesi kadar belirgin olmasa da oyun ve hukuk alanları arasındaki ilişkinin farklı görünüşler altında günümüzde de varlığını sürdürdüğünü söylemek mümkün görünmektedir.

## KAYNAKÇA

- ANCHOR**, Robert, "History and Play: Johan Huizinga and His Critics", *History and Theory*, C. 17, S. 1, 1978, s. 63–93.
- ARİSTOTELES** (Çeviren: Çokana, Ari): *Retorik*, 2. Baskı, Ankara 2015.
- BATAR**, Yusuf: "Oyunun Eğitsel Değeri", *Sosyoloji Divanı*, S. 17, 2021, s. 171–189.
- BATESON**, Patrick/**MARTIN**, Paul (Çeviren: Kırgan, Songül): *Oyun, Oyunbazlık, Yaratıcılık ve İnovasyon*, İstanbul 2014.
- DURSUN**, Yücel: *Oyunun Ontolojisi*, Ankara 2014.
- GÜNERİGÖK**, Mustafa: "Oyun Sosyolojisi: Bir Kurumsallaşma Ağı Olarak Oyun", *Sosyoloji Divanı*, S. 17, 2021, s. 11–27.
- GÜRLER**, Sercan: "Oyun ve Hukuk (Huizinga'da Oyun ve Kültürel Görünümleri)", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2016, s. 51–81.
- HUIZINGA**, Johan (Çeviren: Kılıçbay, Mehmet Ali): *Home Ludens - Oyunun Toplumsal İşlevi Üzerine Bir Deneme*, 6. Basım, İstanbul 2017.
- KAYHAN**, Fahrettin: "Hukuk Eğitimi ve Uygulamasında Yaratıcı Drama", *Yaratıcı Drama Dergisi*, C. 1, S. 2, 2006, s. 47–56.
- MALCAI**, Ofer/**LEVINE-SCHNUR**, Ronit: "Which Came First, the Procedure or the Substance? Justificational Priority and the Substance-Procedure Distinction", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 34, S. 1, 2014, s. 1–19.
- PEKCANITEZ**, Hakan: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 30, S. 133, 2017, s. 211–260.
- PLATON** (Çeviren: Şentuna, Candan/Babür, Saffet): *Yasalar*, İstanbul 2012.
- SAN**, İnci: "Eğitimde Yaratıcı Drama", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 2, 1990, s. 573–582.
- VERGÉS**, Jacques (Çeviren: Kanetti, Vivet), *Savunma Saldırıyor*, 5. Basım, İstanbul 2014.



## SONDAJ GEMİSİNDE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN İŞ GÜVENCESİ

### (Sondaj Gemisinde Çalışan İşçinin İşe İade Davasına İlişkin Bölge Adliye Mahkemesi Tarafından Verilen Kararın Değerlendirilmesi)

Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK\*

#### Öz

Çalışmamıza konu olan yargı kararlarında, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'na (TPAO'ya) ait sondaj gemilerinde çalışan işçinin gemi adamı olduğu ve Deniz İş Kanunu kapsamında bulunduğundan iş güvencesinden yararlanmayacağına hükmedilmiştir. Deniz, deniz taşıma işi, gemi ve gemi adamı kavramları ile taraflar arasındaki alt işveren ilişkisi değerlendirdiğinde, sondaj işçisinin gemi adamı olmadığı tespit edilmiştir. Deniz İş Kanunu md.48 hükmünde yapılan atf dikkate alındığında, gemi adamları, İş Kanunu'nun avantajlı hükümlerinden yararlanma hakkına sahiptir. Sonuç itibarıyla, ister gemi adamı vasfına ve yeterliliğine sahip olduğu için Deniz İş Kanunu kapsamında kabul edilsin, ister İş Kanunu kapsamında olsun, yasal koşulları taşıyan sondaj işçisi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.

\* Prof. Dr., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD, Tekirdağ, Türkiye | Prof. Dr., Tekirdağ Namık Kemal University, Faculty of Law, Department of Private Law, Labor and Social Security Law Department, Tekirdağ, Türkiye.

✉ mnbeduk@nku.edu.tr • ORCID 0000 0001 8239 4485

✎ **Atf Şekli** | Cite As: BEDÜK, Mehmet Nusret : "Sondaj Gemisinde Çalışan İşçilerin İş Güvencesi (Sondaj Gemisinde Çalışan İşçinin İşe İade Davasına İlişkin Bölge Adliye Mahkemesi Tarafından Verilen Kararın Değerlendirilmesi)", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s.2911-2948.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

- Sondaj Gemisi • Sondaj İşçisi • Gemi Adamı • İş Güvencesi • İşe İade Davası
- Deniz İş Kanunu

## JOB SECURITY OF EMPLOYEES EMPLOYED ON DRILLING VESSELS

### (Legal Assessment of the Regional Court of Appeal's Decision Concerning the Reinstatement Lawsuit of Employee Employed on a Drilling Vessel)

## Abstract

In the judicial decisions subject to our study, it has been ruled that the employee working on the drilling vessels of Turkish Petroleum Corporation (TPAO) is a seafarer and will not benefit from job security since he is in the scope of the Maritime Labour Law. When the concepts of sea, sea transport works, vessel and seafarer and the subcontractor relationship between the parties are assessed, it is determined that the drilling employee is not a seafarer. Considering the reference made in Article 48 of the Maritime Labour Law, seafarers are entitled to benefit from the advantaged provisions of the Labour Law. As a result, whether he is accepted within the scope of the Maritime Labour Law because he has the qualifications and competence of a seafarer or within the scope of the Labour Law, the drilling employee who meets the legal conditions will be able to benefit from the job security provisions.

## Keywords

- Drilling Vessel • Drilling Worker • Seafarer • Job Security • Reinstatement Lawsuit • Maritime Labour Law

## GİRİŞ

Deniz ticareti, gemi işletmeciliği, liman yönetimi, lojistik ve taşıma gibi birçok alanda istihdam sağlayan büyük bir sektördür. Deniz taşımacılığı alanında yaklaşık 1.2 milyon işçi çalışmaktadır. Deniz taşımacılığında en önemli görev ise gemide çalışan işçilere düşmektedir. Deniz iş

hukukunda bu kimselere gemi adamı<sup>1</sup> denilmektedir<sup>2</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu<sup>3</sup>'na göre bu Kanun, 4. maddede belirtilen istisnalar dışında, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan tüm işçiler ile bunların işverenleri hakkında uygulanmaktadır. Madde hükmüne göre deniz taşıma işleri, İş Kanunu'nun uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bu işler, 854 sayılı Deniz İş Kanunu<sup>4</sup>; Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen hallerde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>5</sup> hükümlerine tabidir<sup>6</sup>. Deniz İş Kanunu ise, *denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı gres-tonilatoluk gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanmaktadır* (DİK.md.1).

İş Kanunu ve Deniz Kanunu'nun kişi ve yer bakımından uygulama alanı değerlendirildiğinde; gemide çalışan sondaj işçisine hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı ve bu işçinin gemi adamı sayılıp sayılmayacağı uygulamada tartışma konusu olmuştur. Tartışmanın temel sebebi, Deniz İş Kanunu'na tabi olan bir işçinin, İş Kanunu hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı sorunudur. Tartışmaya neden olan asıl konu ise gemide sondaj işinde çalışan işçinin iş güvencesine sahip olup olmadığına ilişkindir.

İş güvencesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 vd. maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. İşveren Kanunda öngörülen koşulları sağlayan işçinin iş sözleşmesini ancak kanunda öngörüldüğü şekilde geçerli bir sebebe dayanmak suretiyle feshedebilir. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih

<sup>1</sup> Bu kavram deniz iş mevzuatında "gemiadamı" (seafarers) olarak bitişik yazıldığı halde, yazım kuralına uygun olarak hazırlanan TDK sözlüğünde "gemi adamı" şeklinde tanımlanmıştır (bkz. <https://sozluk.gov.tr/>). Onedenle "gemi adamı" kelimesinin ayrı olarak yazılmasının daha isabetli olacağı düşünülmüştür.

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **BEDÜK** Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012; **KAR** Bektaş, İçtihatları ve Mevzuatları ile Deniz İş Hukuku, Ankara 2011.

<sup>3</sup> RG., 10.06.2003, S.25134. Bundan sonra 4857 sayılı İş Kanunu, kısaca İş Kanunu olarak ifade edilecektir.

<sup>4</sup> RG., 29.04.1967, S.12586. Bundan sonra 854 sayılı Deniz İş Kanunu, kısaca Deniz İş Kanunu olarak ifade edilecektir.

<sup>5</sup> RG., 04.02.2011, S.27836.

<sup>6</sup> Bkz., **SÜZEK** Sarper/**BAŞTERZİ** Süleyman, İş Hukuku, Ankara 2024, s.43, 61; **ÇELİK** Nuri/**CANIKLIOĞLU** Nurşen/**CANBOLAT** Talat/**ÖZKARACA** Ercüment, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2023, s.16-18; **MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi/**ASTARLI** Muhittin/**BAYSAL** Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2022, s.59-63.

bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebebe dayanmadığı iddiasında ise işe iade davası açma hakkına sahiptir<sup>7</sup>.

İş güvencesi hükümleri, İş Kanunu'na tabi çalışan ve yasal koşulları sağlayan işçilere uygulanmaktadır. Bununla birlikte İş Kanunu'nda yapılan atıf üzerine 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu)<sup>8</sup> çalışanlarına da iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı tanınmıştır. Buna karşın; Kanunda böyle bir yasal düzenleme bulunmadığı için, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamamaktadırlar<sup>9</sup>.

Aşağıda incelenecek olan emsal yargı kararlarında görüleceği üzere, sözleşmesi feshedilen sondaj gemisinde çalışan işçinin gemi adamı olmadığı ve iş güvencesinden yararlanma hakkının bulunduğu iddiasıyla işe iade davası açtığı halde; dava aleyhinde sonuçlanmıştır. Bu emsal açılan işe iade davalarında İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemeleri sondaj işçilerinin gemi adamı oldukları ve Deniz İş Kanunu'na tabi bulduklarından bahisle iş güvencelerinin bulunmadığına

<sup>7</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., **KILIÇOĞLU** Mustafa/**ŞENOCAK** Kemal, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s.135 vd.; **MANAV** Eda, İş Hukukunda Geçersiz Feshin ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s.32 vd.; **DEMİR** Fevzi, "İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları" Legal İHSGHD., 19/2008, s.887 vd.; **SÜZEK/BAŞTERZİ**, s.583 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.1001 vd.; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.510 vd.; **SÜMER** Haluk Hadi, İş Hukuku, Ankara 2024, s.106 vd.; Aynı yazar, İş Hukuku Uygulamaları (Uygulamalar), Ankara 2024, s.321, 323 vd.; **AKYİĞİT** Ercan, İş Hukuku, Ankara 2022, s.304 vd.; **UŞAN** M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2024, s.159 vd.

<sup>8</sup> RG. 20.06.1952, S.8140.

<sup>9</sup> **SÜZEK/BAŞTERZİ**, s.583; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s.510; Yargıtay, Deniz İş Kanunu kapsamında çalışanların iş güvencesi bulunmadığı için açılan işe iade davalarının reddine karar vermektedir. Hâlbuki bu durum, 158 sayılı ILO Sözleşmesine uygun değildir. Yapılacak yasal değişiklikle bu eksikliğin giderilmesi gerektiği kanısındayız (**BEDÜK**, s.43); bkz. Yarg.9.HD. 06.06.2005, E.2005/12948, K.2005/20465; Yarg.9.HD. 23.12.2010, E.2009/43946, K.2010/39462, **KAR**, s.167-168.

hükmetmiştir<sup>10</sup>. Bu çalışmamızda kesinleşmiş emsal bir yargı kararı<sup>11</sup> ele alınarak gemide çalışan sondaj işçilerinin gemi adamı olup olmadıkları ve İş Kanunu'nda öngörülen iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacakları ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

## I. İLK DERECE MAHKEMESİ VE BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI

### 1) İlk Derece Mahkemesi Kararı

İncelemeye konu olan Ankara 29. İş Mahkemesi'nin 15.09.2022 tarih ve 2021/1277 Esas ve 2022/539 Karar sayılı gerekçeli kararında özetle: Davacı işçinin davalı Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'na (TPAO'ya) ait Türk bayraklı Fatih Sondaj Gemisinde, diğer davalı GOE Petrol Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi (GOE Petrol Şirketi)'nin sigortalısı olarak; en son belirsiz süreli iş sözleşmesiyle sondaj işçisi olarak, çalıştığı ve davacının gemi adamı olduğu, gemi adamı yeterlik belgesi bulunduğu, ibraz edilen belgelerden çalıştığı geminin Deniz İş Kanunu'na tabi olduğunun anlaşıldığı, işe iade davasının İş Kanunu'nda tanımlanan bir dava türü olup, Deniz İş Kanunu'na tabi olan çalışanların işe iade davası açmalarının mümkün olmadığı, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda işe iade davası tanımlanmadığından ve davacının bu Kanun kapsamında gemi adamı olduğundan iş güvencesinden yararlanamayacağı gerekçesiyle (Adana BAM 7. Hukuk Dairesi'nin 2020/2685 Esas ve 2021/623 Karar sayılı karar ile 8. Hukuk Dairesi'nin 2019/4276 Esas ve 2020/372 Karar sayılı emsal kararlarında belirtildiği üzere) açılan işe iade davasının reddine karar verilmiştir.

<sup>10</sup> Ankara 29. İş Mahkemesi, 15.09.2022, E.2021/1276, K.2022/538; Ankara BAM 6. HD., 25.05.2023, E.2022/5294, K.2023/2015; Ankara 29. İş Mahkemesi, 15.09.2022, E.2021/1277, K.2022/539; Ankara BAM 6. HD., 25.05.2023, E.2022/5295, K.2023/2016; Ankara 9. İş Mahkemesi, 04.10.2023, E.2022/630, K.2023/423; Ankara BAM 6. HD., 25.05.2023, E.2022/5294, K.2023/2015; Benzer karar için bkz. Adana BAM 11. HD., 15.12.2021, E.2020/3775, K.2021/2482 (Özel Arşiv).

<sup>11</sup> Ankara 29. İş Mahkemesi, 15.09.2022, E.2021/1277, K.2022/539; Ankara BAM 6. HD., 25.05.2023, E.2022/5295, K.2023/2016 (Özel Arşiv).

## 2) Bölge Adliye Mahkemesi Kararı

Ankara 29. İş Mahkemesi'nin 15.09.2022 tarih ve 2021/1277 Esas ve 2022/539 Karar sayılı kararına karşı davacı tarafça istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. Söz konusu uyuşmazlığa ilişkin Ankara BAM 6. HD., 25.05.2023, E.2022/5295, K.2023/2016 sayılı gerekçeli kararında özetle: Taraflar arasında davacının İş Kanunu'na tabi olup olmadığı, iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli nedenle feshedilip edilmediği ile davacının ücreti konularında uyuşmazlık bulunduğu, somut uyuşmazlıkta davacının davalı TPAO'ya ait Fatih ve Kanuni isimli gemilerde sondaj işçisi olarak çalıştığı, gemi adamı yeterlilik belgesi aldığı, tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, davacının gemi adamı olduğu, davalı kuruma ait Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında sayılan bir gemide çalıştığı, Deniz İş Kanunu kapsamında çalışması nedeniyle iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına ilişkin İlk Derece Mahkemesi kabulünün yerinde olduğu değerlendirilerek, açıklanan nedenlerle mahkeme kararında usul ve yasaya aykırılık olmadığı gerekçesiyle davacının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

## II. UYUŞMAZLIK KONUSU VE DEĞERLENDİRİLECEK HUSUSLAR

Somut uyuşmazlıktaki tartışma konusu, sondaj gemisinde çalışan işçilerin gemi adamı olup olmadıkları ve bu işçilerin iş güvencesinden yararlanıp yararlanamayacaklarına ilişkindir. Uyuşmazlık konusu olayda özetle davacı işçi TPAO'nun asıl işveren olduğu petrol ve gaz arama faaliyetinde bulunan Fatih Sondaj Gemisinde, alt işveren GOE Petrol Şirketinin sondaj işçisi olarak aralıksız çalıştığını, iş sözleşmesinin GOE Petrol Şirketi tarafından haklı ve geçerli bir nedene dayanmaksızın bildirimsiz feshedildiğini ileri sürmüş, buna istinaden işe iade (ve alacak) talebinde bulunmuştur.

Çalışmamızda amaçlanan TPAO'ya ait sondaj gemilerinde çalışan işçilerin gördükleri iş ve taraflar arasındaki iş ilişkisi dikkate alınarak sorununu açıklığa kavuşturmadır. Şu hâlde sondaj gemilerinde istihdam edilen sondaj işçilerinin gördükleri iş dolayısıyla gemi adamı olup olmadıkları, iş güvencelerinin bulunup bulunmadığı ve taraflar arasındaki iş

ilişkisi ve bunun hukuki niteliği konularının açıklığa kavuşturulması gerekir.

Öncelikle açıklamak gerekir ki, taraflar arasındaki uyuşmazlık denizcilik hukukundan kaynaklı bir uyuşmazlık olmayıp, bireysel bir iş hukuku uyuşmazlığıdır. Davacı işçinin talebi, işçilik alacağıının yanı sıra iş güvencesinden doğan haklardan yararlanmaktır. O nedenle işe iade davası açabilmesi ve işçilik alacaklarının değerlendirilebilmesi için işçinin hangi kanun kapsamında olduğunun tespiti gerekir. Bu durumda sorunun çözümünde denizcilik hukuku kuralları değil, iş hukukunun kendine özgü kuralları geçerli olacaktır. Şu hâlde Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO'nun) tabiriyle mobil sondaj ünitelerinde çalışan "açık deniz sondaj işçileri" nin gemi adamı olup olmadığı, iş hukuku mevzuatı ve genel esasları kapsamında değerlendirilmelidir.

Sondaj ile doğrudan veya dolaylı olarak çalışan fakat denizcilik ile ilgisi olmayan işçilerin, kısaca genel bir tabirle "Açık Deniz Sondaj İşçilerinin", gemi adamı olarak iş güvencesinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışmasına girmeden önce işçinin hangi kanun kapsamında olduğunun tespiti gerekir. Bu tespitin yapılabilmesi için de "deniz", "deniz taşıma işi", "gemi" ve "gemi adamı" kavramlarının çerçevesinde değerlendirme yapmakta yarar vardır. Belirtilen kavramlar eşliğinde sondaj işçisinin hangi kanun (4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu) kapsamında olduğu açıklanmaya çalışılacaktır. Sonuçta işçi İş Kanunu kapsamında kabul edildiği takdirde, o zaman iş güvencesine de sahip olabileceği söylenebilecektir.

### III. DENİZ, DENİZ TAŞIMA İŞİ, GEMİ VE GEMİ ADAMI KAVRAMLARI BAKIMINDAN YAPILAN DEĞERLENDİRME

4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçi ve işveren arasındaki çalışma ilişkilerini, tarafların hak ve borçlarını düzenleyen temel bir Kanundur. *Bu Kanun 4. maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır* (md.1/2). Deniz taşıma işleri, İş Kanunu'nun uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Bu işler, Deniz İş

Kanunu; Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir<sup>12</sup>.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre; *“Bu Kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır”* (md.1/1). Görüldüğü üzere Kanun, sadece denizleri değil, göller ve akarsuları da kapsamına almaktadır. Ayrıca bu sularda yüzen tüm gemilerdeki çalışanları değil, Türk bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonluk gemilerde hizmet akdi ile çalışan gemi adamlarını kapsamaktadır. *“Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemiadamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde birinci bent hükmü uygulanır”* (md.1/2).

Yapılan işin denizde yürütülmesi yani işin görüldüğü yerin deniz, göl ve akarsu üzerinde olması, Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanının belirlenmesinde yeterli bir ölçüt değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun istisnalar başlıklı 4. maddesinde deniz taşıma işleri, bu Kanun kapsam dışında bırakılmıştır. Hâlbuki denizde yapılan sondaj işi, niteliği itibariyle deniz taşıma işlerinden sayılmaz. Kanunun lafzı dikkate alındığında sondaj gemisinde çalışan alt işveren işçilerinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olduğuna hükmedilmelidir. Kaldı ki, kanun koyucu deniz taşımacılığını geminin seyrine bağlı; diğer bir ifadeyle bir limandan başka bir limana yapılacak sefer ile bağlantılı, bir taşımacılığı kastettiği yine bu Kanunda sayılan istisnanın istisnasından anlaşılmaktadır. Kanuna göre, kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilmiştir (md.4/2-a).

Gemi inşa, bakım ve onarım işlerinde tersanelerde çalışan işçilerin 4857 sayılı Kanun kapsamında olması şüphe kabul etmez. Yapılan iş su üzerinde duran bir gemide icra edildiği halde gemide çalışanlar, Deniz İş Kanunu kapsamında değil, 4857 sayılı Kanun kapsamında kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, kıyıya yanaşmış bir gemide, liman veya iskelede yükleme ve boşaltma işinde çalışan işçilerin sırf gemide olması ve

<sup>12</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.16-18; SÜZEK/BAŞTERZİ, s.43, 61; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.59-63.



deniz taşıma işinde çalışıyor olmaları bu kimseleri Deniz İş Kanunu kapsamına sokmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Örneğin, bir vinç operatörü karadan gemiye yükleme ve/veya boşaltma işinde çalışıyor olması halinde, şüphesiz bu işçi, 4857 sayılı Kanun kapsamında olduğu kabul edilecektir. Ancak, aynı vinç operatörünün gemi üzerindeyken yani denizde iken bu işi icra ediyor olması, diğer bir ifadeyle çalıştığı işyerinin gemi olması, bu işçinin İş Kanunu kapsamı dışında bırakmamaktadır. İş Kanunu'nun 4. maddesinde istisna tutulan iş, deniz taşıma işleridir. Deniz taşıma işi tamamen geminin deniz seferi kapsamında yapılan bir iş olarak değerlendirilmektedir. Deniz taşıma işleri gemi vasıtasıyla bir limandan başka bir limana insan ve/veya eşya ve hayvan nakli şeklinde yapılan işlerdir. Kanunda belirtildiği gibi gemilerden karaya, karadan gemilere yapılan nakil işleri; yani yükleme ve boşaltma işleri, deniz taşıma işlerinden sayılmamıştır.

Denilebilir ki; kanun koyucu, kara ile bağlantısı olan işleri İş Kanunu kapsamında bırakmış, diğer işleri ise Deniz İş Kanunu kapsamına almıştır. Hâlbuki deniz taşıma işlerinin dışında kaldığı ve karayla doğrudan irtibatı bulunmadığı halde, deniz üzerinde yapılan işler de Deniz İş Kanunu kapsamında değildir. Bu işler, 4857 sayılı İş Kanunu'nda istisnânın istisnası olarak belirtilmiştir. Kanunun açık ifadesiyle, *“Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler”* 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine tabidir (md.4/2-f). Şu hâlde yapılan işin deniz ve/veya gemi üzerinde icra ediliyor olması, bu işte çalışanların Deniz İş Kanunu kapsamında oldukları konusunda yeterli ölçüt değildir.

Fatih sondaj gemisi, Türk uluslararası gemi siciline kayıtlı, açık denizde sondaj çalışması yapan, Türk bayrağı taşıyan, 51.283 grostonilatonluk bir sondaj gemisidir. Keza Abdülhamid Han sondaj gemisi vd. (TPAO'nun envanterinde bulunan diğer sondaj gemileri Yavuz ve Kanuni) sondaj gemileri de bu emsaldır. Geminin işyeri olarak Deniz İş Kanunu kapsamında olduğu şüphesizdir. Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'ne<sup>13</sup> göre, bir geminin yola elverişli olması için geminin başlayacağı yolculuğun gerektirdiği sayı ve yeterlilikte gemi adamı

<sup>13</sup> RG., 29.08.2024, S.32647.

ile donatılması zorunludur. Gemi adamlarının yeterlik dereceleri ve hangi tür gemilerde hangi yeterlikteki personelin bulunması gerektiği Yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Genel olarak, geminin türüne ve büyüklüğüne bağlı olarak istihdamı zorunlu gemi adamları değişiklik gösterebilir. Her gemide bulunması gereken minimum gemi adamı sayısı liste halinde belirlenmiştir. Geminin türüne, çalışma alanına göre bulunması gereken minimum gemi adamı sayısı bir sertifika (Safe Maning Certificate) ile belirlenmektedir.

Genel itibariyle, geminin tüm operasyonlarından sorumlu bir kaptan, kaptana yardımcı olan ve navigasyon konularında destek veren birinci zabıt (ikinci kaptan), geminin makinelerini ve teknik sistemlerini yöneten bir başmühendis, başmühendise destek veren ve bakım işlerini yapan ikinci mühendis (yardımcı mühendis), gemici, usta gemici, lostromo ve diğer güverte elemanları, yükleme-boşaltma, navigasyon ve güvenlik işlerini yürüten güverte mürettebatı, geminin rotasını belirleyen ve seyir planını yapan seyir uzmanı (navigatör), gemideki iletişim ve elektrik sistemlerini yöneten uzman bir iletişim ve elektrik teknisyeni, acil durum yönetimi ve güvenlik prosedürleri ile ilgili bir güvenlik sorumlusu, yemek hizmeti ve geminin ikmal ihtiyaçlarını yöneten aşçı ve ikmal personeli, geminin temizlik, hijyen ve bakımını sağlayan temizlik ve bakım personelinin bulundurulması gerekir. Bu pozisyonlar, geminin operasyonel etkinliği ve güvenliği için kritik öneme sahiptir. Her bir çalışanın geminin yola elverişli olmasına önemli katkısı bulunmaktadır.

Sondaj gemisinde çalışan tüm işçilerin; açık deniz sondaj işçilerinin (offshore drilling workers), bu geminin mürettebatı kapsamında değerlendirilmesi mümkün müdür? Diğer bir ifadeyle gemide çalışan ve geminin yola elverişli olmasını sağlayan yukarıda sayılan gemi mürettebatının dışında yer alan gemide sondaj ile doğrudan veya dolaylı olarak çalışan fakat denizcilik ile ilgisi olmayan işçileri, kısaca genel bir tabirle "Açık Deniz Sondaj İşçileri", de bu çalışanlar gibi gemi adamı sıfatına sahip midirler? Doğrudan geminin deniz seferinde görev almıyor olsalar da "diğer personel" sınıfına dahil edilebilirler mi? Tüm bu soruların cevabını deniz iş mevzuatı kapsamında aramak gerekir.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun kişi bakımından uygulama alanı, denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve

daha yukarı grostonilatoluk gemilerde iş sözleşmesi ile çalışan gemi adamlarını kapsamaktadır. Deniz İş Kanunu'nun tanımına göre; *"Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemi adamı" denir"* (md.2/1-B). Kanun kapsamındaki gemilerde iş sözleşmesi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında Deniz İş Kanunu hükümleri uygulanmaktadır (md.1/1).

Gemi adamı ile işvereni arasındaki iş ilişkisi, deniz iş sözleşmesine dayanmaktadır<sup>14</sup>. İş görme edimi gemide ifa edildiği için, deniz iş hukuku mevzuatında işçi yerine bu kimseler "gemi adamı" (seafarers) olarak tanımlanmaktadır<sup>15</sup>. Deniz iş sözleşmesi bakımından gemi adamının (işçinin) genel bir tanımı yapılacak olursa; *"Gemi adamı, hangi meslek ve unvana sahip olursa olsun, bir işverene (gemi sahibi veya işletenine) iş sözleşmesiyle bağlı olarak, onun emir ve talimatları altında, bir ücret karşılığında çalışan kimseye denir"*<sup>16</sup>. Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'ne göre, gemi adamı; geminin kaptanını, zabıtlarını, yardımcı sınıf gemi adamlarını, tayfalarını ve yardımcı hizmet personelini ifade eder (md.3/1-p).

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bazı sözleşmelerinde, gemi adamı, o sözleşmenin uygulama alanına göre tanımlanmıştır. Örneğin, 180 sayılı Gemi Adamlarının Çalışma Saatleri ve Gemilere Personel Tahsisine İlişkin Sözleşme (md.2/d)<sup>17</sup>, 146 sayılı Gemi Adamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin Sözleşme (md.2/2) ve MLC-2006 Sözleşmesinde (md.2/1) gemi adamının tanımına yer verilmiştir. Ortak bir tanım yapılacak olursa, Sözleşmenin uygulama alanına giren bir gemide istihdam edilen, herhangi bir görevi icra etmek üzere görevlendirilmiş ya da herhangi

<sup>14</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **BEDÜK** Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012.

<sup>15</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda gemi adamı tanımlanmamış olmakla birlikte, Deniz İş Kanunu'na benzer şekilde kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişilerin "gemi adamları" olduğu belirtilmiştir (TTK.md.934/1).

<sup>16</sup> **BEDÜK**, s.8-9.

<sup>17</sup> Sözleşmeye göre, "Gemi adamı, bu Sözleşmenin uygulandığı gemilerde belirli kapasiteyle istihdam edilen, milli yasa, tüzük veya toplu sözleşmelerle tanımlanan kişilere denir" (md.2/d). Avrupa Birliği'nin 1999/63 sayılı Direktifinin 2. maddesindeki gemi adamı tanımı, ILO 180 sayılı Sözleşmesinde olduğu gibidir (**DÜNDAR** Esra, Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Ankara 2012, s.62); **BEDÜK**, s.9-10.

bir sıfatla çalışan kişilere gemi adamı (seafarers) denir<sup>18</sup>. ILO'nun Mobil Sondaj Ünitelerinde çalışan Açık Deniz Sondaj İşçilerinin gemi adamı sayılmadığına ilişkin kararına aşağıda değinilmektedir<sup>19</sup>.

Geminin sevk ve idaresinde görev alan gemi adamlarına ise mürettebat denilmektedir. Kaptan, gemi zabıtları ve yardımcıları, tayfalar ve yardımcı hizmet personelleri gemi mürettebatını oluşturan asıl gemi adamlarıdır. Aşçı, garson, doktor ve sağlık personeli gibi gemide çalışan diğer kimseler ise mürettebat niteliği taşımayan gemi adamlarıdır<sup>20</sup>.

Gemi adamı, bir gemide veya gemi sayılan araçta deniz taşıma işinde çalışan bir işçidir. Geminin kaptanı, zabıtları, yardımcı zabıtları, tayfaları ve yardımcı hizmet personelleri bu işte çalışan vasıflı işçi olup, Yönetmelikte belirlenen yeterliliğe ve/veya uzmanlığa sahip kimselerdir<sup>21</sup>.

Gemi adamları deniz taşımacılığının güvencesi bakımından, güverte sınıfı, makine sınıfı ve yardımcı sınıf olmak üzere üç gruba ayrılır<sup>22</sup>. Bu gruplar kendi içinde hiyerarşik bir yapıya sahiptir. Gemi, kaptan tarafından sevk ve idare edilir. Güverte bölümünün başında birinci zabıt, makine bölümünün başında başmühendis/başmakinist bulunur. Bu bölüm amirleri kaptana bağlıdır<sup>23</sup>.

Gemi adamları yaptıkları işler, gördükleri hizmetler ve yeterliliklerine göre "gemiadamı cüzdanı" ile "yeterlilik belgesi"ne sahiptirler. Geminin yola elverişli olabilmesi için, Gemi adamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme (STCW-78)<sup>24</sup> ve değişikliklerine dayanılarak hazırlanan Yönetmelikte öngörülen

<sup>18</sup> CHRISTODOULOU-VAROTSI Iliana/PENTSOV Dmitry A., Maritime Work Law Fundamentals: Responsible Shipowners, Reliable Seafarers, Berlin Heidelberg 2008, s.150, 164, 327.

<sup>19</sup> Bkz., s.12.

<sup>20</sup> TEKİL Fahiman, Deniz Hukuku, İstanbul 1993, s.108; SEVİMLİ K. Ahmet, İş Hukukunda Kaptan, İstanbul 2001, s.17-34, 76-83.

<sup>21</sup> BEDÜK, s.11.

<sup>22</sup> Bkz. DÜNDAR, s.60-62; KAR, s.62-63.

<sup>23</sup> BEDÜK, s.12.

<sup>24</sup> RG., 29.09.1989, S.20296.

yeterliliğe sahip, belli sayıda gemi adamının gemide istihdam edilmesi gerekir<sup>25</sup>.

Mevzuata göre kaptan, gemi zabıtları ve tayfalar dışında gemide çalıştırılan diğer kişiler de gemi adamı olarak kabul edilmiştir (Den. İş K.md.2/1-B, TTK.md.934). Kanunun diğer kişiler olarak ifade ettiği kimşeleri sayma yoluyla tüketmek zordur. Geminin sevk ve idaresinde görev alan gemi adamlarının dışında değişik hizmetler gören, bazen işverenin isteği üzere, ancak çoğu zaman geminin yola elverişli olma koşulu olarak istihdamı zorunlu olan gemi adamları oldukları söylenebilir. Yardımcı sınıf içinde yer alan sağlık görevlileri (doktor, hemşire, sağlık memurları), yardımcı hizmetliler (aşçı, temizlikçiler vs.) diğer personellere örnek gösterilebilir<sup>26</sup>. Bu itibarla gemide bulunmakla birlikte geminin sevk ve idaresinde görevli olmayan, mürettebata dâhil edilemeyecek olan ve bu bakımdan da işverenin gemi adamı tanımı içine sokulamayacak işçiler, Kanun kapsamı dışında kalacaklardır. Örneğin bir petrol arama gemisindeki kuyu jeologları, jeoloji mühendisleri, sondaj mühendisleri, petrol ve doğalgaz mühendisleri, konumlandırma mühendisleri, geomatik mühendisleri, endüstri mühendisleri, çevre mühendisleri, iş güvenliği uzmanları, vd. gemi sahibine veya kendisinin olmayan gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimseyle iş sözleşmesiyle bağlı olsalar dahi gemi adamı değildirlir; 854 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalırlar<sup>27</sup>.

TPAO'ya ait gemilerde (Fatih, Kanuni, Abdülhamid Han sondaj gemileri vd.), geminin yönetimi ve operasyonu için çalışan mürettebatın (kaptan, mühendisler, güverte personelinin) gemi adamı olarak nitelendirilmesinde bir sorun yoktur. Gemi adamı terimi, Deniz İş Kanunu ve Gemiadamı ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nde geminin deniz seferini ve işletimini yürüten personel olarak değerlendirilmektedir. Diğer bir ifadeyle gemi adamı, geminin deniz seferini, güvenliğini ve operasyonel

<sup>25</sup> **BEDÜK**, s.12.

<sup>26</sup> **OKAY** Sami, Deniz Ticaret Hukuku I, İstanbul 1970, s.299; **GÖKÇE** Erdal, "Deniz İş Kanununun Hukuk Sistemindeki Yeri ve Niteliği", İstanbul Barosu Dergisi, C.82, S.2, 2008, s.757; **KOYUNCU** İbrahim Serdar, "Deniz İş Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesini Sona Erdiren Haller", Deniz Hukuku Dergisi, Y.8 (2003), S.1-4, Şubat 2005, s.80; **BEDÜK**, s.21; **TEKİL**, s.108.

<sup>27</sup> **MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL**, s.62, 322.

işlevselliğini sağlamak için görevli olan personeldir. Genellikle kaptan, güverte zabıtları, makinistler ve diğer teknik personeli içerir.

Sondaj gemileri genel yapı ve tahsis amacı itibarıyla diğer ticaret gemilerinden farklı, nev-i şahsına münhasır gemilerdir. İstihdam edilen açık deniz işçilerinin en bilinen örneği sondaj işçileridir. Sondaj işçileri, sondaj operasyonlarıyla ilgilenir ve geminin hareketi veya yönetimiyle bir bağlantıları bulunmamaktadır. Bu nedenle, gemi adamı statüsünde değildirler. Gemi bir sondaj gemisi de olsa geminin yönetimi ve operasyonu için çalışan mürettebat, gemi adamı olarak kabul edilir<sup>28</sup>. Gemi işletimi ve deniz seferi ile doğrudan bağlantılı olmasalar da geminin seyrüseferi dışında kalan ancak genel işleyişine katkıda bulunan ve gemide bulunması zorunlu olan doktor, aşçı, güvenlik görevlisi gibi diğer personeller de gemi adamı kapsamında değerlendirilir. Ancak sondaj işçileri için bunu söylemek güçtür.

Sondaj işçileri genellikle petrol, doğalgaz veya su gibi kaynakların yer altından çıkarılması için sondaj işlemlerinde çalışan kişilerdir. Bu işçiler, karada veya denizdeki sondaj platformlarında çalışabilirler. Denizde çalışan sondaj işçileri, offshore çalışan işçilerdir. Genelde açık deniz platformlarında veya sondaj gemilerinde görev yapmaktadırlar. Açık deniz platformlarında sondaj işinde çalışanlar gemi adamı kabul edilmez iken, aynı işçilerin petrol/doğalgaz arama işini mobil halde, bir sondaj gemisinde yapmaları, onları gemi adamı sayılmalarını gerektiren özellikli bir durum değildir. Zira açık deniz platformlarında ve gemide çalışanlar sonuçta deniz sahasında çalışmakta aynı ve/veya benzer işi görmektedirler. Bu işçiler, çalışma koşulları, buldukları ve yaşadıkları ortam gereği denizcilik kurallarına ve standartlarına tabidirler ve bu nedenle bazı durumlarda “Gemiadamı Cüzdanı” ile “Ek Yeterlilik Belgesi”ne sahip olmaları işverenler tarafından talep edilebilir/tercih sebebi olabilir veya daha öncesinde denizcilik ile ilgili bir pozisyonda çalışırken sonrasında terfi alarak sondaj operasyonları ile ilgili bir pozisyona sondaj işinde çalışmak üzere geçmiş olabilirler. Bu bahsi geçen veya diğer benzer sebeplerle sondaj gemisinde çalışan sondaj işçilerinin “Gemiadamı Olur Sağlık Raporu”, “Gemiadamı Cüzdanı” ile “Ek Yeterlilik Belgesi”ne sahip olması,

bu kimselere gemi adamı sıfatı kazandırmaz. Çünkü bu kimselerin geminin sevk ve idaresinde ve geminin seyrinde doğrudan veya dolaylı olarak katkısı söz konusu değildir. Açıklandığı üzere diğer personeller gibi geminin yola elverişli olma koşulu olarak istihdamı zorunlu olan sağlık görevlileri (doktor, hemşire, sağlık memurları) ve yardımcı hizmetliler (aşçı, temizlikçiler) gibi gemi adamları değildir ve güverte ve makine dairelerine dolaylı hizmetlerinin bulunduğu da söylenemez. Sadece sondaj gemisinde iş görmelerinden yola çıkarak sondaj işçilerinin gemi adamı olduğu kabul edilemez. Sondaj işçileri geminin sondaj ile ilgili iş ve operasyonlarına odaklanan ve petrol ve doğalgaz arama faaliyetlerinde görev yapan nitelikli personellerdir. Örneğin Driller, Assistant Driller, Derrickman, Pumpman, Lead Roughneck, Roughneck gibi farklı unvanlara ve mesleki isimlere sahip işçiler doğrudan veya dolaylı geminin yönetimi, sevk ve idaresiyle ve seyrüseferiyle ilgilenmezler.

Denizde petrol ve doğalgaz arama işi için inşa edilmiş mobil açık deniz sondaj ünitelerinde (örneğin, drilling barges – sondaj mavnası, jack-up rigs – Jack-up platformu, semi-submersible rigs – yarı batar yarı yüzer platform, drillship - sondaj gemisi) çalışan işçiler ve diğer teknik personeller, Açık Deniz Sondaj İşçisi olarak kabul edilmeli, gemi adamı sınıfında değerlendirilmemelidir. Çünkü gemi adamı, esasen bir geminin sevir ve seferini sağlamak, gemiyi işletmek ve bakımını yapmakla görevli personeldir. Sondaj işçileri ise, petrol ve doğalgaz çıkarma operasyonlarında görev alırlar ve geminin yönetimi, sevk ve idaresiyle ve seyrüseferiyle doğrudan ilgilenmezler.

Daha önce başka gemilerde kaptan veya başmakineci gibi görev yapan gemi adamları sondaj şirketinde işe alınıp, sondaj ile ilgili bir iş için gemide istihdam edilmesi durumunda, bu çalışanlar “Gemiadamı Olur Sağlık Raporu”, “Gemiadamı Cüzdanı” ve “Ek Yeterlilik Belgesi”ne sahip olsalar dahi sondaj işini alan alt işveren işçisi olarak gemi adamı sıfatıyla Deniz İş Kanunu kapsamında kabul edilmemelidir. Çünkü sondaj işçileri veya daha genel tabiriyle Açık Deniz Sondaj İşçileri, gemi adamlarından farklı uzmanlığa, teknik bilgiye, beceriye ve tecrübelere sahiptirler. Görevleri ve yaptıkları işler tamamen sondaja ilişkin işler olup, geminin deniz seferi ile ilgileri bulunmamaktadır. Denizcilik belgelerinin olması, aslında bu kimselerin deniz üzerinde çalışabilme yeterliliğine sahip

olduklarını ve görev aldıkları iş için daha da nitelikli bir personel olduklarını gösterir. Yoksa gemi adamı olduklarını göstermez. Dikkat edilirse STCW gemi adamlarının yeterliliklerini ve eğitim gerekliliklerini düzenlemekte ve gemi sevk ve idaresinde görevli personeli kapsamaktadır. Sondaj operasyonu yapan Açık Deniz Sondaj İşçileri bu kapsamda bulunmamaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından kabul edilen konsolide bir Sözleşme olan “Deniz İş Sözleşmesi” (Maritime Labour Convention, 2006 – MLC 2006) ile Deniz İş Hukuku ve Deniz Ticaret Hukuku alanında önemli düzenlemeler yapılmıştır<sup>29</sup>. MLC 2006 Sözleşmesi ile ilgili uygulamaya ilişkin bazı temel sorular cevaplanmak üzere ILO’ya iletilmiştir. Önemli sorulardan birkaçı sondaj üniteleri ve bu ünitelerde çalışanların hukuki statüsü hakkında olmuştur. Komite tarafından verilen cevap yazısında, Sözleşmeye uyarlanan mevzuat gereği; eğitimleri ve nitelikleri nedeniyle Gemiadamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme (STCW) kapsamına giren kişiler hariç olmak üzere, açık deniz sondaj platformları ve Mobil Açık Deniz Sondaj Ünitelerindeki (Modular Offshore Drilling Unit - MODU'lardaki) teknik personelin gemi adamı olarak kabul edilmeyeceğini belirtilmiştir. Yönetmeliğin gerektirdiği belgelendirme konusunda ise yalnızca platformlar veya MODU'lar için gönüllülük esasının geçerli olduğu bildirilmiştir<sup>30</sup>.

#### IV. İŞ GÜVENCESİ BAKIMINDAN YAPILAN DEĞERLENDİRME

Çözümlemesi gereken bir diğer uyuşmazlık konusu, sözleşmesi feshedilen sondaj işçilerinin işe iade davası açıp açamayacağına ilişkindir. Başka bir ifadeyle söz konusu işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağıdır.

Ülkemizde iş güvencesine ilişkin Almanya’da olduğu gibi ayrı özel bir kanun bulunmamaktadır. İş güvencesi 4857 sayılı İş Kanunu’nda

<sup>29</sup> Bkz., BEDÜK Mehmet Nusret, ILO Tarafından Kabul Edilen Konsolide Bir Sözleşme “Deniz İş Sözleşmesi” (Maritime Labour Convention, 2006), Sicil Eylül 12, s.242 vd.

<sup>30</sup> [https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101\\_COMMENT\\_ID:3342272](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3342272), (ET: 28.11.2024)



açıkça düzenlenmiştir. İş güvencesi hükümleri İş Kanunu'na tabi çalışan ve yasal koşulları sağlayan işçilere uygulanmaktadır. Bununla birlikte İş Kanunu'nun 116. maddesinde yapılan atfı üzerine 5953 sayılı Basın İş Kanunu çalışanlarına da iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı tanınmıştır. Basın İş K.md.6/son hükmü uyarınca, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin md.18 vd. hükümlerinin basın çalışanlarına da kıyasen uygulanmaktadır. Şu hâlde iş güvencesinden yararlanabilmek için öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu ya da 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında bir işçi olmak gerekir. Dolayısıyla 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamamaktadırlar<sup>31</sup>. Bu durum, iş güvencesi alanında tüm işkollarını kapsayacak biçimde düzenlemeler yapılmasını hüküm altına alan Hizmet İlişkinine Son Verilmesi Sözleşmesine ilişkin 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 2. maddesine aykırıdır. Çağdaş iş hukukunun işçilere iş güvencesi sağlama yönündeki temel amaç ve ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır<sup>32</sup>.

854 sayılı Deniz İş Kanunu uluslararası hukuktaki gelişmeleri takip edemediği gibi, iç hukuk bakımından da yetersiz kalmıştır. Kanunun kabulünden bu yana; iş hukuku mevzuatında yapılan değişiklikler karşısında, birçok konuda düzenleme boşlukları oluşmuştur. Şüphesiz, deniz iş hukuku sorunlarının öncelikle ilgili mevzuat çerçevesinde değerlendirilmesi ve buna göre çözüm aranması gerekir<sup>33</sup>. Deniz İş Kanunu'nda boşluk bulunması halinde genel hükümlere başvurulmalıdır. Zira Türk Medeni Kanun ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikteki hükümleri uygun düştüğü ölçüde özel hukuk ilişkilerine uygulanır (TMK.md.5)<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT /ÖZKARACA, s.510; MANAV, s.48-49; UŞAN, s.159-160.

<sup>32</sup> GÜZEL Ali, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (15-18 Ekim 2013, Antalya) Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul 2014, s.263; SÜZEK/BAŞTERZİ, s.583-584; BEDÜK, s.43.

<sup>33</sup> BEDÜK, s.40.

<sup>34</sup> SÜZEK/BAŞTERZİ, s.35-36; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.59-63; SÜZEK Sarper, "İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması" (Düzenleme Boşlukları), Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s.132 vd.; ÇELİK /CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.17-18.

Aşağıda detaylı anlatımda bulunulacağı üzere, uyuşmazlığın temel konuları olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi ve iş güvencesi konularında, ne Deniz İş Kanunu'nda ne de genel hükümlerde herhangi bir hüküm bulunmaktadır. Buna karşın 4857 sayılı İş Kanunu'nda her iki konu açıkça düzenlenmiştir.

Kanununun lafzına bakılacak olursa, deniz taşıma işleri, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmıştır. İş sözleşmesinden doğan hukuki ilişkinin Deniz İş Kanunu kapsamında değerlendirilebilmesi için ise, Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesindeki koşulların sağlanması gerekir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği üzere; "... salt gemi adamı olmak Deniz İş Kanunu kapsamında olmayı gerektirmez. İşçinin gemi adamı olma koşulu yanında 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında işleten veya gemi sahibi olan işverene ait bir gemi işyerinde ve deniz taşıma işinde çalışması gerekir. Somut uyuşmazlıkta gemi adamı olan davacının davalı kuruma ait Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında sayılan bir gemide çalışıp çalışmadığı ve gemide çalışmış ise yaptığı işin deniz taşıma işi olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır"<sup>35</sup>.

Örneğin, yabancı bayraklı, turistik amaçlı kullanılan bir yatın sahibi, emrinde çalışan kaptan ve diğer gemi adamlarının işverenidir. Gemi, 4857 sayılı İş K.md.4/1 anlamında deniz taşıma işi yapmaması, turistik amaçla kullanılan bir yat olması ve yabancı bayrak taşıması nedeniyle işveren ile gemi adamı arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Deniz İş Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır. Yargıtay, bu uyuşmazlıkta turistik bir yatta çalışan kaptanın Deniz İş Kanunu kapsamında değil, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamında olduğuna karar vermiştir<sup>36</sup>. Benzer bir başka Yargıtay kararına göre;

<sup>35</sup> Yarg.9.HD. 23.05.2015, E.2015/3709, K.2015/11606; Yarg.9.HD. 23.05.2014, E.2014/27838, K.2014/38232, Sakarya BAM 11. HD., 30.9.2020, E.2020/329, K.2020/103, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat> (ET: 03.11.2024).

<sup>36</sup> **BEDÜK**, s.26; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.322; Yarg.9.HD. 28.4.2009, E.2009/6543, K.2009/12102, Çalışma ve Toplum, 2009/4 (23), s.305-307; Yarg.9.HD. 28.4.2009, E.2009/11460, K.2009/12104, **ÇİL**, Şahin, Açıklamalı-İçtihatlı Kıdem Tazminatı (Kıdem Tazminatı), Ankara 2009, s.675-677. AYDINLI tarafından yapılan karar incelemesinde de yazar aynı kanaate varmıştır. Yazara göre "... İlk anda bu kişilerin genel kanun olan Borçlar Kanunu'na dahil edilebileceği akla gelse de söz konusu kişilerin çalıştıkları araştırma gemisi olması da göz önüne alındığında

“... Dosya kapsamında davacı 47,31 grostonluk davalıya ait yatta kaptan olarak çalışmaktadır. Davacının çalışmış olduğu yat 47,31 grostonluk olduğundan Deniz İş Kanunu kapsamında değildir. 4857 sayılı İş Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrası gereğince de; “deniz ve hava taşıma işlerinde çalışanlar” bu kanunun kapsamı dışındadır. Dosyamızda davacının çalışmış olduğu yatın 4490 sayılı TUGSK 2B maddesinde tanımlanan “ticari yatlardan olduğu, gezi ve spor amacıyla yararlanılan, büyük yolcu gemisi niteliğinde olmayan, turizm şirketi envanterinde kayıtlı” deniz aracı olduğu ve deniz taşıma işi yapmadığı, maliki olan şirketin münferit gezi ve misafir ağırlamalarında kullanıldığı anlaşılma ile davacının çalışmış olduğu yat, Deniz İş Kanunu kapsamında olmadığı gibi, 4857 sayılı İş Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrası gereğince de deniz taşıma işi yapmadığından, davacının çalışması 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında bulunmamaktadır”<sup>37</sup>.

Yüksek Mahkeme bir başka kararında deniz yüzeyinin temizlenmesi işi deniz taşıma işi olmadığından, bu amaçla işletilen bir gemide çalışan işçinin de Deniz İş Kanunu’na değil, 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi olduğuna karar vermiştir<sup>38</sup>.

---

denizde gemilerde taşıma iş de yapmadıkları için İş Kanunu’nun kapsamına dahil edilmeleri gerekir.” (AYDINLI İbrahim, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVII, Y.2013, Sa.4, s.45).

<sup>37</sup> Yarg.20.HD. 13.12.2020, E.2020/91, K.2020/691, benzer kararlar için bkz. Yarg.9.HD. 25.5.2022, E.2022/4940 K.2022/6507, “...Deniz taşıma işinin Deniz İş Kanunu kapsamına alındığı sabittir. Deniz taşıma işlerinin açıkça İş Kanununun kapsamı dışında bırakılması nedeni ile römorkaj, kurtarma-yardım, dalgıçlık gibi işlerde nitelikleri itibarıyla deniz taşıma işi niteliğinde olmadığından, bu işler ve bu işlerde çalışanlara 4857 sayılı İş Kanununun uygulanması yerinde olacaktır. Keza turistik maksatla faaliyet gösteren yatta çalışma deniz taşıma işi olmadığından, çalışan hakkında 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır” (Ankara BAM, 29. HD. 17.11.2020, E.2020/318, K.2020/398), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat> (ET: 03.11.2024).

<sup>38</sup> “... Deniz taşımacılığı denilince de yolcu, hayvan veya eşyanın deniz veya iç sular üzerinden, bir noktadan diğer bir noktaya taşınması faaliyetidir. Dosya içeriğine göre davacı davalılardan Belediye Başkanlığı’nın faaliyet alanı için kurduğu iştiraki İŞ-TAÇ Şirketinin ihale ile deniz yüzeylerinin temizlenmesi işini verdiği diğer davalı şirket işçisi olarak şirketin teknesinde çalışmıştır. Deniz yüzeylerinin temizlenmesi işi deniz taşıma işi değildir. Diğer taraftan 6100 sayılı HMK.’un 33. Maddesi uyarınca “Maddî vakıaların taraflarca getirilmesi esas olmakla birlikte; getirilen maddî vakıaların hukukî nitelendirilmesini yapmak ve ilgili kanun maddesini uygulamak hâkime ait bir görevdir”. Hâkim uyumsuzlukta uygulayacağı hukuku resen

Tüm yargı yararları bir yana, önemle belirtmek gerekir ki; Deniz İş Kanunu'nun saklı hükümler başlıklı 48. maddesinde gemi adamları lehine bir düzenleme de mevcuttur. DİK.md.48 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere; *“Bu kanun hükümleri, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara hâlel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemiadamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz.”*

Kanunun amacına uygun yorum yapılırken; öğretide SÜZEK'in de isabetle belirttiği üzere, hâkim için önemli olan, kanun koyucunun iş kanunu kuralını öngördüğü zamandaki amacını bilmek, o tarihteki iradesini bulup çıkarmak değildir. Çünkü hukuk yaşayan bir düzendir ve günün koşul ve ihtiyaçlarına cevap vermek zorundadır. O nedenle, yorum yapılan zamanın değişen koşul ve ihtiyaçlarına uygun objektif anlamı ve amacı yorumcu tarafından tercih edilmelidir. Başka bir ifadeyle kanun metninin zamanın koşullarına ve ihtiyaçlarına göre değerlendirilmesi gerekir<sup>39</sup>.

İster kanunun amacına uygun yorum ister zamana göre amaca uygun yorum yöntemi benimsenmiş olsun, iş kanunlarında gözetilen temel esas, işçinin korunması ilkesidir<sup>40</sup>. Deniz İş Kanunu'nun 48. maddesinde açıkça öngörüldüğü üzere, eğer Deniz İş Kanunu dışında başkaca

---

gözetmek zorundadır. Somut uyuşmazlıkta davacı deniz taşıma işinde çalışmadığından Deniz İş Kanunu hükümlerine göre değil, 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre tazminat ve diğer işçilik alacakların bir değerlendirmeye tabi tutulup buna göre karar verilmelidir. Mahkemece davacının 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında kaldığı kabul edilerek, alacakların bu kanuna göre değerlendirilip, hüküm altına alınması hatalıdır.” (Yarg.9.HD. 22.10.2019, E.2016/8491, K.2019/18634, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat>, ET: 03.11.2024).

<sup>39</sup> SÜZEK/BAŞTERZİ, s.27-29; “Hâkim, zamana göre amaca uygun yorum yaparken, olgular değişince yapılacak yorum da değişir ilkesi uyarınca, yasa koyucunun yasa kuralını öngördüğü zamandaki amacını değil, yasanın uygulanacağı sıradaki güdeceği amacı göz önünde bulundurmalıdır. Diğer deyişle hâkim, başvuracağı menfaatler değerlendirilmesinde tercihini bu olayda işçinin korunması yönünde yapmalıdır” (SÜZEK/BAŞTERZİ, s.174).

<sup>40</sup> İşçinin korunması yanında iş hukukuna hâkim olan bazı temel ilkeler vardır. Bunlardan biri de iş güvencesidir. Yorum yapılırken anayasadan ve iş mevzuatının bütününden çıkarılabilecek bu gibi temel ilkelerin duruma göre dikkate alınması uygun olur (SÜZEK/BAŞTERZİ, s.29).

düzenlemeler ile (kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerde) gemi adamları lehine daha avantajlı hak ve menfaatler sağlanmakta ise, bu düzenlemelerin dikkate alınması gerekir<sup>41</sup>.

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen alt işveren hükümlerinin deniz taşıma işlerinde uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin Yargıtay kararını değerlendiren AYDINLI, isabetli olarak şu sonuca ulaşmıştır;

*"...somut uyuşmazlıkta davacı, İş Kanunu'nda düzenlenen alt işveren ilişkisinde muvazaa hükmünün sonuçlarını talep etmektedir. İş Kanununun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkraları Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemi adamına Kanunun deyişiyle "...daha elverişli hak ve menfaat sağlayan..." bir kanuni düzenleme olduğundan, İş Kanunu'nda alt işveren işçileri için getirilmiş olan kanuni haklar aynen gemi adamları için de uygulanabilir. Bu konuda karşı görüş olarak; İş Kanunu, Deniz İş Kanunu'ndaki denizlerde yapılan gemi taşımacılığında çalışan gemi adamını kapsam dışı bırakmıştır denilebilirse de gemi adamına ilişkin özel kanun olan Deniz İş Kanunu'nda, diğer kanunlara yönelik atıf hükmünü (m.48) işçiyi koruma genel prensibi altında, işçi lehine yorum ilkesi gereği yorumladığımızda, İş Kanunu'ndaki alt işveren düzenlemelerinin, gemi adamlarına da uygulanabilir olduğu sonucuna ulaşılabilir"*<sup>42</sup>.

Bilindiği üzere, sondaj gemisinde çalışan işçiler ağır ve tehlikeli bir işte çalışmaktadır. Üstelik çalışmalarını denizin riskli sularında ve gemi üzerinden icra etmektedirler. Sondaj gemisinde yapılan bu iş, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanuna göre, "çok tehlikeli iş" sınıfına girmektedir. O nedenle, sondaj işinde çalışanların daha fazla korunmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Yasal olarak iş güvenliği öngörüldüğü gibi, ayrıca iş güvencelerinin de sağlanması gerekmektedir.

Fatih ve diğer sondaj gemileri, TPAO'ya ait Deniz İş Kanunu anlamında bir işyeridir<sup>43</sup>. Ultra derin deniz sahasında petrol, gaz arama ve sondaj işi yapmaktadırlar. Bir an bu işçilerin TPAO Şirketinin daimî işçileri olarak düşünülürse, TPAO, bu işçilerini başka işyerlerinde örneğin

<sup>41</sup> KAR, s.26; BEDÜK, s.41.

<sup>42</sup> AYDINLI, s.50; benzer görüş için bkz. KAR, s.26.

<sup>43</sup> Bkz., BEDÜK, s.28 vd.

Adıyaman'da veya Batman'da sondaj işinde de istihdamı pekâlâ mümkündür. Hâlbuki bu işçilerin biraz daha uzmanlaşarak deniz üzerinde sondaj işi yapması diğer bir ifadeyle sondaj gemisinde istihdam edilmeleri, daha fazla profesyonellik gerektirmektedir. Adıyaman ve Batman'daki sondaj işçilerine iş güvencesi sağlanırken, denizde yani gemide çalışan bu profesyonellerin, karada çalışan meslektaşlarına nazaran dezavantajlı olması hakkaniyete ve adalete uygun düşmez. Bunların gemi üzerinde ve açık denizde çalışmaları, yapılan işin çok tehlikeli bir sınıf içerisinde olma özelliği, bu işçilerin korunması gereğini bir kat daha arttırmaktadır. Zira bu işçiler uzak deniz şartlarında daha fazla güçlükler yaşamaktadır. Karada çalışan arkadaşları iş güvencesine sahip olduğu halde, deniz seferi yapan gemilerde iş görebilmek için onca yeterli belgesi ve sertifikaya ihtiyaç duyan bu kimselerin sırf gemide çalıştıklarından dolayı gemi adamı olarak nitelendirerek 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında bırakmak, dolayısıyla iş güvencesi hakkından mahrum etmek, işçiyi koruma ilkesi ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Sonuç olarak somut uyuşmazlıkta davacı işçi, davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğunu ileri sürmekte ve iş güvencesinden yararlanmayı talep etmektedir. Alt işveren ilişkisini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6 vd. fıkra hükümleri ve iş güvencesini düzenleyen 18 vd. hükümleri Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemi adamı için daha elverişli hak ve menfaat sağlayan kanuni düzenlemeler olduğundan şüphe yoktur. O nedenle, İş Kanunu'nda alt işveren işçileri için getirilmiş olan kanuni haklar aynen gemi adamları için de uygulanabilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda deniz taşıma işleri dolayısıyla bu işlerde çalışan gemi adamları kapsam dışında bırakılmıştır denilebilirse de gemi adamına ilişkin özel kanun olan Deniz İş Kanunu'nda, diğer kanunlara yönelik atıf hükmünü (DİK.md.48) işçiyi koruma genel prensibi altında, işçi lehine yorum ilkesi gereği yorumlandığında, İş Kanunu'ndaki alt işveren düzenlemelerinin, gemi adamlarına da uygulanabilir olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, TPAO'ya ait gemilerde sondaj işinde çalışan işçilerin Deniz İş Kanunu kapsamında oldukları da tartışmaya açıktır. Kanaatimizce bu çalışanlar gemi adamı olarak değerlendirilemez. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere; işçilerin istihdam şekli ve asıl

işveren TPAO (ve iştiraki olan TP-OTC) ile alt işveren şirketleri arasındaki hukuki ilişki, bu görüşümüzü daha da güçlendirmektedir.

## V. SONDAJ İŞÇİLERİNİN GÖRDÜKLERİ İŞ VE TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN YAPILAN DEĞERLENDİRME

Çözümlemesi gereken diğer önemli bir husus, sözleşmesi feshedilen sondaj işçilerinin çalıştıkları işyerinde asıl işveren alt işveren uygulaması mevcut mudur? Mevcut ise bu işçilerin İş Kanunu kapsamında değerlendirilerek iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceğinin; zihinlerde tereddüde yer bırakmayacak şekilde, daha açık olarak ortaya konulması gerekir. Şöyle ki;

TPAO'ya ait sondaj gemilerinde çalışan davacı işçilerin GOE Petrol Şirketi nezdinde çalıştığı ileri sürülmüştür. Diğer bir ifade ile taraflar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunduğu iddia edilmektedir. TPAO ile anılan şirketler arasında hukuken geçerli bir asıl işveren- alt işveren ilişkisi varsa, gemideki sondaj işini ayrı tutarak bu işçilerin iş güvencesine sahip oldukları sonucuna varmak mümkündür. O nedenle öncelikle TPAO'nun asıl işveren sıfatının açıklığa kavuşturulması gerekir.

Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO)<sup>44</sup>, Türkiye'nin ulusal petrol şirketi olup, enerji sektöründe faaliyet göstermektedir<sup>45</sup>. Şirketin başlıca faaliyetleri: Türkiye'de, yurtdışında ve uluslararası alanda petrol ve doğal gaz arama, sondaj ve üretim faaliyetleri yürütme, bulunan petrol ve doğal gaz rezervuarlarının geliştirilmesi ve üretime hazırlama ve enerji sektöründe teknolojik gelişmeleri takip etme ve uygulama, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmaktır. TPAO, Türkiye'nin enerji

<sup>44</sup> Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO), 1954 yılında hidrokarbon arama, sondaj, üretim, rafineri ve pazarlama faaliyetlerini yürütmek üzere kamu adına kurulan, sermayesinin tamamı devlete ait bir kamu iktisadi teşebbüsüdür (<https://www.tpao.gov.tr/hakkimizda>, Erişim Tarihi: 18.10.2024) .

<sup>45</sup> İştiraki olan TPIC (Turkish Petroleum International Company) aracılığıyla uluslararası petrol ve doğalgaz ticareti yapmaktadır.

ihtiyacını karşılamak ve enerji güvenliğini sağlamak amacıyla, stratejik projeler yürüten hem kara hem de deniz alanlarında aktif olarak çalışan bir şirkettir. Bu amaçla satın aldığı Fatih gemisi, Şirketin ilk operasyonel sondaj gemisidir. 2018 yılı itibariyle hidrokarbon potansiyelini değerlendirmek amacıyla Karadeniz ve Akdeniz sularında petrol ve doğalgaz arama faaliyetlerini yürütmektedir. Bu amaçla inşa ve tahsis edilen bu gemi, yüksek teknolojiye sahip ultra derin deniz sondaj gemisi özelliğine sahiptir<sup>46</sup>.

Turkish Petroleum Offshore Technology Center A.Ş. (TP-OTC), yurt içinde ve yurt dışında petrol ameliyelerini ve ticaretini yürütmek amacıyla arama, sondaj, üretim, taşıma, pazarlama, servis hizmetleri ve rafinaj gibi konularda faaliyette bulunmak amacıyla TPAO tarafından kurulmuş bir şirkettir. TPAO'nun bir iştiraki olan TP-OTC, deniz üstü (offshore) petrol ve doğal gaz arama, sondaj ve üretim sistemlerinde teknolojik çözümler geliştirmek için deniz operasyonlarına özgü bir şekilde Mart 2021 tarihinde anonim şirket olarak yapılandırılmış ve bu tarihten itibaren TPAO'nun offshore faaliyetleri ile ilgili çeşitli teknoloji, mühendislik, proje yönetimi ve lojistik hizmetleri bu Şirket tarafından sağlanmaktadır. TP-OTC, Karadeniz ve Akdeniz'de yapılan sondaj faaliyetlerinde öncü bir rol oynamaktadır<sup>47</sup>.

TPAO, denizlerde petrol ve doğal gaz arama, sondaj ve üretim sistemlerinde kullanılmak üzere birkaç önemli gemiye sahiptir. Bu gemiler, özellikle Türkiye'nin Akdeniz ve Karadeniz'deki hidrokarbon arama çalışmalarında aktif rol oynamaktadır. TPAO'nun sahip olduğu gemiler, sondaj gemileri (Fatih, Yavuz, Kanuni ve Abdülhamid Han) ve sismik araştırma gemileri (Barbaros Hayreddin Paşa ve MTA Oruç Reis) dir. Davacı işçi TPAO'ya ait olan, zaman zaman TPAO ve/veya TP-OTC tarafından işletilen sondaj gemilerinde; yüzer sondaj platformlarında görev yapmıştır.

Sözkonusu sondaj gemilerinin maliki (ship owner) TPAO'dur. Deniz sahasında petrol ve doğal gaz arama, sondaj yapma ruhsatına sahip olan şirket TPAO'nun iştiraki olan TP-OTC'dir.

<sup>46</sup> Bkz., <https://www.tpao.gov.tr/deniz>. (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

<sup>47</sup> Bilgi için bkz. <https://tp-otc.com/> (Erişim Tarihi: 18.10.2024).



Örneğin; Turkish Petroleum Offshore Technology Center A.Ş. (TP-OTC) ile Global Offshore Engineering (GOE) Asian Pacific Pte Ltd. (GOE Singapur), GOE Petrol Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi (GOE Türkiye) ve GOE Middle East DMCC (GOE Dubai) Şirketleri arasında yapılan Sözleşmeye<sup>48</sup> göre, Geminin malikinin TPAO olduğu, tarafların geminin mutlak olarak mal sahibinin emrinde amade olacağı, onun tam kontrolü altında olacağı ve mal sahibinin sözleşmenin tarafları da dahil olmak üzere üçüncü taraflara karşı “Armatör” sıfatıyla hareket etme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Abdülhamid Han Çıplak Gemi Kiralama Sözleşmesinde öngörüldüğü üzere, TPAO’nun izin verdiği faaliyetlere ek olarak, TPAO’nun petrol ve doğal gaz arama ve üretim faaliyetlerinde geminin kullanılmasından sorumludur. Dikkatle incelendiğinde GOE Petrol Şirketinin faaliyet alanı bu kapsamda geniş tutulduğu görülmektedir. Ticaret Sicili kayıtlarından<sup>49</sup> anlaşıldığı üzere, Şirket değişik alanlarda faaliyet gösteren yerli ve yabancı şirketlere, kamu, özel tüzelkişilerine ve gerçek kişilere başta petrol doğalgaz arama, sondaj ve konusu ile ilgili denizcilik faaliyetleri olmak üzere, konusu ile ilgili olmak üzere her türlü mühendislik, danışmanlık, proje ve uygulama gerçekleştirme hizmeti ve bunlarla bağlantılı hizmetleri sunmaktadır. Görüldüğü üzere GOE Petrol Şirketinin alt işveren olarak ağırlıklı işi, petrol, doğalgaz arama ve sondaj işleridir.

TPAO (ve iştiraki olan TP-OTC) ile GOE Petrol Şirketi arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi olduğu belirtilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu’na göre; “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü 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 görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir” (md.2/6). Taraflar arasında kanuna uygun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı, uyuşmazlık konusunun aydınlanmasında bizlere ışık tutacaktır.

<sup>48</sup> 9705093 IMO Numaralı “Abdülhamid Han” Sondaj Gemisi için yapılan 01.08.2022 tarihli TPOTC-GOE-2022/ABDH Sözleşme No.lu Yönetim ve İşletim Sözleşmesi.

<sup>49</sup> Bkz., Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi, 3 Nisan 2019: 9801, s.34.

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası hükmünden anlaşıldığı üzere, taraflar arasında geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin olarak bir diğer işveren (alt işveren) tarafından iş alınması gerekir. Alınan iş eğer asıl işin bir bölümünde gerçekleşecek ise, o halde bu işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olmalı ve ayrıca alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır<sup>50</sup>.

Alt işverenlik Yönetmeliği'nin<sup>51</sup> 11. maddesine uyarınca, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir. İşverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal veya hizmet üretimi yapması esastır. Ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde asıl iş bölünerek alt işverene verilebilir<sup>52</sup>.

Asıl işveren- alt işveren ilişkisinde, alt işverenin çalıştırdığı işçiler, alt işverene iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışır. Diğer bir ifade ile alt işverenin kendi işçileridir. Bu işçilerin asıl işveren ile aralarında iş ilişkisi bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri, iş görme borçlarını kendi işverenlerine karşı yerine getirir. Alt işverenin emir ve talimatlarına uymakla yükümlüdür. Çalıştırdığı işçilerin ücret ve diğer haklarından doğrudan alt işveren sorumludur<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Bkz., CANBOLAT Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, 19 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 205 vd.; AYKAÇ Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.50 vd.; AYDINLI, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu (Alt İşveren ilişkisi ve Muvazaa), Ankara 2021, s.187 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.103 vd.; SÜMER, s.22 vd.; SÜZEK/BAŞTERZİ, s.168 vd.; BAŞBUĞ Aydın/YÜCEL BODUR Mehtap, İstanbul 2021, s.84 vd.; UŞAN, s.62 vd.

<sup>51</sup> RG., 27.09.2008, S.27010.

<sup>52</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.108-110; SÜZEK/BAŞTERZİ, s.171-176; Ayrıca bkz., AYKAÇ, s.86 vd.; AYDINLI, Alt İşveren ilişkisi ve Muvazaa, s.195 vd.

<sup>53</sup> CANBOLAT, s.67-70; SÜMER, Uygulamalar, s.64.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işveren asıl işverenin işyerinde iş görür. Buna karşın alt işverenin işçilerini çalıştırdığı işyeri bölümü ayrı bir işyeri niteliğindedir<sup>54</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu'na göre, alt işveren de "bu sıfatla" mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyerini Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne bildirmekle yükümlüdür (İş K.md.3/2). Alt işverenin işçilerinin çalıştığı işyeri, asıl işverenin işyeri olmakla birlikte, bu işçiler asıl işverenin işçileri değildir<sup>55</sup>.

Alt işveren, asıl işveren adına ve hesabına değil, kendi adına ve hesabına faaliyette bulunur. Asıl işveren, işi bütünüyle devretmiş ve bu iş için işçi çalıştırmıyorsa, bir diğer ifade ile devrettiği iş ile ilgili olarak İş Kanunu bakımından işveren niteliğine sahip değilse, zaten asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez<sup>56</sup>. Alt İşverenlik Yönetmeliği'ne göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için; asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçilerinin de bulunması gerekir (md.4/1-a). Diğer bir ifadeyle asıl işverenin de alt işverenin üstlendiği işin geri kalan kısmında işçi çalıştırması şarttır<sup>57</sup>. Geminin mürettebatı ile sondaj işçilerinin tamamı diğer Şirketler tarafından istihdam edilmiş, TPAO gemide hiçbir işçi çalıştırmıyor ise taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığına hükmedilir. Somut olayda TPAO, sahibi olduğu sondaj gemileri ile deniz sahasında doğalgaz ve/veya petrol arama faaliyetinde bulunan asıl işveren konumundadır, GOE Petrol Şirketi ise ileri teknik özellikleri olan bu gemi ile derin sularda petrol ve doğalgaz sondaj işini üstlenen alt işverendir.

Sondaj gemileri, yüksek teknolojiye sahip, dünyada sayılı gemilerdir. Türkiye tarafından satın alınarak TPAO'nun envanterine kaydedilmiştir. TPAO, deniz ticaretinde faaliyet gösteren bir KİT kuruluşudur. TP-OTC ise, yurt içinde ve yurt dışında petrol doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, pazarlama, servis hizmetleri ve rafinaj gibi konularda faaliyette bulunan TPAO'nun bir iştirakidir. TPAO, henüz bu çalışma

<sup>54</sup> SÜZEK/BAŞTERZİ, s.167; SÜMER, Uygulamalar, s.64-65.

<sup>55</sup> CANBOLAT, s.53-55; SÜMER, Uygulamalar, s.64.

<sup>56</sup> CANBOLAT 20; AYKAÇ, s.56; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.206; SÜMER, Uygulamalar, s.64-65; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.104; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.84-85.

<sup>57</sup> CANBOLAT, s.28-31; SÜZEK/BAŞTERZİ, s.169.

sahasında yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmadığı için bu alanda uzman yabancı şirketlerden hizmet almaktadır. Bu şirketlerden biri de GOE (Türkiye) Petrol Şirketidir. Şirket, deniz ticaretinde çok geniş ticari faaliyet alanına sahiptir. TPAO, nitelikli personel temini için dahi GOE Petrol Şirketinin imkânlarına başvurmuştur<sup>58</sup>. Sonuçta bu gemiler sondaj gemileridir. İş hukuku bakımından gemilerin maliki (ship owner) olan TPAO asıl işveren, GOE Şirketi de alt işverendir. Bu gemilerde deniz taşıma işi yapılmamaktadır. Daha profesyonel olan sondaj operasyonları gerçekleştirilmekte ve gemilerde görülen ağırlıklı iş, sondaj işidir. Bu iş teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olduğu için, alt işveren GOE Petrol Şirketine bırakılmıştır.

Sonuç itibarıyla, asıl işveren olan TPAO, iştiraki olan TP-OTC ile yurt içinde ve yurt dışında petrol doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, pazarlama, servis hizmetleri ve rafinaj konularında faaliyette bulunmaktadır. TPAO'nun satın aldığı sondaj gemileri ise daha önce belirtildiği üzere, operasyonel niteliği olan gemiler olup, ultra derin deniz sahasında petrol, gaz arama ve sondaj işleri yapmak amacıyla kullanılmaktadır. O nedenle, sondaj operasyonu gemi deniz seferinin (marine kısmının) dışında kalan; yani asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olarak yürütülmektedir. Kanun gereği işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez (İş K.m.d.2/8). Yapılan iş çok profesyonellik gerektiren bir iş olduğu için ne TPAO, ne de iştiraki olan TP-OTC tarafından gerçekleştirilebilmektedir. O nedenle, sondaj işi GOE Petrol Şirketi tarafından yürütülmektedir.

GOE Petrol Şirketi, anılan gemilerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sondaj işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran alt işverendir. Bu bakımından alt işverenin işçileri geminin mürettebatına dahil gemi adamı vasfına sahip işçiler olarak kabul edilemez. O nedenle, 4857

<sup>58</sup> GOE Şirketinin Ticaret Sicilinde yer alan faaliyet alanı o kadar geniş tutulmuş ki, Şirketin petrol, doğal gaz, sondaj, denizcilik, sismik araştırmalar ve bu faaliyetleri gerçekleştirmek için gerekli olan tüm hizmetler dahil olmak üzere işletme, imalat, müstahdem sağlama, gemi adamı istihdam etme, mühendislik, proje ve uygulamalarını yapma hizmetlerinin sağlanması ve bu amaçlara ulaşmak için gemi ve deniz araçları satın alınması, imalatı, kiralanması ve işletilmesi faaliyetlerinde bulunabileceği belirtilmiştir (Bkz., Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi, 3 Nisan 2019: 9801, s.34).

sayılı İş Kanunu kapsamında çalıştırılan sondaj işçileri olarak değerlendirilmeleri gerekir.

Sondaj gemileri her iki şirketin ortak kullanım alanıdır. Diğer bir anlatımla asıl işverenin işyeri, aynı zamanda alt işverenin de işyeri olarak kabul edilmektedir. Alt İşverenlik Yönetmeliği'ne göre, *"Alt işveren, kendi işyeri için Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Alt işveren, işyerinin tescili için şekli Bakanlıkça belirlenen işyeri bildirgesi ile birlikte 6 ncı maddede belirtilen belgeleri bölge müdürlüğüne verir. Bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir (md.5). İşyeri bildirgesi ile birlikte verilecek belgeler Alt işverenlik tarafından bölge müdürlüğüne verilir (md.6). Bölge müdürlüğüne, 5 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bildirimde bulunan alt işverenin işyeri tescil edilerek işyeri için bir sicil numarası verilir (md.7).*

Resmi kayıtlara bakılırsa alt işverenin adresi, asıl işveren Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'nın adresi olarak bildirilmiş olduğu görülecektir. Sondaj şirketi olan alt işveren GOE Petrol Şirketinin işçilerinin çalıştığı işyerleri TPAO'ya ait Fatih vd. sondaj gemileri olduğu belirtilmektedir. Şu hâlde bu gemiler asıl işverenin işçilerinin olduğu kadar alt işveren işçilerinin de işyeridir.

Alt işveren işçileri sondaj işi için işe alınmış, ultra derin denizde sondaj operasyonu yapmaktadır. Bu işçilerin bir kısmı ya geminin güvertesinde ya da makine dairesinde çalışması icap etmektedir. Açıklandığı üzere, bu gemiler nev-i şahsına münhasır özellikleri olan gemilerdir. Bu gemiler tahsis edildiği amaca uygun olarak inşa edilmiş, normal, sıradan, bilinen yapıda gemiler değildir. TPAO'nun ticari faaliyet amacına uygun olarak satın aldığı sondaj ve sismik gemileri normal gemi özelliğinin ötesinde yüksek teknolojiye sahip gemilerdir. O nedenle, derin sularda yapılacak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bu tür operasyonlar için TPAO, asıl işveren-alt işveren ilişkine girmek durumundadır.

Asıl işin bir bölümünde iş alan şirket aslında geminin büyük bir bölümünde işini icra etmektedir. Bu nedenle bir kısım alt işveren işçilerinin güvertede diğer bir kısmının makine dairesinde çalışmaları gayet doğaldır. Bu durumda alt işveren işçilerinin güvertede veya makine dairesinde

iş görmeleri onları geminin mürettebatına dahil gemi adamı yapmaz. Çünkü bu işçiler asıl işverenin işçileri değildirler, sondaj işi için alt işveren tarafından işe alınmış, münhasıran bu gemide ve sondaj faaliyeti için istihdam edilmiş işçilerdir. O nedenle, bu kimseleri gemi adamı olarak kabul etmek doğru değildir.

Örneğin gemi sabitleme işini gören, Dinamik Sabitleme Operatörü (sondaj yapılması için geminin sabit durmasını sağlayan kişi- Dynamic Positioning Operator - DPO) olan alt işveren işçisi, geminin önemli manevralarında gemi kaptanı gibi rol oynar. Ama bu çalışan geminin kaptanı değildir. Geminin seyir ve güvenliğinden sorumlu "Süvari (Master)" olarak kabul edilemez. Veleve ki gerçekten 1. Kaptan ehliyeti olan, hatta gemi adamı cüzdanına sahip biri olsun. Kaldı ki, işçi sondaj işinde çalıştığı için uzakyol kaptanı ehliyetli olduğu halde Minimum Safe Manning Certificate listesinde adı geçmeyebilir. Gemi sabitleme işi sondaj işinin en önemli bir parçasıdır. Bu işçi de sondaj operasyonunda, alt işverenin ekibinde bulunması gereken bir personeldir<sup>59</sup>. Geminin kaptanı ile koordineli olarak çalışmak zorundadır. O nedenle bu kimsenin asıl işverenin güvertede çalışan kaptanı gibi bir gemi adamı olduğu söylenemez. Çünkü geminin genel seyrinden sorumlu bir çalışan değildir. Deniz sondaj işine özgülenmiş, alanında yetkinliğe sahip bir alt işveren işçisidir.

Bir başka örnek verilecek olursa; gemide iş sağlığı güvenliği personeli (Safety Officer - HES) olarak iş gören alt işveren işçisi de geminin sondaj gemisi olması ve çok tehlikeli bir iş görmesinden dolayı alt işveren tarafından istihdamı zorunlu uzman bir çalışandır. Çalışma yeterlik belgesine sahip olan bu işçinin de Minimum Safe Manning Certificate listesinde adı geçmeyebilir. Sondaj işinde alt işveren işçisi olarak çalışan işçi görevi itibariyle denizci sınıfında yer almamakta ve hatta gemi adamı cüzdanı dahi bulunmamaktadır.

<sup>59</sup> Gemicilikten gelen, gemi kökenli personeller olan Roustabout, Crane Operator, AB, Assistant Crane Operator, Deck Foremen, Radio Operator, DPO, Senior DPO, SSL, Senior SSL, OIM, TSL, First Engineer, Second Engineer, Third Engineer, Motorman, Chief Mechanic, Mechanic, Electrician, Senior Electrician, Electrical Supervisor, ET, Senior ET, vb. pozisyonlarında çalışanlar da dinamik Sabitleme Operatörü (Dynamic Positioning Operator - DPO) sondaj işinde çalışan işçilerdir.

Alt İşverenlik Yönetmeliği'ne göre asıl iş, "mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş" olarak tanımlanmaktadır (AİY.md.3/1-ç). İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir. İşverenin kendi işçileri ve yönetim organizasyonu ile mal veya hizmet üretimi yapması esastır. Ancak asıl iş; işletmenin ve işin gereği, teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir (AİY.md.11)

Asıl iş, denizlerde petrol ve doğalgaz arama işidir. Derin sularda sondaj işi ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması nedeniyle alt işverene verilebilir. Bu niteliklere sahip bir iş, alt işverene verildikten sonra asıl işverenin aynı işi kendi işçilerine de yaptırmayı; yani asıl işin bir bölümünde alt işverenin ve asıl işverenin işçilerinin birlikte çalışmaları zaten mümkün değildir<sup>60</sup>. Hatta kanun koyucu asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak haklarının kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmasına izin vermemiştir (İş K.md.2/7).

Tüm bu açıklamalarımızın nihayetinde, alt işveren işçilerinin deniz taşıma işi görmedikleri ve gemi adamı olmadıkları kabul edildiğinden, 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinden yararlanabilecekleri sonucunu çıkartabiliriz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türkiye'nin anılan gemiler ile sondaj faaliyeti 2018 yılında başlamış ve bugüne kadar başarı ile devam etmektedir. Çalışmamıza konu olan Ankara 29. İş Mahkemesi'nin 15.09.2022 tarih ve 2021/1277 Esas ve 2022/539 Karar sayılı dosyadaki uyuşmazlıkta, davacı işçi, 2018-2021 yıllarında alt işveren GOE Petrol Şirketi tarafından üst üste kısa aralıklarla akdedilmiş belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilmiş ve daha sonrasında belirsiz süreliye dönüşen iş sözleşmesi ile çalıştırılmıştır.

Bilindiği üzere; 4857 sayılı İş Kanunu'na göre; "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde yapılan sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli

<sup>60</sup> GÜZEL Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.50; SÜMER, İş Hukuku, s.22; aynı yazar, Uygulamalar, s.73.

*sürelî işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir” (İş K.md.11/1). Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir” (İş K.md.11/2; TBK.md.430/2). Eğer esaslı bir neden var ise, üst üste belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilir (İş.K.md.11/3; TBK.md.430/2).*

Somut olayda belirli süreli iş veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif bir neden yok iken, iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde aynı ve değişik gemilerde davalı alt işveren GOE Petrol Şirketi nezdinde üst üste sözleşmeleri yenilenen davacı işçinin belirli süreli değil, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilmelidir. Aksi düşünüldüğünde söz konusu işçi iş güvencesinden yararlanamayacaktır<sup>61</sup>.

Sondaj işi, sürekli nitelikte bir iş olup, belirsiz süreli iş sözleşmesine konu olabilir. Hâlbuki gemi adamları ile yapılan sözleşmeler yapılan seferler göz önünde bulundurularak genelde belirli süreli olarak yapılmaktadır. Bununla birlikte sondaj işçileri aynı ve farklı gemi(ler) üzerinde uzun dönem değişik aralıklarla aynı veya farklı alt işveren nezdinde çalışabilirler. Bu işçilerin gördükleri ultra derin deniz sahasında petrol, gaz arama ve sondaj işi, niteliği itibariyle belirsiz süreli işlerdir. O nedenle, taraflar arasında yapılacak sözleşme, belirsiz süreli iş sözleşmesi olmalıdır.

İşçi 3 yıla yakın süredir anılan sondaj gemilerinde çalışmaktadır. GOE Petrol Şirketi nezdinde gemide yaklaşık 180 işçi çalıştığı bilinmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kabul edilen bu işçinin Kanununun 18. maddesindeki iş güvencesi koşullarını da taşıdığından, açtığı işe iade davasının kabulü gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade davasında her iki işverenin şekli (usûlî) bakımdan zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olup, davanın her iki işverene karşı

<sup>61</sup> SÜZEK/BAŞTERZİ, s.595-596; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.484; AKYİĞİT, s.306; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.135-138; MANAV, s.49; DEMİR, s.889-890; UŞAN, s.160.



açılması gerekir. Ancak, alacak davaları bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır<sup>62</sup>. Ayrıca asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, *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* (İş K.md.2/6). O nedenle, işe iade davası ve daha sonra açılacak alacak davasında işçinin ücret ve tazminat alacaklarından davalı şirketler birlikte sorumludur.

## SONUÇ

Taraflar arasındaki uyuşmazlık denizcilik hukukundan kaynaklı bir uyuşmazlık olmayıp, bireysel bir iş hukuku uyuşmazlığıdır. Davacı işçinin talebi, işçilik alacakları yanı sıra iş güvencesinden doğan haklardan yararlanmaktır. O nedenle, işe iade davası açabilmesi ve işçilik alacaklarının değerlendirilebilmesinde denizcilik hukuku kuralları değil, iş hukukunun kendine özgü kuralları geçerlidir. Somut uyuşmazlıkta tartışma konusu, sondaj gemilerinde çalışan işçinin gemi adamı sayılıp sayılmayacağı ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkindir. Karar incelemesine konu dosya gibi diğer yargı kararları incelendiğinde görüldüğü üzere; açılan işe iade davalarının genelinde sondaj işçilerinin Deniz İş Kanunu kapsamında gemi adamı olarak kabul edildiği ve bu nedenle iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaklarına hükmedilmiştir.

Yapılan karar incelemesinde deniz, deniz taşıma işi, gemi ve gemi adamı kavramları ele alınarak, taraflar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisi ve işçinin iş güvencesi değerlendirilmek suretiyle şu sonuca varılmıştır:

1. 4857 sayılı İş K.md.4 hükmü uyarınca, deniz taşıma işleri, bu Kanun kapsam dışında bırakılmıştır. Hâlbuki denizde yapılan sondaj işi, niteliği itibarıyla deniz taşıma işlerinden sayılmaz. İş Hukuku mevzuatı bakımından işin deniz ve/veya gemi üzerinde icra ediliyor olması, bu işte çalışanların Deniz İş Kanunu kapsamında oldukları konusunda yeterli ölçüt değildir.

<sup>62</sup> Yarg.9. HD., 10.10.2022, E.2022/13008, K.2022/11572; Yarg.9. HD., 25.5.2022, E.2022/5490, K.2022/6534, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat> (ET: 17.11.2024).

2. Gemi adamı, deniz iş sözleşmesine dayalı olarak, bir gemide veya gemi sayılan araçta deniz taşıma işinde çalışan işçidir. Geminin kaptanını, zabıtlarını, yardımcı sınıf gemi adamlarını, tayfalarını ve yardımcı hizmet personelini ifade eder (Yön.md.3/1-p). TPAO'ya ait gemilerde; deniz seferini, güvenliğini ve operasyonel işlevselliğini sağlamak için görevli, geminin yönetimi ve operasyonu için çalışan mürettebat, gemi adamlarıdır.

Sondaj gemileri genel yapı ve tahsis amacı itibariyle diğer ticaret gemilerinden farklı, nev-i şahsına münhasır gemilerdir. Geminin seyrüseferi dışındaki işlerde istihdam edilen açık deniz işçilerinin en bilinen örneği sondaj işçileridir. Sondaj işçileri sondaj operasyonlarıyla ilgilenir ve geminin yönetimi, sevk ve idaresiyle bir bağlantıları bulunmamaktadır. Bu nedenle, gemi adamı statüsünde değildirler. Kaldı ki, bu işçiler, karada veya denizdeki sondaj platformlarında çalışabilirler. Denizde çalışan sondaj işçileri genelde açık deniz platformlarında veya sondaj gemilerinde görev yapmaktadırlar. Açık deniz platformlarında sondaj işinde çalışanlar gemi adamı kabul edilmez iken, aynı işçilerin petrol/doğalgaz arama işini mobil halde, bir sondaj gemisinde yapmaları, onları gemi adamı sayılmalarını gerektiren özellikli bir durum değildir. Sondaj işçileri geminin sondaj işi ile ilgili iş ve operasyonlarına odaklanan ve petrol ve doğalgaz arama faaliyetlerinde görev yapan nitelikli personellerdir. Açık deniz işçileri olup, sadece gemide iş görmelerinden dolayı gemi adamı sınıfına dâhil edilemez. Gemi adamları, esasen bir geminin seyir ve seferini sağlamak, gemiyi işletmek ve bakımını yapmakla görevli personellerdir. Sondaj işçileri ise, petrol ve doğalgaz çıkarma operasyonlarında görev alırlar ve geminin yönetimi, sevk ve idaresiyle ve seyrüseferi ile doğrudan ilgilenmezler.

Denizcilik belgelerinin olması, aslında bu kimselerin deniz üzerinde çalışabilme yeterliliğine sahip olduklarını ve görev aldıkları iş için daha da nitelikli bir personel olduklarını gösterir. Yoksa gemi adamı olduklarını göstermez. Nitekim STCW, gemi adamlarının yeterliliklerini ve eğitim gerekliliklerini düzenlemekte; ancak açık deniz sondaj işçileri değil, sadece gemi sevk ve idaresinde görevli yürüten personeli kapsamaktadır.

3. MLC 2006 Sözleşmesi ile ilgili uygulamaya ilişkin bazı temel sorular cevaplanmak üzere ILO'ya iletilmiştir. Önemli sorulardan birkaçı

sondaj üniteleri ve bu ünitelerde çalışanların hukuki statüsü hakkında olmuştur. Komite tarafından verilen cevap yazısında, Sözleşmeye uyarlanan mevzuat gereği; eğitimleri ve nitelikleri nedeniyle STCW kapsamına giren kişiler hariç olmak üzere, açık deniz sondaj platformları ve Mobil Açık Deniz Sondaj Ünitelerdeki (Modular Offshore Drilling Unit - MODU'lardaki) teknik personelin gemi adamı olarak kabul edilmeyeceğini belirtilmiştir. Yönetmeliğin gerektirdiği belgelendirme konusunda ise yalnızca platformlar veya MODU'lar için gönüllülük esasının geçerli olduğu bildirilmiştir.

4. İster kanunun amacına uygun yorum ister zamana göre amaca uygun yorum yöntemi benimsenmiş olsun, iş kanunlarında gözetilen temel esas, işçinin korunması ilkesidir. Sondaj gemisinde çalışan işçiler ağır ve tehlikeli bir işte çalışmaktadır. Ultra derin deniz sahasında petrol, gaz arama ve sondaj işinde çalışma, bu işçilerin karada çalışanlara nazaran daha uzman ve profesyonel olmalarını gerektirmektedir. Gemide çalışan bu profesyonellerin, karada çalışan meslektaşlarına nazaran dezavantajlı olması hakkaniyete ve adalete uygun düşmez. Karada çalışan arkadaşları iş güvencesine sahip olduğu halde, deniz seferi yapan gemilerde iş görebilmek için onca yeterlik belgesi ve sertifikaya ihtiyaç duyan bu kimselerin sırf gemide çalıştıklarından dolayı gemi adamı olarak nitelendirilerek 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında bırakılması, dolayısıyla iş güvencesi hakkından mahrum edilmesi, işçiyi koruma ilkesi ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

5. TPAO, deniz ticaretinde faaliyet gösteren bir KİT kuruluşudur. TP-OTC ise, yurt içinde ve yurt dışında petrol doğal gaz arama, sondaj, üretim, taşıma, pazarlama, servis hizmetleri ve rafinaj gibi konularda faaliyette bulunan TPAO'nun bir iştirakidir. TPAO, henüz bu çalışma sahasında yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmadığı için bu alanda uzman yabancı şirketlerden hizmet almaktadır. Bu şirketlerden biri de GOE (Türkiye) Petrol Şirkettidir. Taraflar arasında iş hukuku anlamında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmaktadır. GOE Petrol Şirketi, TPAO'nun işyerinde mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverendir. TPAO'ya ait gemilerde deniz taşıma işi yapılmamaktadır. Daha profesyonel olan sondaj operasyonları gerçekleştirilmekte ve bu gemilerde görülen ağırlıklı iş, sondaj işidir. Sondaj operasyonu gemi deniz

seferinin (marine kısmının) dışında kalan; yani asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olarak yürütülmektedir. Sondaj işinde çalışan işçiler alt işverenin işçileri olup, geminin mürettebatına dahil, gemi adamı vasfına sahip işçiler değildirler.

6. Somut olay bakımından alt işveren ilişkini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6 vd. fıkra hükümleri ve iş güvencesini düzenleyen madde 18 vd. hükümleri Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemi adamı için daha elverişli hak ve menfaat sağlayan kanuni düzenlemelerdir. İş Kanunu'nda deniz taşıma işleri dolayısıyla bu işlerde çalışan gemi adamları kapsam dışında bırakılmıştır denilse de gemi adamına ilişkin özel kanun olan Deniz İş Kanunu'nda, diğer kanunlara yönelik atıf hükmü (DİK.md.48) uyarınca, işçi İş Kanunu'nun anılan hükümlerinden yararlanabilecektir.

Sonuç itibariyle, ister gemi adamı vasfına ve yeterliliğine sahip olduğu için Deniz İş Kanunu kapsamında kabul edilsin, ister İş Kanunu kapsamında olsun, yasal koşulları taşıyan sondaj işçisi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkına sahiptir.

**KAYNAKÇA**

- AKYİĞİT** Ercan, İş Hukuku, Ankara 2022.
- AYDINLI** İbrahim, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVII, Y.2013, Sa.4.
- AYKAÇ** Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.
- BAŞBUĞ** Aydın/**YÜCEL BODUR** Mehtap, İstanbul 2021.
- BEDÜK** Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012.
- CANBOLAT** Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.
- CHRISTODOULOU-VAROTSI** Iliana /**PENTSOV** Dmitry A., Maritime Work Law Fundamentals: Responsible Shipowners, Reliable Seafarers, Berlin Heidelberg 2008.
- ÇELİK** Nuri /**CANIKLIOĞLU** Nursen /**CANBOLAT** Talat /**ÖZKARACA** Ercüment, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2023.
- ÇİL** Şahin, Açıklamalı-İçtihatlı Kıdem Tazminatı (Kıdem Tazminatı), Ankara 2009.
- DEMİR** Fevzi, “İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları” Legal İHSGHD., 19/2008.
- DÜNDAR** Esra, Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Ankara 2012.
- GÖKÇE** Erdal, “Deniz İş Kanununun Hukuk Sistemindeki Yeri ve Niteliği”, İstanbul Barosu Dergisi, C.82, S.2, 2008.
- GÜZEL** Ali, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (15-18 Ekim 2013, Antalya) Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul 2014.
- GÜZEL** Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2004/1.

**KAR** Bektaş, İçtihatları ve Mevzuatları ile Deniz İş Hukuku, Ankara 2011.

**KILIÇOĞLU** Mustafa/**ŞENOCAK** Kemal, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.

**KOYUNCU** İbrahim Serdar, “Deniz İş Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesini Sona Erdiren Haller”, Deniz Hukuku Dergisi, Y.8 (2003), S.1-4, Şubat 2005.

**MANAV** Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.

**MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi/**ASTARLI** Muhittin/**BAYSAL** Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2022.

**OKAY** Sami, Deniz Ticaret Hukuku I, İstanbul 1970.

**SEVİMLİ** K. Ahmet, İş Hukukunda Kaptan, İstanbul 2001.

**SÜMER** Haluk Hadi, İş Hukuku, Ankara 2024.

**SÜMER** Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları (Uygulamalar), Ankara 2024.

**SÜZEK** Sarper, “İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması” (Düzenleme Boşlukları), Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993.

**SÜZEK** Sarper/**BAŞTERZİ** Süleyman, İş Hukuku, Ankara 2024.

**TEKİL** Fahiman, Deniz Hukuku, İstanbul 1993.

**UŞAN** M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2024.