

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**



**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN 2651 - 4141

E-ISSN 2667 - 4068

**Cilt 29, Ocak 2025, Sayı 1
Vol. 29, January 2025, No. 1**

Ankara 2025

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI Prof. Dr. Mehmet Naci BOSTANCI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* : Editor in Chief **:

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörlerler: Editors:**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Fahri Erdem KAŞAK Assoc. Prof. Dr. Fahri Erdem KAŞAK

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist. Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Dil Editörleri: Language Editors:

Dr. Öğr. Üyesi Burçak TATLI Assist. Prof. Dr. Burçak TATLI

Dr. Öğr. Üyesi Damla AKKAYA Assist. Prof. Dr. Damla AKKAYA

Yayın Editörü: Publication Editor:

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇITIR DULKADİROĞLU Res. Assist. Nihan ÇITIR DULKADİROĞLU

Arş. Gör. İrem Tuğçe DÖNGÜL Res. Assist. İrem Tuğçe DÖNGÜL

Arş. Gör. Elif BAYDEMİR Res. Assist. Elif BAYDEMİR

Arş. Gör. Fatih DÜŞGÜN Res. Assist. Fatih DÜŞGÜN

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Yüksel ERKAN

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

ISSN-2651-4141 E-ISSN 2667-4068

Yayıncı İletişim Adresi

Rektörlüklük: Yüce-tepe Mahallesi 85.Cadde No:8 06570 Çankaya/ANKARA

Tel: +90 312 546 00 00 Web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>

E-Posta: hukukdergi@hbv.edu.tr

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indeks tarafından taranmaktadır.



DANIŐMANLAR KURULU

Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hans-Peter SCHWINTOWSKI	Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat GaziosmanpaŐa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhittin ASTARLI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	İ. D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sūha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŐAOĐLU	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Kıdemli AraŐtırmacı Dr. Johanna RINCEANU	Max Planck Suç, Güvenlik ve Hukuk Araştırmaları Enstitüsü

Dergi Hakkında

1997 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayın hayatına başlayan dergimiz, 2018 yılından bu yana Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayın hayatına devam etmektedir.

Amaç ve Kapsam

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (HBV-HFD), bilimsel araştırma ilkelerine uygun bir şekilde, akademisyenler, uygulayıcılar ve araştırmacılardan gelen hukuki tartışma ve analizler içeren çalışmaları yayımlayan **çift-kör-gizli hakemli** akademik bir dergidir. HBV-HFD, hukuk alanında özgün bilimsel çalışmalar yayımlayarak ulusal ve uluslararası hukuk literatürüne katkıda bulunmayı amaçlar. HBV-HFD, Türk hukukunun dışında uluslararası hukuk, karşılaştırmalı hukuk ve Avrupa Birliği hukuku alanında da makaleler yayımlayarak uluslararası etkileşimini arttırmayı amaçlar.

Dergide makale ve çeviri türündeki çalışmalar yayınlanmaktadır. Dergide yayınlanan makaleler Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca dillerinde olabilir. Derginin içeriği hukuk ve hukukla ilişkilendirilen alanlardaki çalışmalardır. Özel hukuk ve kamu hukuku olmak üzere iki bölümden oluşan dergi yılda dört kez (Ocak-Nisan-Temmuz-Ekim) yayımlanmaktadır.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

HBV-HFD, uluslararası yayın etiği standartlarına uygun bir şekilde faaliyet gösterir. HBV-HFD yayın süreçlerinde Yayın Etiği Komitesi (**Committee on Publication Ethics, COPE**) tarafından yayınlanan Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama İlkeleri (**Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors**) ile Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri (**Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing**) benimser. Ayrıca Açık Erişim Dergiler Rehberi (**Directory of Open Access Journals, DOAJ**) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (**Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA**) tarafından yayınlanan yayın etiği standartlarını takip eder.

Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaftır ve önceden belirlenen usullere tabidir. Makale kabul süreci Dergipark sistemi üzerinden, ilgili birim ve kişilerin her an bilgi alabileceği ve her aşamayı takip edebileceği şekilde yürütülür.

Yayın Politikası

Yazarlar makalelerini Dergipark sistemi üzerinden dergiye yollarlar. Dergipark TÜBİTAK ULAKBİM çatısı altında, Türkiye’de yayımlanan akademik hakemli dergiler için elektronik ortamda barındırma ve editoryal süreç yönetimi hizmeti sunarak teknik destek sağlayan bir kuruluştur. Dergipark’a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about> Yazışmalar dahil olmak üzere Derginin bütün süreçleri Dergipark’ın yüksek güvenli ve sürekli güncellenen sistemi üzerinden gerçekleştirilir. Makale süreçleri, dosyalar ve yazışmalar Dergipark üzerinden arşivlendirilir.

Kural olarak yayım süreci tamamlanmış çalışmalar sonraki ilk sayıda yayımlanır. Ancak Editörler Kurulu, makale sayısı veya makale konularını dikkate alarak bazı makalelerin sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir. Bu halde yazarlar bilgilendirilir. Her yazarın dört sayıda bir makalesi yayımlanabilir. Bir yazarın birden fazla makale göndermesi durumunda, bir makalenin süreci tamamlanmadan diğer makalelerinin sürecine devam edilmez.

Yazarların Sorumlulukları

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkâr edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayım, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir. Etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayım sürecinden çıkarılır.

Yazar makalenin orijinal olduğuna, daha önce başka bir yerde yayımlanmadığına ve başka bir yerde, başka bir dille yayımlanmak üzere değerlendirmede olmadığına dair imzalı matbu **Etik Beyan Formunu** sisteme yüklemelidir.

Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılır. Başka yazarlar ile katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılır ve referanslarda belirtilir.

Çalışmanın oluşturulmasında içeriğe akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkı sağlamayan kişiler, yazar olarak belirtilmez. Yazarların isim sıralaması yazarların ortak kararını yansıtır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını **Telif Hakkı Devir Formunda** imzalı olarak belirtmek zorundadırlar. Çeviri eserlerde yazardan ya da yayım hakkına sahip kişi ve kurumdan yazılı yayım izni alınır ve bu izin belgesi, başvuru evrakına eklenir.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler (teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler) “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanır.

Yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkileri, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan eder.

Bir yazar yayımlanmış makalesinde belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Yazarlar kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduklarını veya deney yapılan deneklerin rızasının alındığını gösteren belgeye sahip olmalıdır.

Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir.

Yazar ismini ve ORCID numarası ile kurum bilgilerini açık, doğru ve eksiksiz olarak sistemde yer alan matbu **Kapak Sayfasına** yazar. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük

adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi yer verilir.

Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları

Editör, makalenin dergiye ulaşmasından yayımlanmasına kadar bütün yayım ve hakemlik sürecini yöneten ve derginin kalitesinden ve performansından sorumlu olan kişidir. Editör, Hukuk Fakültesi Dekanı tarafından, en az doktor unvanına sahip Üniversite öğretim elemanları arasından üç yıl süre için görevlendirilir. Editörlerden biri baş editördür.

Baş editör; alan editörleri ve editör yardımcıları arasındaki uyum ve koordinasyon ile yayımın kalitesinden sorumludur.

Her makalenin Dergipark sistemi üzerinden yazarlarca da görünen bir alan editörü ve editör yardımcısı bulunur. Görev dağılımı editörlerin ve editör yardımcılarının uzmanlık alanına göre yapılır. İş yükü ve izinli olma gibi sebeplerle bu kuralın dışında bir dağılım yapılması mümkündür.

Editörler, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir.

Alan editörleri dergiye gönderilen makaleleri kalite, içerik ve alana katkı açısından değerlendirir ve makalenin yayım sürecine girip girmemesine karar verirler. Bu aşamada makale sürece sokulmaksızın reddedilebilir.

Editör yardımcıları görevli oldukları makalelerin dergi yazım kurallarına uygunluğunu denetler; yazarların gerekli düzenlemeleri yapmasını sağlarlar. Editör yardımcıları ön inceleme süreci tamamlanan makaleleri, hakem atamalarının yapılması için ilgili alan editörüne yönlendirilirler. Editör yardımcıları yazarlarla iletişim kurar ve editörlere gerekli bilgilendirme ve hatırlatmaları yaparlar.

Makaleler alan editörleri tarafından çift taraflı kör hakem değerlendirmesine yollanır. Editörler; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermezler. Editörler hakem incelemesinin makul sürede tamamlanmaması halinde hakemle iletişim kurarak sürecin hızlandırılmasını talep edebilir veya yeni bir hakem ataması gerçekleştirebilirler.

Hakem incelemesi sonucunda editörler, hakem raporlarını değerlendirir. Editörler Kurulu toplanarak makalenin kabulüne, üçüncü bir hakeme gönderilmesine veya reddedilmesine karar verirler. Red kararının gerekçesi ve hakem raporları yazara gönderilir.

Makalelere ilişkin tüm bilgiler, makale yayımlanana kadar gizli tutulur.

Baş editör, yazarın bilgisi dahilinde gerektiğinde hata sayfası yayımlayabilir ya da düzeltme yapabilir.

Kör-Hakem İncelemesi Politikası/Hakemlerin Sorumlulukları

Bilimsel araştırma ve çeviri makaleleri için çift-kör-gizli hakem alan editörleri tarafından atanır.

Hakemler, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya fon sağlayanlarla çıkar çatışması bulunmaması esastır.

Makalelere atanacak hakemlerin yazarla aynı kurumdan olmaması esastır. Hakem değerlendirmeleri yazarla çıkar çatışması olmayan dış bağımsız hakemler tarafından gerçekleştirilmektedir. Yazarların akademisyen olması durumunda, hakemler mümkünse bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir. (Örneğin. Doktor öğretim üyesinin makalesi doçent ya da profesör ünvanlı akademisyenlere gönderilir.) Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

Hakemlerin kendilerine Dergipark üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 10 gün içinde cevap vermeleri esastır. Bu süre gerekirse iki kere daha 5 gün olarak uzatılır. Hakem daveti süresi içinde kabul etmez veya reddederse alan editörü sistem üzerinden daveti iptal ederek; başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.

Daveti kabul eden hakem Dergipark hesabı üzerinden makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.

Hakem incelemesi kural olarak 30 gün içerisinde tamamlanır. Gerekğinde alan editörü bu süreyi uzatabilir. Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.

Hakemler, **Hakem Değerlendirme Formunu** gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.

Makalelerin dergide yayımlanabilmesi için en az iki hakem tarafından yayıma uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayıma uygunluğuna karar vermesi talep edilir.

Hakemlerin ikisinin de yayıma uygun görmedikleri makaleler yayımlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayıma uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir.

Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışmazlar. Yazar tarafından herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durum editöre raporlarlar.

Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirilir. Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeler engellenir.

Yazarlar ile ilişkiler

Makalenin ilk inceleme aşamasında reddedilmesi halinde gerekçesi yazara bildirilir. Makalenin olumsuz hakem raporları nedeniyle reddedilmesi halinde ilgili hakem raporları ve gerekçe Dergipark sistemi üzerinden yazarla paylaşılır.

Yazarlar editörler ve editör yardımcılarıyla Dergipark sistemi üzerinden her zaman

iletişim kurabilir. Yazarların sorularını cevaplar; görüş veya şikayetlerini dikkate alır. Dergipark sistemi üzerindeki yazışmalar arşivde saklanır.

Editörler Kurulu

Baş editör, alan editörleri ve editör yardımcılarında oluşan editörler kurulu, yayım süreçlerinin işleyişinin yayım ilke ve kurallarına uygun ilerlemesini sağlamak için sürekli iletişim ve işbirliği içindedir. Düzenli olarak toplanır ve dergi yayım politikasına ilişkin kararları kolektif bir şekilde alırlar. Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

Danışma Kurulu

Farklı kurumlarda görev yapmakta olan akademisyenlerden oluşan danışma kurulu, derginin işleyişini takip ederek görüş ve önerilerde bulunur.

Açık Erişim İlkesi ve Telif Hakkı

Açık Erişim İlkesi

HBV-HFD, 2023 yılı 27/1. sayıdan itibaren **Creative Commons (CC)** lisansı kullanılarak yayımlanan açık erişimli bir dergidir. Derginin tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir.

Telif Hakkı

Yazarlar HBV-HFD dergisinde yayımlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları **Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)** olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanımı dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Makalelerin ticari hakları yayıncıda kalır. Yazarlar dergiye makale gönderirken **Telif Hakkı Devir Formunu** doldurur.

İntihal Politikası

Makaleler gönderim aşamasında Dergipark sistemi tarafından **İntihal.net** programı ile taranmaktadır. İntihal/kendi kendine intihal tespit edilirse yazarlar bilgilendirilir ve makale iade edilir.

Daha fazla bilgi için: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

YAZIM KURALLARI VE ŞEKİL ŞARTLARI

UYARI: Dergi yazım kuralları (dipnot ve referans sistemi) 27 Aralık 2024 tarihi itibarıyla güncellenmiştir. Bu sayıda eski yazım kuralları uygulanmıştır.

Dergimize gönderilen makalelerin Dergimiz yazım kurallarına ve şekil şartlarına uygun olarak hazırlanması gerekmektedir.

Dergiye makale gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “**Etik İlkeler ve Yayın Politikası**”nı inceleyiniz.

Yazar veya yazarların bilgileri, “**Kapak**” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.

Makaleyle birlikte aşağıdaki belgelerin de sisteme yüklenmesi gerekmektedir.

-Kapak Sayfası

-Etik Beyan Formu

-Telif Hakkı Devir Formu

Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:

o Akademik çalışma, “Microsoft Word” programında hazırlanmalı ve Latin alfabesi kullanılmalıdır.

o Akademik çalışmanın **ana metninin yazımında** aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
→ Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda, iki yana yaslı şekilde, 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.

→ Paragrafların ve başlıklarının yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

→ Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.

o Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.

o **Dipnotların** yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

→ Times New Roman yazı karakterinde, 10 punto harf boyutunda, iki yana yaslı şekilde, tek satır aralığı ile yazılmalıdır.

→ Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

Bölüm Başlıkları:

o Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

→ Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda ve kalın,

→ Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.

Başlıklandırmada aşağıdaki örnek dikkate alınmalıdır.

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Aynı İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve aynı ikame uygulaması

(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve aynı ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında aynı ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

Sözcük Sayısı:

o Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.

o Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

o Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir.

Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:

o Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

→ Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda, kalın, tümü büyük harflerle, 1,5 satır aralığı ile, metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.

→ Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

o Başlıktan sonra, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.

o Özet ve Anahtar Kelimelerin Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda, italik, iki yana yaslı şekilde ve tek satır aralığı ile yazılmalıdır.

→ Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

→ Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.

o Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı

dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.

o Çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında da aynı kurallara uyulmalıdır.

o Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca/Fransızca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.

Genişletilmiş özet:

Türkçe yazılan makalelerin uluslararası çevrelerde görünürlüğünü ve atıf oranını arttırmak amacıyla, **2022 yılı 27(1)** sayısından itibaren geçerli olmak üzere, **600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet (extended abstract) hazırlanmalıdır.** Burada makalenin amacı, hipotezi ve sonuçları kapsamlı bir şekilde özetlenmelidir. İngilizce yazım ve dil bilgisi kurallarına özen gösterilmelidir. Genişletilmiş özete diğer özetlerden sonra yer verilmelidir.

Atıf Kuralları ve Kaynakça:

Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

1. Kitaplar: Soyad, Ad, Eserin Adı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer ve Yıl.

Örnek: Ayhan, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

2. Makaleler: Soyad, Ad, “Makalenin Başlığı”, Makalenin Yer Aldığı Derginin Adı, Yıl, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek: Ayhan, Rıza, “Tasaruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, 1997, C. I, S. 2, s. 31-40.

3. Editörlü Eserler: Soyad, Ad, “Kitap Bölümünün Başlığı”, Kitabın Adı, Yayınevi, Baskı, Basıldığı Yer ve Yıl, Kitap Bölümünün Yer Aldığı Sayfa Aralığı, (Editör/ Editörler: Editörün Soyadı, Adı / Editörün Soyadı, Adı).

Örnek: Şenocak, Kemal, “Adi Ortaklık Sözleşmesi”, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 917-1151 (Editör: Öz, M. Turgut).

Çeviri Eserler için de aynı kural uygulanır, editör yerine “(Çevirmen: Çevirmenin Soyadı, Adı)” yazılır.

Örnek: Di Marzo, Salvatore, Roma Hukuku, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959 (Çevirmen: Umut, Ziya).

4. Yayımlanmamış Tezler: Soyad, Ad, Tezin Adı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans/ Doktora Tezi, Basıldığı Yer ve Yıl.

Örnek: Türkoğlu, Kamile, İdari Yargılama Usulünde Kesin Hüküm, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

5. İnternet kaynakları: İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örnek: Ayhan, Rıza, “Tasaruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, 1997,

C. I, S. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Erişim Tarihi: 13.06.2010)

6. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örnek: Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

7. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıflar da dahil olmak üzere bir kaynağa yapılacak atıflarda Soyad, sayfa numarası belirtilmelidir. Takip eden atıflarda da aynı kural uygulanır, ibid gibi kısaltmalar asla kullanılmaz. Birden çok sayfaya atıf yapılacak sayfa numaraları arasında virgül konulur. Takip eden belirli sayfalara atıf yapılacak sayfa numaraları arasında tire işareti konulur. Devam eden sayfalara atıf yapılacaksa “vd.” kısaltması kullanılır.

Örnek: Ayhan, s. 36.

Ayhan, s. 36, 54.

Ayhan, s. 36-38.

Ayhan, s. 36 vd.

8. Dipnotlara yapılan atıflar için sayfa numarasından sonra “dn.” kısaltması kullanılır ve dipnot numarası belirtilir.

Örnek: Ayhan, s. 36 dn. 5.

9. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise virgülden sonra çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: Ayhan, 2007, s. 53.

Ayhan, 1997, s. 33.

10. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: Ayhan, İşletme, s. 76.

Ayhan, Tasarruf, s. 33.

11. Türk mahkeme kararlarına yapılacak atıflar: Mahkemenin adı, kararın tarihi, esas numarası, karar numarası.

Örnek: YİBK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.lexpera.com.tr).

YHGK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Yayımlanmamış).

YCGK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Y. 6. HD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.corpus.com.tr).

Y. 6. CD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (YKD, C. 50, S. 2, s. 100 vd.).

Ankara BAM 3. HD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.legalbank.net).

Ankara BAM 3. CD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.kazanci.com.tr).

Ankara 3. BİM, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.lexpera.com.tr).

D. 6. D, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Türkoğlu, s. 52).

AYM, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Anayurt, s. 65 dn. 12).

AYM, T. 12.12.2024, B. No 2020/333, Ali Kınık Başvurusu (www.anayasa.gov.tr).

12. Yabancı mahkeme kararlarına yapılacak atıflar: Tüm çalışma boyunca aynı atıf usulü benimsenmek kaydıyla istenilen şekilde atıf yapılabilir.

About the Journal

In 1997, our journal, initially published under the name Gazi University Faculty of Law Journal, has continued to be published under the name Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Journal since 2018. The journal is abbreviated as HBV-FLJ. It has been indexed in **TR Index** since 27.05.2010 and also has been indexed in **DOAJ** and **ERIH PLUS** since December 2024.

Aim & Scope

Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Journal (HBV-FLJ) is a **double-blind anonymous peer reviewed** academic journal that publishes original research and analysis on legal issues from academics, practitioners and researchers in accordance with the principles of scientific research. The objective of HBV-FLJ is to make a contribution to the national and international legal literature by publishing original scientific studies in the field of law. The objective of HBV-FLJ is to enhance its international engagement by publishing articles pertaining to international law, comparative law, European Union law, and Turkish law.

The journal publishes articles and translations. These may be in either Turkish, English, German or French. The journal's content encompasses studies in the fields of law and law-related disciplines. It is divided into two sections: private law and public law. It is published four times a year (January-April-July-October).

Ethical Principles and Publication Policy

Ethical Principles

The HBV-FLJ adheres to the highest standards of ethical practice in accordance with internationally-agreed publication ethics guidelines. HBV-FLJ adheres to the **Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors**, as set forth by the **Committee on Publication Ethics (COPE)**, as well as the **Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing**. Furthermore, it adheres to the publication ethics standards set forth by the **Directory of Open Access Journals (DOAJ)** and the **Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA)**.

Transparency Principle

The operation of the journal is conducted in a transparent manner, in accordance with predetermined procedures. The article acceptance process is conducted via the Dergipark system, ensuring that relevant units and individuals are able to access information at any time and monitor the progression of each stage.

Publication Policy

Submissions are made by authors to the journal via the Dergipark system. Dergipark is an organisation affiliated with TUBITAK ULAKBIM, which offers technical assistance for peer-reviewed academic journals published in Turkey. This is achieved

through the provision of electronic hosting and editorial process management services. For further details regarding Dergipark, please refer to the following link: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about>. All processes pertaining to the journal, including communication, are conducted through Dergipark's highly secure and continuously updated system. The archiving of article processes, files and correspondence is facilitated through the Dergipark system.

In general, manuscripts that have been through the publication process are published in the first subsequent issue. However, the Editorial Board may opt to publish some articles in the next issue, taking into account the number of articles or the topic of the articles in question. The authors are informed of such decisions. Each author can have one article published in four issues. If an author submits more than one article, the process of the remaining articles cannot begin until the process of the first article is completed.

Responsibilities of Authors

The submitted articles must align with the purpose and scope of the journal. It is the responsibility of the authors to ensure that their articles comply with the relevant scientific and ethical rules. The following practices are considered unethical: plagiarism, duplication, false authorship or denied authorship, research or data fabrication, article slicing, the splitting of articles, copyright infringement and the concealment of conflicts of interest. Any articles that fail to meet the requisite ethical standards will be removed from the publication process.

The author is required to upload a signed and printed **Ethical Declaration Form** to the system, attesting that the article is original, has not been previously published elsewhere, and is not currently under consideration for publication elsewhere or in another language. Should copyrighted material (e.g. tables, figures or extensive quotations) be used, permission and acknowledgement must be sought.

The works of other authors and contributors, or the sources utilised, are referenced appropriately. Individuals who did not contribute directly to the academic and scientific content of the work in question are not to be indicated as authors.

The order of the authors' names is determined by a joint decision of the authors. It is the responsibility of all authors to indicate the author order in the **Copyright Transfer Form**.

In the case of translated works, written permission for publication must be obtained from the author or the person or organisation holding the right of publication. This permission document must be attached to the application document.

Individuals who do not meet the criteria for authorship but have contributed to the study (for example, by providing technical support, assisting in writing or providing only general support, or providing financial and material support) are listed in the section entitled "acknowledgements/information."

The authors declare any financial relationships, conflicts of interest, or competition of interest that have the potential to influence the results of the research or the scientific

evaluation.

In the event of an author identifying a significant error or inaccuracy in a published manuscript, it is their responsibility to immediately contact and cooperate with the editor for the purpose of correction or retraction.

It is the responsibility of the author to demonstrate that they have the requisite rights to use the data in question, that they have obtained the necessary permissions for the research and analysis, or that the consent of the subjects of the experiment has been obtained.

It is not permitted for an author to submit their work to more than one journal concurrently. Each application may be initiated only after the preceding one has been completed.

The author is required to provide their name, ORCID number and institutional information in a clear, accurate and comprehensive manner on the printed **Cover Page** within the system. The city and country information is to be provided subsequent to the university and faculty/directorate addresses.

Responsibilities of Editors and Assistant Editors

The editor is the individual responsible for overseeing the entire publication and refereeing process, from the initial submission of an article to its eventual publication. The editor's role is to ensure the quality and performance of the journal in question. The editor is appointed by the Dean of the Faculty of Law for a period of three years from among the academic staff of the University who hold at least a doctoral degree. One of the editors is the Editor-in-Chief.

The role of the Editor-in-Chief is to ensure the quality of the publication and to facilitate the harmony and coordination between field editors and assistant editors.

Each article is assigned a field editor and deputy editor, who are visible to the authors via the Dergipark system. The distribution of tasks is made in accordance with the respective areas of expertise of the editors and deputy editors. A distribution other than that specified above may be made for reasons pertaining to workload and periods of absence.

The evaluation of manuscripts is conducted by editors in a manner that is independent of the ethnic origin, gender, nationality, religious beliefs, and political philosophy of the authors.

The field editors assess the articles submitted to the journal in accordance with established criteria, including quality, content, and contribution to the field. Based on this evaluation, they determine whether the article should be included in the publication process. At this juncture, the article may be rejected without further consideration.

Deputy editors are responsible for ensuring that the articles under their purview adhere to the journal's style guidelines and that the authors implement the requisite corrections. Assistant editors then direct the articles that have undergone a preliminary review to the relevant field editor, who will appoint the referees. Assistant editors

liaise with authors, furnishing them with pertinent information and issuing necessary reminders to editors.

The field editors oversee the double-blind peer review process for the articles. It is the responsibility of the editors to ensure that there is no conflict of interest between the authors, editors and referees. Should the peer review not be completed within a reasonable timeframe, the editors may contact the referee and request that the process be accelerated or alternatively appoint a new referee.

Following the completion of the peer review process, the editor will undertake a detailed evaluation of the referee reports. The Board of Editors convenes to determine whether to accept the article, refer it to a third referee, or reject it. The rationale behind the rejection decision is conveyed to the author, along with the referee reports.

All information related to the articles is maintained in confidence until the article is published.

The Editor-in-Chief may publish an error page or implement necessary corrections with the author's knowledge.

Review and Responsibilities of Referees/Peer-review Policy

Double-blind-anonymous peer review is required for scientific research articles and translated articles.

They are appointed by the field editors. It is imperative that the referees are free from any potential conflicts of interest with regard to the research in question, the authors thereof, and/or the funders of the research.

It is imperative that the referees appointed to assess the articles in question are not affiliated with the same institution as the author. The evaluation of manuscripts is conducted by external, independent referees who are free from any conflicts of interest with the authors. In the case of academic authors, referees should be selected from among those with a higher academic title if possible. (For example. The article of a doctoral researcher is sent to academics with the title of associate professor or professor.)

In the context of blind peer review, the identity of the referees is kept confidential.

It is imperative that the referees respond to the invitation, which is sent to them via e-mail via Dergipark, with the article abstract attached, within 10 days. Should the necessity arise, this period may be extended twice more for a further five days. Should the referee fail to accept or reject the invitation within the specified timeframe, the field editor is able to cancel the invitation through the system and issue a referee invitation to an alternative candidate.

Once the invitation has been accepted, the referee is able to access both the article file and the Reviewer Evaluation Form via their Dergipark account. As a general rule, the referee review is completed within 30 days. However, should this be unfeasible, the field editor may extend this period. If the referee does not consider himself/herself competent on the subject of the article or if it is not possible to provide timely

feedback, he/she should notify the editor and request the cancellation of the referee process.

It is the responsibility of the referees to complete the **Reviewer Evaluation Form** in a truthful manner and to provide a well-founded assessment.

In order for an article to be published in the journal, it must be approved for publication by at least two referees. Referees are permitted to request either minor or major revisions to the article. In this instance, the author is required to make the necessary amendments to the article in accordance with the recommendations set forth by the referees. In the event that a minor revision is required, the revised article is then subject to further review by the relevant assistant editor. In the event of a major revision, the article is resubmitted to the same referee for a determination of its suitability for publication in its edited form.

Should both referees conclude that an article is not fit for publication, it will not proceed to publication. In the event that one of the referees considers the article unsuitable for publication, the editorial board may choose to reject it or to refer it to a third referee, taking into account the comments of the other referee on the article.

The confidentiality of all information pertaining to submitted manuscripts is maintained by referees. It is not permitted for referees or members of the editorial board to discuss articles with other individuals. Should they identify any instances of copyright infringement or plagiarism on the part of the author, they are obliged to report the matter to the editor.

The performance of reviewers is evaluated according to criteria such as the timeliness of their feedback. It is the policy of the journal to prohibit unkind and unscientific evaluations.

Relations with Authors

In the event that an article is rejected at the initial review stage, the author will be informed of the reason for this decision. Should the article be rejected on the grounds of unfavourable referee reports, the relevant reports and accompanying justification will be made available to the author via the Dergipark system. It is always possible for authors to communicate with editors and assistant editors via the Dergipark system. The editors respond to queries from authors and consider their feedback and grievances. All correspondence on the Dergipark system is archived.

The Editorial Board

The Editorial Board, comprising the Editor-in-Chief, Field Editors and Assistant Editors, maintains continuous communication and collaboration to guarantee that the publication process adheres to the established principles and rules. The editorial board meets regularly to collectively determine the journal's editorial policy. It is essential that the board is constituted with equal representation of genders.

The Advisory Board

The Advisory board, comprising academics from a range of institutions, oversees the

operations of the journal and offers insights and recommendations.

Open Access Statement and Copyright

Open Access Policy

HBV-HFD is an open access journal published under [Creative Commons \(CC\)](#) licence since issue 27/1 of 2023. The entire content of the journal is made available free of charge to the reader or the organisation to which the reader belongs. Readers may read, download, copy, search and link to the full text of the journal articles without permission from the publisher or author, except for commercial purposes.

Copyright

Authors hold the copyright of their work published in HBV-FLJ and their work is licensed under the [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International \(CC BY-NC 4.0\)](#) license. The Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) licence permits the sharing, copying, reproduction and adaptation of the work in any size and format, except for commercial use, including remixing, transforming and building upon the work, provided that proper attribution to the original work is given. Commercial rights of the articles belong to the publisher. Authors complete the [Copyright Transfer Form](#) at the time of submission to the journal.

Plagiarism Policy

Manuscripts are scanned by the Dergipark system with the [Intihal.net](#) programme at the submission stage. If plagiarism/self-plagiarism is detected, the authors are informed and the article is returned.

For more information: <https://dergipark.org.tr/en/pub/ahbvuhfd>

Writing Rules

NOTICE: The journal writing rules (footnote and reference system) have been updated as of December 27, 2024. The old spelling rules are applied in this issue.

Articles submitted to our journal must be prepared in accordance with the writing rules and format requirements of our journal.

For detailed information about submitting articles to the Journal, see [Ethical Principles and Publication Policy](#).

Author or authors' information should be given in the "**Cover**" form. Since the file from the author will be directed to the referee, the author information should not be included in the original text of the article.

The following documents must be uploaded to the system together with the article.

- "Cover" form,
- "Ethical Declaration Form"
- "Copyright Transfer Form"

You have access to the HBV-JLF Article format here.

Font, Size, Line Spacing and Writing of Paragraphs:

- o Articles should be written in “Microsoft Word” software.
- o The Latin alphabet should be used in the writing of articles.
- o The **main text** of the article should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font, 12 pt font size, Justify alignment, 1.5 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.
- o **Citations** for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.
- o The footnotes should be written in accordance with the following rules:
 - In Times New Roman font, 10 pt font size, justify alignment, single line spacing,
 - 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.

Chapter Titles:

- o All headings should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font, 12 pt font size, Left alignment, bold,

The following example should be taken into account in titling.

Example:

INTRODUCTION

I. PRINCIPLE OF SUBSTITUTE IN KIND II. APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SAME SUBSTITUTION IN THE SHARED GOODS SEPARATION REGIME

A. Shared Separation of Goods Regime

1. Generally
2. Commencement of Shared Property Separation Regime
3. Rights and Responsibilities of Spouses in the Shared Property Separation Regime
 - a. Rights of spouses
 - b. Spouses’ debts

B. Asset Tables and the Application of the In-kind Substitution Principle in the Shared Separation of Goods Regime

1. Generally
2. Spouses’ Personal Property
3. Family-Specific Goods
 - a. Goods dedicated to the common use and enjoyment of the family
 - b. Investments to secure the economic future of the family
 - c. Values that replace family-specific goods and in-kind substitution practice

(1) Examination of the concept of “substitute values” and the application of the prin-

- principle of substitution in kind in the regime of participation in acquired goods
- (2) Application of the principle of substitution in kind within the scope of family-specific goods

CONCLUSION

Word Count:

- o The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.
- o Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.

Language to be Used in Articles:

- o Articles written in Turkish, English and German languages are accepted to our journal.

Main Title, Abstract and Keywords:

- o The main title of the academic study should be written in accordance with the following rules:

- Times New Roman font, 12 pt font size, bold, Center alignment, 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading, All uppercase,

- o Before the text of the article, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.

- o Abstract and Keywords should be written in Times New Roman font, 12 pt font size, Italic, Justify alignment, Single line spacing,

- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.

- o Studies written in Turkish should include the English translations of the main title, abstract and keywords after the abstract and keywords written in the language in which the academic study is written.

- o The same rules should be followed in writing the English translation of the main title, abstract and keywords.

- o In addition to the English title, abstract and keywords, the author may also include German/French title, abstract and keywords.

Extended abstract:

In order to increase the visibility and citation rate of articles written in Turkish in international circles, an extended abstract of 600-800 words in English should be prepared, effective from issue 27(1) of 2022 . This should comprehensively summarize the purpose, hypothesis and results of the article. Attention should be paid to English spelling and grammar rules. The extended abstract should be placed after the other abstracts.

Citation Rules and Bibliography:

Materials cited in the bibliography should be styled as such:

- 1. Books:** Surname, Name, Title, Edition, Publisher, Place and Year.

Example: Ayhan, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

2. Articles: Surname, Name, “Title of the Article”, Title of the Journal, Volume, Number, pp.

Example: Ayhan, Rıza, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

3. Edited Works: Surname, Name, “Title of the Chapter”, Name of the Book, Edition, Publisher, Place and Year, pp., (Editor/Editors: Editor’s Surname, Name / Editor’s Surname, Name).

Example: Şenocak, Kemal, “Adi Ortaklık Sözleşmesi”, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, pp. 917-1151 (Editor: Öz, M. Turgut). The same rule is applied for translated Works: ‘(Translator: Translator’s Surname, Name)’ is written instead of the editor. Example: Di Marzo, Salvatore, Roma Hukuku, 2. Edition, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959 (Translator: Umur, Ziya).

4. Unpublished Thesis: Surname, Name, Title, Unpublished Master’s/Doctoral Thesis, Place and Year.

Example: Türkoğlu, Kamile, İdari Yargılama Usulünde Kesin Hüküm, Unpublished Master’s Thesis, Ankara 2010.

5. Online Materials: URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: Ayhan, Rıza, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, Vol. 1, No. 2, pp. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

6. If the material is co-authored; names of each author should be fully provided. Example: Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

7. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. Including first citation all citations to same resource material should be as such: Surname, page number. The same rule applies to subsequent citations; abbreviations such as *ibid* are never used. When referring to more than one page, a comma is inserted between the page numbers. A hyphen is placed between the page numbers to be cited to the following specific pages. The abbreviation ‘ff.’ is used when referring to the following pages. Example: Ayhan, p. 36.

Ayhan, p. 36, 54.

Ayhan, p. 36-38.

Ayhan, p. 36 ff.

8. For references to footnotes, the abbreviation ‘fn.’ is used after the page number and the footnote number is indicated.

Example: Ayhan, p. 36 fn. 5.

9. If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated after a comma.

Example: Ayhan, 2007, p. 53.

Ayhan, 1997, p. 33.

10. If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: Ayhan, İşletme, p. 76.

Ayhan, Tasarruf, p. 33.

11. References to Turkish court decisions: Name of the Court, Date of the decision, Basis number, Decision number, (information about access to decision).

Example: YİBK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.lexpera.com.tr).

YHGK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Unpublished).

YCGK, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Y. 6. HD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.coprus.com.tr).

Y. 6. CD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (YKD, Vol. 50, No. 2, p. 100 ff.).

Ankara BAM 3. HD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.legalbank.net).

Ankara BAM 3. CD, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.kazanci.com.tr).

Ankara 3. BİM, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (www.lexpera.com.tr).

D. 6. D, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Türkoğlu, s. 52).

AYM, T. 12.12.2024, E. 2023/34, K. 2024/186 (Anayurt, s. 65 fn. 12).

AYM, T. 12.12.2024, B. No 2020/333, Ali Kınık Başvurusu (www.anayasa.gov.tr).

12. References to foreign court decisions: Any citation may be made as desired, provided that the same citation procedure is adopted throughout the entire work.

*These rules have been updated as of December 27, 2024.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review

Cilt/Vol 29

Ocak/January 2025

Sayı/Number 1

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER* ARTICLES**

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibi Lehine Kurulan İpoteğin (İnşaat Teminat İpoteğinin) Hukuki Niteliği

The Legal Character of the Hypothec Established in Favor of the Landowner on Construction Contracts in Return For Land Share (Construction Security Hypothec)

Nihan KOYUNCU AKTAŞ 3-44

Araştırma makalesi/Research article

The Ever-Expanding Nature of Mandatory Mediation in Türkiye

Türkiye’de Zorunlu Arabuluculuğun Sürekli Genişleyen Kapsamı

Mustafa GÖKSU45-72

Araştırma makalesi/Research article

Toplu İş Hukuku Perspektifi ile İklimin Korunması

Climate Protection from the Perspective of Collective Labour Law

Hasan Alparslan AYAN..... 73-108

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Afet Yönetimi; Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu

Disaster Management; Positive Obligation of the State and Liability of the Administration

Süheyla Suzan GÖKALP/Melike ÇOLAKOĞLU KAPLAN..... 111-158

* Makaleler, yazarların ünvanı ve makale gönderim zamanlarına göre sıralanmıştır.

** The articles are listed according to the title of the authors and the time of submission.

Araştırma makalesi/Research article

Hükümet Dışı Örgütlerin İnsan Hakları Hukukuna Etkileri: Doğa Hakları için Küresel İttifak ve Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi Örneği

The Impact of Non-Governmental Organizations on Human Rights Law: the Case of the Global Alliance for the Rights of Nature and the International Rights of Nature Tribunal

Cansu KOÇ BAŞAR..... 159-196

Araştırma makalesi/Research article

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde İklim Değişikliği Davaları

Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights

Seher ÇAKAN 197-244

Araştırma makalesi/Research article

Belediye Başkan Yardımcılığının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Evaluation of the Deputy Mayorship in Terms of Administrative Law

Hikmet TOKGÖZ..... 245-280

Araştırma makalesi/Research article

Kısırlaştırma Suçu ve Hadımlaştırma

Sterilization Crime and Castration

Ramazan ARITÜRK..... 281-306

Araştırma makalesi/Research article

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu'nun Risk Grupları ve İlgililerin Yükümlülükleri Bağlamında İncelenmesi

Review of the European Union Artificial Intelligence Act in the Context of Risk Groups and Obligations of the Relevant Parties

Salih KARADENİZ 307-366

Araştırma makalesi/Research article

İdari Yargılama Usulünde Gizli Bilgi ve Belgelerin Yargılamaya Etkileri

Effects of Confidential Information and Documents on the Judgment in the Administrative Judicial Procedure

Miray ÖZHAN 367-412

Araştırma makalesi/Research article

İmar Planlarından Doğan Hukuki Uyuşmazlıklarda Dava Açma Süresi

The Time Limits of Litigation in Legal Disputes Arising From Zoning Plans

Semin YAVUZ GARGIN 413-458

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ARSA SAHİBİ LEHİNE KURULAN İPOTEĞİN (İNŞAAT TEMİNAT İPOTEĞİNİN) HUKUKİ NİTELİĞİ

THE LEGAL CHARACTER OF THE HYPOTHEC ESTABLISHED IN FAVOR OF THE LANDOWNER ON CONSTRUCTION CONTRACTS IN RETURN FOR LAND SHARE (CONSTRUCTION SECURITY HYPOTHEC)

Nihan KOYUNCU AKTAŞ*  

ÖZET

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin birçok görünümü mevcuttur. Arsa paylarının henüz başlangıçta yükleniciye devredilmesini öngören sözleşmelerde arsa sahibi yönünden bir teminat ihtiyacı belirir. Bu teminat ihtiyacını karşılamak amacı ile arsa sahibi lehine ipotek kurulması söz konusu olabilir. Çalışmamızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi lehine kurulan ve uygulamada inşaat teminat ipoteği olarak adlandırılan bu ipoteğin hukuki niteliği irdelenmektedir. Bu amaçla öncelikle asıl borç ilişkisi olan ve alacağı doğuran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ele alınmaktadır. İpoteğin hukuki niteliği belirlenirken arsa sahibinin bu sözleşmeden doğan ve teminat altına almayı amaçladığı alacağından yola çıkılmaktadır. Bu kapsamda yüklenicinin inşaat yapma şeklinde tezahür eden yapma borcuna karşılık belirsiz bir alacağı teminat altına alması nedeni ile üst sınır ipoteği kurulmaktadır. Ancak alacağın miktarının belirli olduğu hallerde anapara ipoteğinin kurulmasının önünde engel yoktur. İpoteğin hukuki niteliğine bağlı olarak değişen sonuçlar ayrıca ele alınmaktadır.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/İSTANBUL, **E-Posta:** nihankoyuncu.aktas@medeniyet.edu.tr, **ORCID:**0000-0002-8251-2629, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1517578.

- **Atf Şekli / Cite As:** Koyuncu Aktaş N, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibi Lehine Kurulan İpoteğin (İnşaat Teminat İpoteğinin) Hukuki Niteliği", *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.3-44.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Anahtar Kelimeler: İpotek, Üst sınır ipoteğı, Anapara ipoteğı, İpotek sözleşmesi, İnaaat teminat ipoteğı.

ABSTRACT

There are various perspectives on construction contracts in return for land share. In contracts that stipulate the transfer of land shares to the contractor at the outset, a need for security arises on behalf of the landowner. To meet this need for security, a hypothec may be established in favor of the landowner. In our study, the legal nature of this hypothec, known in practice as the construction security hypothec, which is established in favor of the landowner within the framework of construction contracts in return for land shares, is examined. For this purpose, firstly, the primary legal relationship, which is the construction contracts in return for land shares that give rise to the receivable, is addressed. When determining the legal nature of the hypothec, the focus is on the receivable arising from this contract that the landowner aims to secure. In this context, since the contractor's obligation to construct as an obligation to perform, an upper limit hypothec is established while an uncertain receivable is involved. However, there is no impediment to establish a capital hypothec when the amount of the receivable is certain. Thus, the varying consequences depending on the legal nature of the hypothec are also examined.

Keywords: *Hypothec, Upper limit hypothec, Capital hypothec, Contract of hypothec, Construction security hypothec.*

EXTENDED ABSTRACT

The contracts in return for land share have considerable advantages for both the landowner and the contractor. The contractors might spend their capital not on purchasing the land but on constructing on the existing plot. The landowners, in turn, can evaluate their land by becoming the owner of the construction on it through this means. Yet, construction contracts in return for land share do not possess a uniform structure. These contracts vary internally based on factors such as the intentions of the parties, local customs, and the mutual relationships between the parties involved. This study includes an analysis of the three most frequently encountered types in practice to clarify which types of contracts may necessitate a guarantee on behalf of the landowner. The study concluded that timing of the transfer of land shares is directly linked to the need for a guarantee. Therefore, a hypothec, as discussed in this study, can be established where the landowner fulfills his obligations before the contractor and transfers the land share after the contract is established. In other words, to mitigate the risk faced by the landowner regarding whether the contractor will act in accordance with the contract, it is possible to establish a hypothec on certain land shares transferred to the contractor (or on other immovable properties owned by the contractor or by a third party) in order to secure the landowner's personal claim arising from the contract. Therefore, accurate determination of the legal nature of this hypothec is very essential for the landowner's ability to recover

his receivable. The preliminary conclusion drawn is that the hypothec qualifies as a contractual hypothec. In fact, the Turkish Civil Code specifies two primary categories of hypothecs: contractual hypothecs and statutory hypothecs. The hypothec, which is the subject of our study, is not a statutory hypothec; rather, it is a hypothec that owes its existence to the hypothec agreement to be executed between the landowner and the property owner, along with its registration. Another significant finding is that this hypothec is predominantly an upper limit hypothec; however, depending on the agreement between the parties, it may also be a capital hypothec. Specifically, when the contractor's obligation to construct is secured, an upper limit hypothec is in place due to the existence of a receivable with an uncertain amount. Conversely, if the amount of the receivable is defined at the time the hypothec is established, there is no impediment to the establishment of a capital hypothec in favor of the landowner. For instance, if the amount of the landowner's receivable is determined—especially in cases of contractual breach where a fixed compensation or a penalty stipulated in the agreement is established—a capital hypothec may be established. However, if a contractual penalty calculated based on delay is aimed to be secured, then it shall be an upper limit hypothec since the duration of the delay is uncertain and it leads to an uncertain amount of receivables. It also shall be mentioned that in case if the amount of receivable is certain, both a capital hypothec or an upper limit hypothec may be established. Therefore, particularly in situations where a specific receivable, such as a contractual penalty or a fixed compensation is secured, it is essential to ascertain the true intent of the parties to determine the legal nature of the hypothec.

It is necessary to point out that the implications vary depending on the type of hypothec established in favor of the landowner. For instance, the scope of the security in terms of the receivable changes based on the type of hypothec established in favor of the landowner. In the case of a capital hypothec, the scope of the hypothec includes not only the principal receivable but also the secondary receivables stipulated in Articles 875 and 876 of the Turkish Civil Code. In contrast, the amount recorded under an upper limit hypothec represents the maximum amount that the creditor can recover. Additionally, any receivable exceeding the upper limit falls outside the scope of Article 864 of the Turkish Civil Code.

The distinction in the legal nature has consequences also in the enforcement law. The creditor shall primarily apply to the foreclosure of the pledge when it is a capital hypothec, whereas the principle does not extend to the receivable that exceeds the upper limit in upper limit hypothec. Furthermore, if the hypothec is subject to an unconditional acknowledgement of debt, an enforcement proceeding by way of a foreclosure with judgment can be conducted. Consequently, enforcement proceedings in capital hypothec are generally linked with the said enforcement process. Yet, in cases where the amount of the receivable is certain—as in capital hypothec that secured a penalty clause—yet it is uncertain whether it will materialize, the aforementioned type of enforcement cannot be pursued.

GİRİŞ

Nüfusun hızla artması, sanayileşmenin ilerlemesi ve sanayileşmiş şehirlere yönelen yoğun göçler, bu bölgelerde konut ve işyeri taleplerinin yükselmesine yol açmıştır¹. Ancak, özellikle şehir merkezlerinde yeni konut yapımına uygun yeterli yer olmaması ve bunun karşısında mevcut arsa fiyatlarının oldukça yükselmesi insanları yatay kentleşmeden farklı bir çözüme itmiştir. Müstakil ya da az katlı yapıların yerini aynı temelde daha fazla insanın konut ihtiyacını gidermeye yönelik yüksek katlı yapılar almıştır². Bu yapıların temelinde ülkemizin sosyo-ekonomik niteliğine paralel olarak çoğunlukla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yer almaktadır. Nitekim bu sözleşmeler ile beraber yüklenici finansal kaynağını arsanın satın alınması yerine arsa üzerinde inşaat yapımına kullanmakta arsa sahibi de arsası üzerinde yapı sahibi olarak arsasını değerlendirebilmektedir³. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden söz edilirken bir tek görünüm biçimi olan sözleşme işaret edilmez. Gerçekten uygulamada tarafların serbest iradesi ile şekillendirdiği birçok farklı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi görünümü mevcuttur. Bunlardan bazılarında arsa sahibinin bazılarında ise yüklenicinin, taraflar arasındaki sözleşmenin ihlaline bağlı olarak aldığı riskin yüksek olduğundan söz edilebilir. Örneğin arsa paylarının devrinin ve bağımsız bölüm yapma borcunun vaat edildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde risk dağılmıştır. Ancak arsa sahibinin henüz sözleşmenin kurulması esnasında borcunu ifa ettiği durumlarda bir teminat (güvence) ihtiyacı belirebilir. Zira bu

¹ Serap Helvacı, “Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması” *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan*, 1995, s. 287-293, s. 287.

² Helvacı S, s. 287-288.

³ Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler” *İMÜHFD*, 4 (2), 2017, s. 109-131, s. 110; Semih Yünlü, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 4. Arsa sahibinin tüketim amacından söz edilemeyeceği, arsasını değerlendirme amacıyla hareket ettiği gerekçesiyle taraflar arasındaki ilişkinin tüketici işlemi olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Yargıtay 23. HD. E. 2016/1972, K. 2017/882, T. 22.03.2017. Benzer yönde bkz. Yargıtay 20. HD. E. 2016/8260, K. 2916/8063, T. 20.09.2016; Yargıtay 23. HD. E. 2015/8284, K. 2918/3535, T. 05.06.2018 (Kazancı İçtihat Bankası) Yüklenicinin mesleki veya ticari bir amaçla hareket etmesine karşılık arsa sahibinin arsa payı devri karşılığında konut veya işyeri edinme amaçlı hareket etmesi halinde bunun bir tüketici işlemi olarak kabulü gerektiği yönünde bkz. Abdulkemir Yıldırım, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu”, *AÜHFD*, 71(3), 2022, s. 1165-1181, s. 1165. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şebnem Akipek Öcal, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin TKHK Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *9. Tüketici Hukuku Kongresi Tebliğ Metni*, Aristo, 2021, s. 1-37.

ihtimalde yüklenici henüz inşaat yapma şeklinde tezahür eden eser borcunu ifaya başlamamışken arsa sahibinin kendi borcunu ifa ettiği ve yüklenicinin borcunu ifa etmemesi riski ile karşı karşıya kaldığı görülmektedir. İşte bu gibi hallerde arsa sahibinin ihtiyaç duyduğu teminat arsa sahibi lehine kurulan ipotek ile çözülmeye çalışılmaktadır. Ancak hemen burada işaret edilmesi gereken husus uygulamada bu ipoteğin hukuki niteliğine ilişkin yanılığa bağlı olarak arsa sahiplerinin mağduriyet yaşadığıdır. İpoteğin kurulması esnasında ipotek miktarının gerçekçi olarak belirlenmesi arsa sahibi açısından son derece önemli olmakla birlikte ipotek miktarının doğru öngörülmemesi ya da ipoteğin türü konusundaki yanılığın, arsa sahibinin başlangıçta teminat altına aldığını düşündüğü alacağına kavuşamamasına neden olan faktörlerden biridir⁴.

Tüm bu nedenlerle çalışmamızda öncelikle teminat ve ipotek kavramlarına yer verilmektedir. Akabinde ipoteğe konu asıl borç ilişkisi olan, arsa sahibi ve yüklenici arasında akdedilmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin görünüm türlerine yer verilerek özellikle hangi tip sözleşmelerde teminat ihtiyacının doğacağı irdelenmektedir. Nihayet arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi lehine kurulan ipoteğin hukuki niteliği olasılıklar üzerinden değerlendirilerek buna bağlı sonuçlar Yargıtay kararları ile birlikte ele alınmaktadır.

I. GENEL OLARAK TEMİNAT VE İPOTEK KAVRAMI

Dar anlamı ile teminat kavramından alacaklıya, borcun ifa edilmemesi halinde asıl borçlunun veya üçüncü kişinin malvarlığı değerlerine başvurma imkânı sunan haklar anlaşılır⁵. Bu bağlamda konumuzu teşkil eden ipotek bir taşınmaz rehni olarak dar anlamda teminat kavramının tipik örneğidir⁶.

Rehin hakkı, malikin mülkiyet hakkına dahil olan paraya çevirme yetkisinin bağımsızlaştırılması ile oluşmuştur⁷. Bu hak, hak sahibi rehinli alacaklıya, alacak yerine getirilmediği vakit rehne konu taşınır, taşınmaz mülkiyeti ya da rehne konu hakkı paraya çevirme ve elde edilen meblağdan

⁴ Metin Yeşil, *Tapu İşlemleri Uygulama & Mevzuat*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Basım, 2016, s. 209.

⁵ Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, Filiz Kitabevi, 2015, s. 15.

⁶ Çetiner, s. 15.

⁷ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, 2021, N. 3177. TMK m. 873/I: Borç ödenmezse alacaklı, alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir.

alacağını elde etme yetkisi verir⁸.

Türk Medeni Kanunumuz⁹ rehin hakkını taşınır ve taşınmaz rehni olmak üzere iki ana başlıkta düzenlemekte, hak üzerinde rehni, taşınır rehni içinde ele almaktadır¹⁰. Taşınmaz rehininin ise sadece ipotek, irat senedi ve ipotekli borç senedi olarak kurulması mümkündür (TMK m. 850). Belirtmek gerekir ki, taşınmaz rehininde rehin hakkı genel olarak, arazi değerinin tedavül ettirilmesi ve kişisel alacağı teminat altına alma işlevi görür¹¹. Konumuzu teşkil eden ve bir taşınmaz rehni türü olan ipotek ise kişisel alacağı teminat altına alma fonksiyonunu haizdir¹². Diğer taşınmaz rehinlerinde olduğu gibi ipotek hakkı, ipotek hakkı sahibine taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak ve dolayısı ile mutlak hak sağlar¹³. Yine diğer rehin hakları gibi alacağa bağlı (fer'i) niteliktedir¹⁴. Bu özelliği gereği alacağın sebebini oluşturan temel hukuki işlemin geçersizliği ipotek tescilini de yolsuz tescil haline getirir¹⁵.

İpotek, taşınmaz malikine, borcun ifa edilmemesi halinde taşınmazın satılıp paraya çevrilmesine katlanma yükümlülüğü getirir¹⁶. Ancak taşınmaz malikinin borçtan şahsen sorumlu olması mümkünse de bu zorunlu değildir¹⁷. Gerçekten, ipoteye konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez (TMK m. 881/II). Diğer bir ifade ile taşınmaz maliki, başkasının borcu için de taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmiş olabilir yahut ipotekli taşınmazı sonradan iktisap etmiş olabilir¹⁸. Her ne kadar bu ihtimalde

⁸ A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin, 2022, s. 645; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3177.

⁹ RG. 08.12.2001/24607.

¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3178.

¹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3183-3184; İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, On iki Levha, 2008. s. 3; Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku Cilt IV/1*, (Yazarlar Gökhan Antalya, Murat Topuz), Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, 2021, s. 120; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, 2008, s. 515.

¹² Peter Tuor/ Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Auflage, auf Grund der 11. Auflage (1995) und des Supplements (1999) neu bearbeitet und ergänzt, Schulthess Juristische Medien AG, 2002, s. 1004.

¹³ Helvacı İ, s. 5; Gönen, s. 996.

¹⁴ Bu konuda bkz. Çetiner, s. 99 vd.

¹⁵ Ayrıca bkz. Helvacı İ, s. 133.

¹⁶ Tuor/Schnyder/Schmid, s. 1005.

¹⁷ TMK m. 881/II. Taşınmaz malikinin borçtan şahsen sorumlu olmasının zorunlu olmaması karşısında ipotek sözleşmesi ile borcu doğuran asıl borç ilişkisinin taraflarının farklı olabileceği anlaşılmaktadır.

¹⁸ Christina Schmid-Tschirren, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/ Fankhauser Roland (Hrsg.), *ZGB Kommentar*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl.,

malik borçtan şahsen sorumlu değilse de borcun borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde üzerinde ipotek kurulmuş taşınmazın ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla satılması tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir¹⁹. Ancak taşınmaz malikin sorumluluğu taşınmaz değeri ile sınırlı bir sorumluluktur²⁰. Böylece, ipotegin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takip neticesinde elde edilen meblağ tüm alacağı karşılamazsa alacaklı, alacağın geri kalan kısmının ifasını borçtan şahsen sorumlu olmayan taşınmaz malikinden değil ancak borçludan talep edebilir²¹.

Taşınmaz teminatı olan ipoteye duyulan ihtiyaç, çoğunlukla borçlunun ödeme gücüne olan güvensizlikten kaynaklanmaktadır. Bir diğer söyleyişle, borçlunun mali durumuna, özellikle ödeme gücüne ve borca uygun hareket edeceğine güven duyulduğunda genellikle teminata ihtiyaç kalmaz²². Buna ilaveten, ipoteye konu borç ilişkisinde genellikle taraflardan birinin sözleşme gereği önce ifa ile yükümlü olması teminata duyulan ihtiyaç noktasında öneme sahiptir²³. Önce ifa ile yükümlü olan taraf, diğer tarafın borca uygun hareket edip etmeyeceği konusunda pasif bir bekleme durumundadır. Bu bekleme durumuna bir güvensizliğin eşlik etmesi kuvvetle muhtemeldir. İşte öncelikle ifa edilen edim vasıtasıyla sağlanan *kredide*²⁴ karşı tarafın edimini ifa etmeme riskine karşılık alacaklı kendisine teminat gösterilmesini isteyebilir²⁵. Alacaklının taşıdığı kredi riskine karşı koruma işlevini yerine getirecek temel

2021, Art 824 N 8; Urs Fasel, *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB – Art. 1-61 SchlT ZGB*, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl, 2023, Art 824, N. 4; Rona Serozan, “Taşınmaz Rehni”, *İÜHFMD*, 64(2), 2006, s. 301-324, s 313. (Taşınmaz Rehni); Helvacı İ, s. 13; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin, 2022, s. 715.

¹⁹ Serozan, Taşınmaz Rehni, s 317; Helvacı İ, s. 13; Etem Saba Özmen/Melek Bilgin Yüce, “İnşaat Projeleri Çerçevesinde Taşınmazda (Arazide) Mevcut İpoteklerin Kat İrtifakına/ Kat Mülkiyetine Geçiş Sonrası Hüküm ve Sonuçlarının Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *GÜHFD*, 2022(1), s. 871.

²⁰ Helvacı İ, s. 312.

²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3421; Çetiner, s. 143; Antalya, s. 121; Ertaş, s. 516; Gönen, s 997.

²² Çetiner, s. 13.

²³ Çetiner, s. 13.

²⁴ Önce ifa ile yükümlü olunan durumlarda öncelikle ifa edilen edimin karşı tarafa yönelen bir tür kredi niteliğinde olduğu belirtilmektedir. “Önce edim kredisi” hakkında bkz. Çetiner, s. 13.

²⁵ Halbuki tarafların aynı anda ifa ile yükümlü olduğu durumda teminata duyulan ihtiyaç azalır. Zira bu halde ödemezlik defii teminatla amaçlanan işlevi yerine getirerek alacaklıya borcu ifadan kaçınma imkânı sunar. TBK m. 97 ve 98’de düzenlenen defilerin geniş anlamda alacaklıya kanunen sağlanan teminat aracı olduğu yönünde bkz. Çetiner, s. 14. Ayrıca bkz. Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 302.

araç teminatıdır. Aynı teminatlarda teminat vasıtası kural olarak taşınır veya taşınmaz bir eşyadır²⁶.

Konumuz açısından teminat ise arsa sahibinin, borçlu-yüklenicinin borca uygun hareket edeceğine güvensizliği ya da kendini güvence altına alma ihtiyacı ile beraber arsa sahibi lehine kurulacak ipoteği²⁷ işaret etmektedir. Arsa sahibi lehine kurulacak ipoteğin, arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilmiş olan arsa payları üzerinde kurulması mümkün olduğu gibi yükleniciye ve hatta üçüncü kişiye ait bir taşınmaz üzerinde kurulması da mümkündür. Uygulamada²⁸ ve Yargıtay kararlarında²⁹ inşaat teminat ipoteği³⁰ olarak adlandırılan bu ipotek çoğunlukla arsa paylarının devri esnasında kurulmakla birlikte sonradan kurulmasının önünde bir engel yoktur³¹.

II. İPOTEĞE KONU ASIL BORÇ İLİŞKİSİ: ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

İnşaat sözleşmeleri arasında oldukça yaygın bir kullanımı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahipleri ile yüklenici arasında akdedilen rızai bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tarafların ulaşmak istedikleri amaç, çoğunlukla yapının tamamlanarak kat mülkiyetine çevrilmesi ve tarafların kendilerine düşen bağımsız bölümlere sahip olmasıdır³². Bu amaçla arsa sahibi, arsa paylarının bir bölümünü yükleniciye (veya üçüncü kişiye) devretme borcu altına girmektedir. Yüklenici ise arsa üzerinde arsa paylarının karşılığı olarak bağımsız bölüm inşa ederek bu bölümlerden arsa sahibine ait olanları arsa sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır³³. Tarafların

²⁶ Çetiner, s. 14.

²⁷ Teminat, teminat verenin malvarlığı unsuru (taşınmaz) üzerinde alacaklıya hak sağlamak sureti ile kurulduğundan burada bir aynı teminat söz konusudur.

²⁸ Tapu uygulamasında inşaat teminat ipoteği ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Yeşil, s.276. Ayrıca bkz. Nezih Sütçü, *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt -1*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, 2016, s. 822.

²⁹ Örnek için bkz. İstanbul BAM, 15. HD. E. 2023/254 K. 2023/185 T. 15.2.2023 (Lexpera). Yargıtay 23. HD. E. 2014/6272, K. 2014/7272, T. 14.11.2014. (Kazancı İçtihat Bankası)

³⁰ Terminoloji olarak inşaat teminat ipoteği ifadesinin inşaatçı ipoteği ile karışıklığa neden olacağı belirtilmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3485, dn. 346). İnşaatçı ipoteği, diğer bir ifade ile yapı alacaklısı ipoteği hakkındaki açıklamalarımız için bkz. III/A.

³¹ Yeşil, s. 209.

³² Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Der Yayınları, 2010, s. 3. (Arsa Payı)

³³ Yüklenici eser meydana getirme borcu altında ise de arsa sahibinin borcu ücret ödeme değildir. Böylece, esaslı unsuru ücret olan eser sözleşmesinden ayrılmaktadır. Arsa sahibi, arsa payının mülkiyetini devretme borcu altındadır. Bu nedenle eser sözleşmesi ve taşınmaz satış sözleşmesi ya da taşınmaz satış vaadi sözleşme tiplerinin esaslı unsurlarının bir arada olduğu tek bir sözleşme mevcuttur. İki farklı sözleşme tipinin unsurlarından oluştuğu için

birbirine karşılık gelen yükümlülüklerinden de görüleceği üzere burada tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme mevcuttur³⁴. Arsa sahibi, inşaatın tamamlanarak bağımsız bölümün kendisine teslimi konusunda alacaklı, arsa payının mülkiyetini devir yönünden borçludur³⁵. Arsa sahibinin bu borcuna karşılık olarak yüklenici, inşaatı bitirip bağımsız bölümü teslim yönünden borçlu iken arsa paylarının mülkiyetini devir yönünden alacaklıdır. Arsa sahibinin borcu

çift (iki tipli) karma sözleşme niteliğindedir (Bu yönde, Özer Seliçi, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 11; Yavuz, s. 116; Bilal Kartal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Bıçımı (I)”, *Yargıtay Dergisi*, 9(1-2), 1983, s. 112; Zekeriya Kurşat, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, *Ergun Özsunay'a Armağan*, 2004, s. 752; İbrahim Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Yetkin, 2013; s. 271; Yünlü, s. 8-9; Sütçü Cilt 1, s. 34). Şunu da belirtmek gerekir ki, TMK m. 1009 hükmünde şerh verilebilecek kişisel haklar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan hak da sayılmaktadır. Ancak bu durum bu sözleşmeyi isimli bir sözleşme haline getirmemektedir (Aynı yönde Suat Sarı, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, *İÜHFMD*, 64(2), 2006, s. 276; Volkan Çetinkaya, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde İş Sahibinin Seçimlik Hakları*, Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022, s. 43). Zira bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak kabulü için o sözleşmenin kanunda adının zikredilmiş olması yeterli değildir, sözleşmenin esaslı unsurlarının düzenlenmiş olması gerekmektedir (Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *İÜHFMD*, 55, 1996, s. 265). Karma niteliği gereği sözleşmenin amacı ve taraf iradeleri nazara alınarak borçlanılan edimin ait olduğu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir (Helvacı S, s. 290, Erman, Arsa Payı, s. 4-8). Doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani ya da sürekli edim doğuran sözleşme türlerinde hangi gruba dahil olacağı tartışma konusudur. Bu tartışmanın temelinde uzun yıllara yayılan inşaa faaliyetinin nitelendirmesi yer almaktadır. İnşaa faaliyeti ne kadar uzun sürerse sürsün bir ifaya hazırlık niteliğinde olduğu, arsa sahibinin ifa menfaatinin inşaatın tamamlanarak bağımsız bölümün kendisine teslimi ile gerçekleşecek olması nedeni ile ani edimli sözleşme olduğu yönünde bkz. Kurşat, s. 753; Yavuz, s. 116; Zafer Kahraman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan “Avans Tapu” Kavramının Değerlendirilmesi”, *YUHFD*, 18(2), 2021, s. 786 (Değerlendirme). Buna karşılık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde işin yürütülmesine ilişkin fiillerin ifaya hazırlık olarak değerlendirilemeyeceği burada sürekli borç ilişkisi mevcut olduğu yönünde bkz. Kartal, s. 111. Karş. Hasan Erman, “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, *Yargıtay Kararlar Dergisi*, 10, 1982, s. 517. (Karar İncelemesi) Eser sözleşmesinin özel bir görünümü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uzun sürelerle yayıldığı ve yüklenicinin emeği de dikkate alınarak sözleşmenin geçici-sürekli karmaşığı bir yapıya sahip olduğu yönünde bkz. YİBGK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde Yünlü, s. 9 vd. Eser sözleşmesi yönünden bkz. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 166. (Sözleşmeden Dönme)

³⁴ Yavuz, s. 116; Yünlü, s. 7; Yasemin Durak, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, *İNÜHFD*, Özel Sayı 1, 2015, s. 213.

³⁵ Erman, Arsa Payı, 1; Öz Seçer, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Yetkin, 2023, s. 6 vd; Sütçü, Cilt 1, s. 33; Kaplan, s. 272; Filiz İpekyüz/Abdurrahman Aslan, “Üçüncü Kişinin, Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkına (Arsa Payı ya da Bağımsız Bölüm) Hak Kazanma Şartları”, *DÜHFD*, 28(49), 2023, s. 534.

açısından taşınmaz mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşme bu özelliği gereği şekle tabidir³⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu kütüğüne şerh verilerek etkisinin güçlendirilmesi de mümkündür (TMK m. 1009/I). Bununla birlikte şerhe konu hakkın, yüklenicinin arsa payının devrine yönelik alacak hakkı olduğu gözetildiğinde arsa payının tamamı ya da belirli bir kısmının daha başlangıçta yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde şerhe ihtiyaç duyulmayacağı anlaşılmaktadır³⁷.

A. Sözleşmenin Görünüm Biçimleri

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tanımlanırken uygulamada sıklıkla karşılaşılan türleri göz önünde bulundurulmaktadır. Bununla birlikte sözleşme serbestisi çerçevesinde bu sözleşmelere farklı içerik kazandırılması mümkündür³⁸. Burada genel hatları ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi türlerine yer verilip akabinde çalışma konumuz olan ipoteğe konu olabilecek sözleşme özelinde somutlaştırma yapılması amaçlanmaktadır.

1. Arsa Sahibinin Arsa Payının Satışını Vaat Edip Yüklenicinin Arsa Üzerinde İnşaat Yapmayı Taahhüt Ettiği Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Bu tür sözleşmelerde arsa sahibi, yükleniciye düşecek bağımsız bölüme isabet edecek arsa payını devretmeyi taahhüt etmektedir³⁹. Yüklenici ise arsa üzerinde inşaat yapma borcu altındadır. Görüleceği üzere taşınmaz satış vaadi ve inşaat yapımı aynı sözleşmede düzenlenmektedir⁴⁰. Uygulamada daha sık

³⁶ TMK m. 706 hükmü uyarınca taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu hükümlerle düzenlenen şekil geçerlilik şeklidir (TBK m. 12/II). Tapu Kanunu (RG. 29.12.1934/2892) m. 26 uyarınca resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir. Bununla birlikte 23.06.2022 tarihli 7413 sayılı Kanun ile noterlerin görevleri arasına taşınmaz satış sözleşmesi yapmak da dahil edilmiştir (Noterlik Kanunu (RG. 18/1/1972, Sa. 14090) m. 60/3). Ayrıca bkz. Noterlik Kanunu m. 61/A. Noterlik Kanunu m. 60/III ve 89 maddeleri uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Ayrıca, karma niteliği gereği arsa sahibinin borcunun sözleşmede belirtilen arsa payının parasal değeri olarak kabulü ile beraber sözleşmenin bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği, bu ihtimalde resmi şekilde yapılmamış olsa bile sözleşmenin geçerli olacağı yönünde bir inceleme için bkz. Erman, Karar İncelemesi, s. 516-517.

³⁷ Bu yönde bkz. Sarı, s. 280.

³⁸ Etem Saba Özmen/ Tuba Akçura Karaman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, *İBD*, 87(1), 2013, s. 48. Ayrıca bkz. Zekeriya Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 2. Baskı, Filiz, 2024, s. 7 vd.; İpekyüz/Aslan, s. 536.

³⁹ Erman, Arsa Payı, s. 15. Bu tür sözleşmelerin uygulamada Ankara ekolü sözleşmeler olarak adlandırıldığı yönünde Çetinkaya, s. 28, dn. 130; Durak, s. 214.

⁴⁰ Erman, Arsa Payı, s. 15; Durak, s. 214.

karşılaşılan bu yöntemdeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde çoğunlukla yüklenicinin borcunu ifası akabinde arsa payları devredildiğinden arsa payının devrinin diğer tip sözleşmelere nazaran ileri itildiği belirtilmektedir⁴¹.

2. Arsa Paylarının Kısım Kısım Devrini Öngören Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Bu sözleşmeler uyarınca arsa payı inşaatın belli aşamaya ulaşması halinde ve kısım kısım yükleniciye devredilmektedir⁴². Bu ihtimalde arsa sahibi birinci katın yapımı sırasında payın belirli oranının devri gibi, bağımsız bölümler tamamlanarak kendisine teslim edilene kadar arsanın mülkiyetini uhdesinde bırakarak inşaat ilerledikçe kısım kısım devretmektedir⁴³. Örneğin temel üstü inşaatın tamamlanmasında belirli bir payın, kaba inşaatın tamamlanmasında belirli başka payın, ince inşaatın tamamlanarak teslimi halinde yükleniciye düşmesi taahhüt edilen arsa paylarından son bölümün yükleniciye devri söz konusu olabilir⁴⁴. Görüleceği üzere bu görünümde yüklenici sözleşmede kararlaştırılan inşaat seviyesini tamamlaması ile beraber ve o seviyenin karşılığı olan arsa payına hak kazanmaktadır⁴⁵. Bunun neticesinde yüklenici, kısım kısım elde ettiği bu arsa paylarını üçüncü kişilere satabilmektedir⁴⁶. Burada inşaatın ulaştığı seviyeye göre kısım kısım devredilen payların üçüncü kişilere satışı ile genellikle inşaatın devamı için kaynak ve finansman yaratılması amaçlanmaktadır⁴⁷.

Bu tip sözleşmelerde arsa sahibi sözleşme uyarınca yükleniciye isabet edecek olan bağımsız bölümlerin üçüncü kişiye devir yetkisini yükleniciye verebilir⁴⁸. Burada da arsa sahibi, yüklenici ile arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borcun ifası yoluna gitmektedir. Zira yüklenici, temsil yetkisi uyarınca üçüncü kişiye devrettiği arsa payının bedeline hak kazanmaktadır. Yüklenici, arsa sahibi adına hareket eden kişi olarak gözükmesine rağmen satış bedeli yükleniciye verildiğinden arsa sahibinin

⁴¹ Seçer, s. 118.

⁴² Erman, Arsa Payı, s. 14; Helvacı S, s. 291.

⁴³ Helvacı S, s. 291; Yünlü, s. 25.

⁴⁴ Örnek için bkz. Seçer, s. 117. Bu sayede inşaat tamamen bittiğinde sözleşme ile yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlere isabet eden payların tamamı yükleniciye devredilmiş olmaktadır (Helvacı S, s. 291).

⁴⁵ Seçer, s. 117.

⁴⁶ Yünlü, s. 25.

⁴⁷ Seçer, s. 117.

⁴⁸ Seçer, s. 117.

sözleşmeden doğan pay devri borcunun ifası niteliğindedir⁴⁹.

3. Arsanın Tamamının veya Belli Paylarının Yükleniciye Devredildiği Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

Bu tip sözleşmelere konu hukuki ilişkilerde arsa sahibi arsasının tamamını ya da belli arsa paylarını başlangıçta yükleniciye devretmektedir⁵⁰. Bu sözleşmelerde de yüklenicinin borcu arsa üzerinde yapı inşa etmekten arsa sahibi kendi borcu olan mülkiyeti devir işlemini henüz yüklenici kendi borcunu ifa etmemişken gerçekleştirmektedir. Diğer bir ifade ile bu gibi hallerde arsa payının devri vaat edilmemekte bizatihi devir işlemi başlangıçta gerçekleşmektedir⁵¹. İster arsanın tamamı ister arsa paylarının bir kısmı devredilsin her iki ihtimalde de tapuda devir ve tescilin sebebinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olmaktadır⁵².

B. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Teminata Duyulan İhtiyaç

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin içeriğinde inşaatın süresi, taraflara düşecek bağımsız bölümler, cezai şart gibi birçok ortak düzenleme mevcuttur. Ancak yukarıda belirtilen üç tip temel görünümün esasen arsa sahibinin arsa payını devredeceği zamana göre şekillendiği görülmektedir⁵³. Arsa sahibinin arsa payını devredeceği zaman çalışma konumuz olan teminata duyulan ihtiyaçla da doğru orantılıdır.

Arsa sahibinin ne zaman teminata ihtiyaç duyacağı çoğunlukla kendi borcunu ifa ettiği; ancak karşı edimin ifasının şüpheli olduğu durumlara göre şekillenir. Bu belirtilen kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ele alındığında; arsa sahibinin arsa payının satışını vaat edip yüklenicinin arsa üzerinde inşaat yapmayı taahhüt ettiği ilk türdeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin arsa payını devrinin ileriye atıldığını görülmektedir⁵⁴. Bu sözleşmelerde önce yüklenicinin sözleşmeden doğan

⁴⁹ Erman, Arsa Payı, s. 181.

⁵⁰ Erman, Arsa Payı, s. 12; Helvacı S, s. 291; Kartal, s. 104.

⁵¹ Seçer, s. 114; Yünlü, s. 23. Bu tür sözleşmelerin uygulamada İstanbul ekolü sözleşmeler olarak adlandırıldığı yönünde bkz. Çetinkaya, s. 27, dn. 129.

⁵² Devir ve tescilin sebebi satış olarak gösterilmişse de yapılan tescilin sebebinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Yavuz, s. 123; Seçer, s. 115; Kartal, s. 105. Bu yönde Yargıtay 23. HD. E. 2016/5158, K. 2019/1948, T. 14.05.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵³ Seçer, s. 113.

⁵⁴ Seçer, s. 118.

borcunu ifası beklenmekte, arsa sahibinin sözleşmeden doğan borcu (yükleniciye isabet edecek arsa paylarının devri) daha sonra muaccel olmaktadır. Arsa paylarının kısım kısım devrini öngören ikinci tür arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de benzer bir durum söz konusudur. Bu sözleşmelerde yüklenici ancak sözleşmede kararlaştırılan inşaat seviyesini tamamladığı vakit ve sadece sözleşmede bu seviyenin karşılığı olan arsa payına hak kazanmaktadır. Halbuki arsanın tamamının veya belli paylarının yükleniciye devredildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde durum farklıdır. Üçüncü türdeki bu sözleşmelerde arsa sahibi asli borcu olan arsa payı devrini henüz başlangıçta ifa etmektedir. Arsa payı devrinin zamansal olarak sözleşmenin kurulduğu tarihe en yakın döneme denk gelmesi beraberinde arsa sahibi yönünden bir teminat ihtiyacı doğurmaktadır. Nitekim arsa sahibi sözleşme ile yüklendiği borcunu ifa etmişse de karşı edimin ifa edilip edilmeyeceği konusunda bekleme durumunda kalacaktır. Yüklenicinin sözleşmeye uygun hareket edip etmeyeceği riski karşısında kalan arsa sahibi lehine, arsa sahibinin sözleşmeden doğan kişisel alacağını teminat altına almak amacı ile yükleniciye devrettiği belli arsa payları üzerinde veya yükleniciye ait başka taşınmazların ya da üçüncü kişiye ait taşınmazların üzerinde ipotek kurulması mümkündür⁵⁵.

Belli arsa paylarının devri yerine arsanın tamamının yükleniciye devredilmesi halinde de teminat ihtiyacının belirginleştiğinden söz edilmelidir. Uygulaması daha nadir olan bu ihtimal yüklenici açısından oldukça avantajlıyken arsa sahibi yönünden tehlikeleri göz ardı edilmemelidir. Bu ihtimalde arsanın tümü üzerindeki mülkiyet hakkı yükleniciye geçirilirken yapının tamamlanması akabinde (sonraki aşamada) hangi taşınmazların arsa sahibine devredileceği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile kararlaştırılmaktadır.

İster arsanın tamamı ister belirli arsa paylarının devri söz konusu olsun bu görünümdeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yüklenicinin henüz inşaat aşamasındayken bağımsız bölüm satışı yaparak halihazırdaki inşaat için kaynak ve finansman sağlamasına hizmet etmektedir⁵⁶. Satışların kolaylaşması

⁵⁵ Helvacı S, s. 291.

⁵⁶ Kahraman, Değerlendirme, s. 783; Yünlü, s. 23. “(...) Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, ücret (olayda arsa payı), eserin teslimi anında ödenir (BK. 364/I). Kural; önce işin yapılması, sonra ücretin ödenmesidir. İnşaat gibi büyük yatırım gerektiren işlerde, taraflar sözleşmeye inşaat bitmeden önce iş sahibinin de yüklenicinin masraflarına katılmasını öngören hükümler koyabilirler: Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa payının işin başında veya seyri sırasında yükleniciye geçirilmesi gibi. Nitekim taraflar,13.1.1988

ve yüklenicinin buna hizmet eden işlemleri arsa maliki sıfatı ile daha kolay yapabilmesi nedeni ile yüklenici yönünden tercih edilen sözleşmelerdendir. Ne var ki bu tip sözleşmelerde riskin taraflar arasında dağıldığından söz edilemez. Burada bir aynı teminat olarak ipotek kurulmuşsa arsa sahibinin ipotekle teminat altına alınmış alacağına kavuşması ipotegin paraya çevrilmesi sureti ile gerçekleşir. Bununla birlikte, yükleniciye başlangıçta devredilen arsa ya da arsa paylarının üçüncü kişilere devredilmesi halinde bazı uyumsuzlukların doğması muhtemeldir. Yeterli finansmanı sağlamak amacı ile arsa paylarını üçüncü kişilere devreden yüklenicinin inşaatı tamamlamaması ve buna bağlı olarak arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi buna örnektir⁵⁷. Bu ihtimalde Yargıtay, dönme neticesinde üçüncü kişiye (ve hatta üçüncü kişiden de arsa payını devralan sonraki kişilere) yapılan devirlerin sebepsiz kaldığı, tapudaki tescilin ise yolsuz hale geldiğini kabul etmektedir⁵⁸. Bu kabulde dahi TMK m.

tarihi sözleşmenin 7. maddesiyle, inşaat teminat ipoteği karşılığı arsa payının geçirilmesini ve yüklenicinin, kendisine düşen bu payı işin seyrine göre başkalarına (olayımızda diğer davalı Selahattin'e) satabileceği ve satılanlar üzerindeki ipoteğin de satılmayanların üzerine kaydırılacağı kabul edilmiştir. Davalı yüklenicinin, finans kaynağı yaratılmasına yönelik bu hakkını kullanmasında sözleşmeye ve yasaya aykırı bir durum yoktur. (...) Yargıtay 15. HD. E.1995/2259, K. 1995/5181, T. 02.10.1995 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çiğdem Kırca, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu-Bildiriler-Tartışmalar*, 2007, s. 77-98. Ayrıca bkz. Emrehan İnal "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı", *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku*, C. II, Yetkin, 2017, s. 1201-1210; Nezih Sütçü, *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt -2*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, 2016, s.1407-1660; Seçer, s. 1112-1152; İpekyüz/Aslan, s. 537 vd.

⁵⁸ YHGKE. 2018/23-240, K.2020/43, T. 21.01.2020; YHGK, E. 2018/23-1057, K. 2021/1756, T. 23.12.2021 (Kazancı İçtihat Bankası). Bu içtihatları ile Yargıtay, sözleşmeden dönme halinde tasarruf işleminin geçmişe etkili olarak geçersiz olacağı ve tarafların iade taleplerinin aynı nitelikte olacağını benimsemektedir. Yargıtay'ın sonucu itibarı ile aynı etkili dönme görüşünü benimsediği yönünde bkz. Kahraman, Değerlendirme, s. 35; Seçer, s. 1119; Gülşah Sinem Aydın, "Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, 141, 2019, s. s. 432. Doktrinde dönmenin sözleşmeye etkisi hususunda farklı görüşler mevcuttur. Aynı etkili dönme görüşüne göre sözleşmeden dönme halinde ortadan kalkan borçlandırıcı işlem, tasarruf işlemi ve dönülen sözleşme uyarınca kazanılmış hakları da ortadan kaldırır, aynı hakların devralana hiç geçmediği kabul edilir. Yapılan tescilin yolsuz tescil olması neticesinde iade talebi aynı nitelikli olmaktadır. Bu nedenle taşınmaz devralan kişiye karşı açılacak dava TMK m. 1025 uyarınca tapu kaydının düzeltilmesi davasıdır. Bununla birlikte üçüncü kişiler yönünden TMK m. 1023 denetimi yapılmalıdır. Klasik görüşe göre sözleşmeden dönme sadece borçlandırıcı işlemde etkisini gösterir, buna dayalı yapılan tasarruf işlemi ve hak iktisabı geçerliliğini korur. Bu nedenle iade talebi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca bir kişisel talebin ileri sürülmesi ile

1023 hükmünü işletmeyen Yargıtay'ın gerekçesi, üçüncü kişilerin iyi niyetli olmadığı, zira temelden arsa payı devralan üçüncü kişilerin arsanın gerçekte tapuda malik görünen yükleniciye ait olmadığını, sözleşmeden dönülmesine⁵⁹ bağlı olarak arsa payının iadesinin muhtemel olduğunu bilebilecek durumda olmasıdır⁶⁰. Bu kapsamda üçüncü kişilere yapılan pay devirlerinin geçerliliği,

yerine getirilir. Kanuni borç ilişkisinde de dönme ile sözleşme geçmişe etkili şekilde ortadan kalkmakla birlikte taraflar arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana gelmektedir. Kanun kaynaklı tasfiye ilişkisinin temeli sebepsiz zenginleşme olmakla birlikte zaman aşımı süresi klasik görüşten ayrılarak on yıllık genel zaman aşımı süresine tabi tutulur. Yeni dönme görüşüne göre ise dönme ile sözleşme geçmişe etkili ortadan kalkmaz, içerik değiştirir. Burada iade talebinin temelinde içeriği değişen sözleşme vardır, yerine getirilmemiş edimlerin iadesi ise defi ile engellenir. Bu konuda bkz. Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin, 2021, s. 948 vd. Serozan *Sözleşmeden Dönme*, s. 59; s. 90-105; Seliçi, s. 77vd; Leyla Müjde Kurt, “Güncel Gelişmeler Işığında Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yükleniciden Bağımsız Bölüm Devralan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 38(3), 2022, s. 410-414.

⁵⁹ Yargıtay içtihatlarına göre inşaatın büyük oranda (yüzde 90 ve üzeri) tamamlanması halinde arsa sahibinin sözleşmeyi ancak ileri etkili sona erdirmesi mümkündür. İnşaatın bu oranın altında kalması veya yapı kullanma izin belgesi alınamaması halinde ise arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi sözleşmeden dönme niteliğindedir. İleriye etkili sona erdirmeye halinde yerine getirilmiş edimler geçerliliğini koruyacağından yüklenici inşaatı tamamladığı oranda arsa payına hak kazanır. Bu durum yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişiler için de geçerlidir. Sözleşmeden dönülmesi ise önceki yerine getirilmiş edimlerin iadesini gerektireceğinden üçüncü kişilere devredilen arsa payları yönünden uyumsuzluğa neden olmaktadır. Orana ilişkin bazı kararlar için bkz. YİBGK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984; Yargıtay 23. HD. E. 2015/5183, K. 2018/3243, T. 21.05.2018; Yargıtay 6. HD. E. 2022/4206, K. 2023/3729, T. 07.11.2023; Yargıtay 15. HD. E. 2004/4730, K. 2004/4801, T. 01.10.2004 (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Etem Saba Özmen, “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. HD. nin Yerleşik Kararlarındaki “Avans Tapu” Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)”, *TBB Dergisi*, 135, 2018, s. 495. Yazar, bazı kararlarda bu oranın yüzde 95'e yükseldiğini belirtmektedir.

⁶⁰ “(...) Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi alıcının arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığının bilincindedir. Medeni Kanununun 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanmasi söz konusu olamaz(...)” YHGK, E. 2001/1-422, K. 2001/434, T. 23.05.2001. “(...) Bu durumda üçüncü kişiler için TMK'nın 1023. maddesi uygulanamaz. Zira üçüncü kişiler yüklenicinin halefidir. Bu sözleşmenin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden yapıldığını, yüklenici inşaatı tamamladığında bağımsız bölümü alabileceğini bilirler veya bilmeleri gerekir. Bu sebeple TMK'nın 1023. maddesi hükmünün uygulanması için aranan iyi niyet şartı, üçüncü kişi açısından gerçekleşmez. (...)” YHGK, E. 2018/23-1057, K. 2021/1756, T. 23.12.2021 (Kazancı İçtihat Bankası). Burada üçüncü kişilerin kötü niyetli olduğuna yönelik bir kötü niyet karinesinin mevcut olduğu değerlendirilmesi için bkz. Özmen, s. 511; Aydın, s. 439; Kahraman, Değerlendirme, 792. Yazar, sözleşme

yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine bağlanmaktadır⁶¹. Bir diğer ifade ile Yargıtay'a göre burada üçüncü kişilere devredilen arsa payları *avans*⁶² niteliğinde olduğundan sözleşmeden dönme halinde arsa sahibi tarafından iadesinin talep edilmesi mümkündür⁶³. Ne var ki Yargıtay'ın avans tapu değerlendirmesi tartışmaya açıktır. Arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borcunu başlangıçta ifa etmesine bağlı olarak yüklenici tapuda malik haline gelmiştir. Mülkiyeti geçerli bir kazandırma sebebine bağlı olarak devralan yüklenici gerçek maliktir⁶⁴. Aynı husus yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişiler açısından da geçerlidir⁶⁵.

ile yükleniciden teminat almayan veya yüklenicinin finansman için bu arsa paylarını üçüncü kişilere devredeceğini bilmesi gereken arsa sahibinin üçüncü kişiler karşısında korunmaya layık olmadığı görüşündedir. *Ibid.* Riskin üçüncü kişi üzerinde bırakılmasının menfaatler dengesine aykırı olduğu yönünde bkz. Emrehan İnal, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi", Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed), *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, 2017, s. 378.

⁶¹ YHGK, E. 2018/23-240, K. 2020/43, T. 21.01.2020; Yargıtay 14. HD. E. 2006/13714, K. 2006/14348, T. 04.12.2006 (Kazancı İçtihat Bankası) Yargıtay'ın bu tutumu Anayasa Mahkemesince de benimsenmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, Faik Tari ve Sultan Tari, Başvuru No: 2014/12321, 20.07.2017 (RG 27.09.2017, Sa. 30193)

⁶² Sözleşme uyarınca yükleniciye devredilen arsa paylarının yükleniciye finansman sağlanması amacı ile geçici intikal olarak kabul edilmesi gerektiği ve avans niteliğinde olduğu yönünde bkz. Yavuz, s. 127. Avans tapu kavramının tapu siciline hâkim temel ilkelerden ayrıldığı, TMK m. 3 ve 1023 hükümlerine aykırı olduğu yönünde bkz. Kahraman, Değerlendirme, s. 782. Para borcu olmadığından avans teriminin hatalı olduğu ve bu terimin tescili kesinlikten uzaklaştırmasına bağlı olarak tapu siciline güven ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. Kurt, s. 423; Özmen, s. 503.

⁶³ "(...) İnşaatın tamamlanmasından önce müteahhide pay devri yapılması, inşaat yapımı sırasında müteahhide gerekli olan sermayenin sağlanarak işin bir an önce bitirilmesi amacını gütmektedir. Peşinen tapuda yapılan bu pay devri bir nevi avans niteliğindedir. (...) İnşaatın kısa sürede tamamlanması amacıyla inşaatın başında bu sözleşme uyarınca tapuda devir yapılmasına rağmen, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönüldüğünde artık tapuda yapılan devrin sebebi ortadan kalkacak ve kayıt yolsuz tescile dönüşecektir. Avans niteliğindeki bu paylar, yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi tarafından geri istenebilir ve yüklenici ile bağımsız bölüm almak üzere sözleşme yapan üçüncü kişiler, tapuda yapılan devre rağmen bu payları arsa sahibine iade etmek zorundadır. (...)” YHGK, E. 2018/23-1057, K. 2021/1756, T. 23.12.2021 (Kazancı İçtihat Bankası)

⁶⁴ Aynı etkili dönme görüşünün benimsenmesi halinde bu sonuca ulaşamayacağını belirtmek isteriz. Bu görüşün kabulü halinde bu defa TMK m. 1023 hükmünün uygulanabilirliği açısından üçüncü kişilerin iyi niyetli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirse de Yargıtay üçüncü kişilerin her halükarda kötü niyetli olduğunu kabul etmektedir.

⁶⁵ Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan borcunu ifa edene kadar ondan arsa payını devralan üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını kazanamayacağına yönelik kabulün, tasarruf işleminin geciktirici şarta bağlandığı anlamına geldiği belirtilmektedir (Kurt, s.424. Bozucu şart değerlendirmesi için bkz. Özmen, s. 506-507). Bu hususun TBK m. 243 hükmüne aykırılık teşkil ettiği yönünde, Kurt, s. 424.

Dolayısıyla yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişiler yönünden TMK m. 1023 hükmünden faydalanmaya gerek olmadığı zira burada bir yolsuz tescil olmadığı yönündeki görüşlere katılmaktayız⁶⁶.

Yargıtay'ın bu şekilde başlangıçta yükleniciye devredilen payların “avans” niteliğinde olduğu kabulü ve buna bağlı olarak arsa paylarının iadesinin aynı hakka dayalı her zaman talep olunabileceği görüşü arsa sahibinin oldukça lehinedir. Öyle ki Yargıtay'ın görüşü kabul edildiği vakit arsa paylarının arsa sahibine iadesi mümkün olacağından esasen burada teminata ihtiyaç kalmadığı bile söylenebilir. Zira arsa sahibi, sözleşme hiç yapılmamış gibi, başlangıçtaki arsa paylarına kavuşacağından teminat ihtiyacının altı boşalmaktadır. Hâlbuki doktrindeki eleştiriler dikkate alınarak içtihatlarda değişiklik olursa⁶⁷ ve üçüncü kişinin gerçek malik olmasına bağlı kararlar verilirse işte o vakit arsa sahibi lehine kurulan ipoteğin anlamı belirginleşir. Zira bu ihtimalde ipoteğin kapsamına sözleşmeden dönmeye bağlı olumsuz zarar ve eğer sözleşmeden dönme halinde talep edilebileceği kararlaştırılmışsa sözleşme cezası gerecektir.

⁶⁶ Bu yönde bkz. Kahraman, Değerlendirme, s. 794. Ayrıca bkz. Özmen, s. 509 vd.; Seçer, s. 1137-1138. Devredilen arsa paylarının geçerli bir sözleşmeye dayandığı, Yargıtay'ın kötü niyet gerekçesi ile tescili iptal etmesinin medeni hukukun temel kaidelerine aykırı olduğu yönünde, İnal, Üçüncü Kişiler, s. 379. Yazar, bir an için tescilin yolsuz olduğu kabul edilse dahi buna bizatihi arsa sahibinin neden olduğunu, bu nedenle bunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. *Ibid*

⁶⁷ Yargıtay'ın yerleşmiş avans tapu nitelendirmesine karşılık yakın tarihli kararlarda karşı oy yazılarının yer almaya başladığı görülmektedir. Örnek için bkz. “(...) Sayın çoğunluk, üçüncü kişilerden arsa sahibi ile yüklenici arasında tapu sicili dışında esas borç ilişkisinden doğan sorunları bilmesini beklemekte, buna göre iyiniyetli olmadıkları kabul edilerek adeta bir kötü niyet karinesi icat edilmektedir. Oysa TMK'nın 1023. maddesi, iyi niyetle taşınmaz üzerinde aynı hak edinen üçüncü kişilerin tapu siciline olan güvenini yolsuz tescile rağmen korumaktadır. Bir başka deyişle, hukuki işlem güvenliği ve tapuya ... ilkesini gerçek hak sahipliğine tercih etmektedir. Kaldı ki, ticari bir risk olarak ve yükleniciye güvenerek arsanın mülkiyetini intikal ettiren, yüklenici seçiminde gerekli özeni göstermeyen, peşin ifa yükümlülüğü olmamasına rağmen arsa tapusunu teminat almadan yükleniciye devreden arsa sahibinin, tapuya güvenmiş olan üçüncü kişiler karşısında korunmaya değer bir yanı da bulunmamaktadır. Keza, arsa sahibinin tapuyu yükleniciye devretmesinin “avans” niteliğinde olduğu, mülkiyetin ancak yüklenicinin tüm borcunu ifa ettikten sonra geçeceğini kabul edilmesi de hukuki dayanağı olan bir kabul değildir. Zira hukukumuzda “yolsuz tescil” terimi mevcut olmasına rağmen “avans tapu” terimi mevcut değildir.(...)” Karşı Oy, Yargıtay 6. HD. E.2022/3747, K. 2024/86, T. 10.01.2024. Benzer yönde, Yargıtay 6. HD. E. 2022/5161, K. 2023/4332, T. 19.12.2023 (Kazancı İçtihat Bankası).

III. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ARSA SAHİBİ LEHİNE KURULAN İPOTEĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Sözleşmeden Doğan İpotek Niteliğinde Olması

Türk Medeni Kanunumuzda ipotek kavramı sözleşmeden doğan ipotek ve kanuni ipotek temelinde ayrılmaktadır.

Bir taşınmaz rehni olan ipotek tapu kütüğüne tescil ile kurulur (TMK m. 856/I, c.1). Kamuya açıklık ilkesinin bir yansıması olan bu kuralın istisnası kanuni ipotek hakkıdır. Gerçekten kanunî ipotek haklarının doğumu, aksi kanunda öngörülmemiş olmadıkça, tapu kütüğüne tescil edilmelerine bağlı değildir⁶⁸. Diğer bir ifade ile kanuni ipoteklerde temel kural tescile tabi olmadan kurulmaları olduğundan bir kanuni ipotek hakkının tapu kütüğüne tescili kural olarak açıklayıcı niteliktedir⁶⁹. Ana kural bu olmakla birlikte TMK m. 892 hükmü bu durumun aksinin kanunda öngörülebileceğini açıkça işaret etmektedir. Bu kapsamda sözleşmeden doğan ipotek hakkı gibi tescili gerekli kılan kanuni ipotek hakkının da mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Bununla birlikte burada kazandırma sebebi bir sözleşme değil doğrudan doğruya kanundur⁷⁰. Şu hâlde kanuni ipotek hakkını tescile tabi olmayan (doğrudan doğruya kanundan doğan)⁷¹ ve tescile tabi olan (dolayısıyla kanundan doğan)

⁶⁸ TMK m. 892. Ayrıca bkz. Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 308; Tuor/Schnyder/Schmid, s. 1012 vd.

⁶⁹ Çetiner, s. 243.

⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3231.

⁷¹ Medeni Kanunda tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakkına örnek olarak taşınmazın değerinin azalması tehlikesine karşı alacaklının aldığı tedbirler veya taşınmazın korunması için yaptığı masraflardan dolayı ipotekli alacaklının sahip olduğu kanuni ipotek hakkı ile alacaklının taşınmazın korunması için ödediği, özellikle malik ödemediği için sigortacıya ödediği sigorta prim bedeli için sahip olduğu kanuni ipotek hakkı verilebilir. Bu konuda bkz. TMK m. 865/III, TMK m. 867/II, TMK m. 876. Ayrıca bkz. Eray Aksın Atar, “Üst Sınır İpoteği ile Karşılaştırmalı Olarak Anapara İpoteğinin Sağladığı Güvencenin Alacak Bakımından Kapsamı”, *SÜHFD*, 30(3), 2022, s. 26 vd. (Güvence)

kanuni ipotek hakkı⁷² olmak üzere ayırmak mümkündür⁷³.

Sözleşmeden doğan ipotek hakkının mevcut olması içinse geçerli bir kazanma sebebine binaen taşınmaz malikinin yazılı tescil talebi ile beraber tapu kütüğüne tescil gerekmektedir⁷⁴. Burada ipotek hakkının temelinde bir ipotek sözleşmesi yer almaktadır. Bu sözleşme taşınmaz maliki ve alacaklı arasında akdedilmekte ve taşınmaz maliki bu sözleşme ile taşınmazı üzerinde ipotek kurmayı taahhüt etmektedir⁷⁵. İşte alacaklıya, taşınmaz üzerinde

⁷² TMK m. 893: *Aşağıdaki alacaklılar, kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilirler:*

1. *Satıştan doğan alacağı için satılan taşınmaz üzerinde satıcı,*
2. *Elbirliği ortaklığına giren taşınmazlarda paylaşmadan doğan alacakları için birlikte mirasçı olanlar veya diğer elbirliği ortakları,*
3. *Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarlar.*

Alacaklıların, bu kanunî ipotek hakkından önceden feragat etmeleri geçerli değildir.

TMK m. 893 hükmünde belirtilenlerin yanı sıra TBK m. 613 hükmünde öngörülen bakım alacaklısının ipotek hakkı, üst hakkı bağlamında tanınan kanuni ipotek hakları ve kat malikinin ipotek hakkı da tescile tabi kanuni ipotek haklarındandır. Tescile tabi olan kanuni ipoteklerde hak sahibi ipoteğin tescili hususunda kurucu yenilik doğuran hakka sahiptir (Helvacı İ, s. 379). TMK m. 893/III hükmünden görüleceği üzere tescile tabi kanuni ipotek haklarından biri de inşaatçı ipoteğidir. İnşaatçı ipoteğinin çalışma konumuz olan ve uygulamada inşaat teminat ipoteği olarak adlandırılan ipotek ile karıştırılması mümkünse de bu ilk ipotekte emeği veya emeği ve malzemesi ile inşaata katkıda bulunan yapı alacaklılarının, yapı alacağını teminat altına alması amaçlanmaktadır. Bkz. Sezer Çabri, “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği (TMK m. 897/1)” *DEÜHFD*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19, Özel Sayı, 2017, s. 382 vd. Ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3487; Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 309; Şebnem Akipek Öcal, “İnşaatçı (Yapı) İpoteği”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed), *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, 2017, On iki Levha, s. 31-44.

⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3452; Çetiner, s. 243.

⁷⁴ TMK m. 856/I. TMK m. 856/II hükmünde taşınmaz rehнинin kurulmasına ilişkin sözleşme işaret edilmişse de kazanma sebebinin bir ölüme bağlı tasarruf ya da kanun hükmü olması da mümkündür (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3401; Didem Özcan, *Türk Hukuku'nda Üst Sınır İpoteği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000, s. 33). Mahkeme kararının bir kazanma sebebi olduğu yönünde Helvacı İ, s. 127. Karş. Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, 2017, N. 397.

⁷⁵ Taşınmaz malikinin borçtan şahsen sorumlu olmasının şart olmaması nedeni ile ipotek sözleşmesinin tarafı borçlu değil üzerinde ipotek tesis edilecek taşınmaz malikidir (Franziska Martha Betschart, *Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft*, 2011, s. 115). Taşınmaz malikinin borçtan şahsen sorumlu kişi olması da pek tabi mümkündür. İpotek sözleşmesi ile taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde alacaklı lehine ipotek kurulması amacı ile ipoteğin tapu kütüğüne tescili için yazılı olarak talepte bulunma borcu altına girer. İpotek sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu yönünde bkz. Betschart, s. 12; Helvacı İ, s. 111. Ani edimli sözleşme olduğu yönünde bkz. Betschart, s. 15; Tufan Ögüz, İpotek Hakkı Uyarılama Talebine Konu Olabilir mi? Baki İlkay Engin ve Tufan Ögüz (Ed). *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay*

ipotek konularak teminat sağlanması işleminin sebebi belirtilen bu ipotek sözleşmesidir⁷⁶. Bu sözleşme, alacağı doğuran asıl borç ilişkisinden (örneğin

Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt 1 Eşya Hukuku (20 Ekim 2016), On İki Levha, 2017, s. 12. Karş. Acar, N. 369. TMK m. 856/II hükmü uyarınca taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliği resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Ayrıca bkz. Tapu Kanunu m. 26/I. İstisnası için bkz. Tapu Kanunu m. 26/X-XI. İpotek kurma vaaadinin noterde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi içerisinde yer alması halinde geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. TBK m. 29/II hükmünün buna engel olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, N.1040). Tapu Kanunu m. 26/VIII hükmüne bağlı olarak (türüne göre) geçerli olduğu yönünde bkz. Haluk Nami Nomer/ Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş, 8. Bası On iki Levha, 2020, N. 1054.

⁷⁶ Betschart, s. 33-34. İpotek sözleşmesinin içeriğinde yer alması gereken objektif esaslı noktaların başında taraflara ilişkin kimlik bilgileri gelmektedir. Eğer ipotek borçtan şahsen sorumlu olmayan taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde kurulacaksa ipotek sözleşmesinin tarafı da taşınmaz maliki olacaktır. Bu ihtimalde asıl borçlunun kimliğinin de ipotek sözleşmesinde yer alması gerekir (Betschart, s. 10-11). Bundan başka tarafların ipotek kurma yönündeki anlaşması, taşınmaza ilişkin bilgiler, ipoteğin türü ve anapara ipoteğinde teminat altına alınan alacak tutarı, üst sınır ipoteğinde ise taşınmazın en çok hangi miktara kadar teminat oluşturacağına ilişkin üst sınır bedeli objektif esaslı noktalardır. Burada yanıtlanması gereken, ipotek sözleşmesinin asıl borç ilişkisini göstermesinin bir geçerlilik şartı olup olmadığıdır. Anapara ipoteğinde ipotek sözleşmesinin asıl borç ilişkisini göstermesinin bir geçerlilik şartı olmadığı; ancak bunun hangi alacak için rehin kurulduğunu ispat kolaylığı sağlayacağı görüşü savunulmaktadır. Üst sınır ipoteği içinse durum farklıdır. Üst sınır ipoteğinde borcun doğumuna yol açacak asıl borç ilişkisinin gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zira ancak bu halde gelecekte doğması muhtemel olan ve sınırları belirsiz olan bir alacak grubunun ipotekle kayıtlanarak TMK m. 23 hükmüne aykırılığın önüne geçileceği ifade edilmektedir. Aksi ihtimalde ipotek kurulurken hesaba katılmayan ve ileride tesadüfi olarak doğabilecek alacakların da ipotek kapsamına girmesi düşünülebilir ki bu aşırı bağımlılık TMK m. 23 hükmü ile yasaklanan kişilik hakkı ihlaline neden olabilecektir. Bu konuda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3402-3403; Acar, N. 378; Haluk Burcuoğlu, *Hukukçu Gözüyle Banka Uygulamasında İpotekle İlgili Önemli Sorunlar*, Pamukbank Eğitim Yayınları, 1991, s. 36; Jale Akipek/ Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, Beta, 2009, s. 757; Schmid-Tschirren, OFK ZGB Art 794, N 10. Karş. Betschart, s. 153; David Duerr, *Zürcher Kommentar, Das Grundpfand, Systematischer Teil und Art. 793-804 ZGB, Erste Lieferung, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf, 2009, Art 794, N. 93-94; Fasel, CHK Art 794, N. 5; Atar, Güvence, s. 65; Turhan Esener/ Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş ve 6570 sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, 2019, s. 557; Nomer/Ergüne, N. 1052 Objektif esaslı noktalar içerisine ise ipotek hakkının süresi, ipoteğin derecesi, boş dereceye ilerleme hakkı gibi hususlar girebilir. Bu konuda bkz. Betschart, s. 11-12; Atar, Güvence, s. 66. Belirtmek gerekir ki faiz ipotek sözleşmesinin esaslı unsurlarından değildir. Faizin anapara ipoteğinde teminatın kapsamına girebilmesi için faizin hem ipotek sözleşmesinde yer alması hem tescili gerektiği yönünde bkz. Özcan, s. 41; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3248; Sirmen, s. 696. Üst sınır ipoteğinde faiz oranının tescili zorunlu değildir. Zira tapu kütüğüne tescil edilen üst sınır içerisine faiz de girmektedir. Bu konuda bkz. Atilla Altop, *4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği-Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları*, Aristo Yayınevi, 2020, s. 41; Akipek/*

bir tüketim ödücü sözleşmesi ya da konumuz açısından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden) farklılık arz eder⁷⁷. Dahası ipotek hakkı da hem ipotek sözleşmesinden hem de taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinden farklıdır⁷⁸. İpotek hakkı ile ipotek sözleşmesi arasında sebebe bağlılık ilkesinin geçerli olduğu vurgulanırken asıl borç ilişkisinden doğan alacak hakkı ile ipotek hakkı arasında ferilik ilkesinin geçerli olduğu belirtilmektedir⁷⁹.

Konumuzu teşkil eden, arsa sahibi lehine kurulan ipotek, tarafların iradesinden, bir diğer söyleyişle sözleşmeden (ipotek sözleşmesinden) doğmaktadır⁸⁰. Burada ipotekle teminat altına alınan alacağı doğuran asıl borç ilişkisi ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere bu iki sözleşme birbirinden bağımsızdır. Teminat sağlama işleminin hukuki sebebi her durumda asıl borç ilişkisi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi değil ipotek sözleşmesidir⁸¹. Bu hususun şu şekilde ifadesi mümkündür: Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını teminat altına almak ve bu kapsamda kredi (*önce edim kredisi*) riskini korumak amacı ile ipotek sağlanmasını talep ettiğinde rehin verme taahhüdünü konu edinen ipotek sözleşmesi akdedilir. Pek tabi arsa sahibi, yüklenicinin borcunu ifa edeceğine güvenmesi neticesinde ya da başka bir nedenle teminata ihtiyaç duymayabilir. Diğer bir ifade ile her ne kadar arsa payının tamamını ya da belirli bir kısmını başlangıçta yükleniciye devretse de devredilen arsa payları üzerine ipotek konulmaması yönünde taraflar anlaşabilir. Bu son ihtimalde esasen arsa sahibi yönünden riskli bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi mevcut olsa da bir teminat yoktur. Bu da asıl borç ilişkisi olan ve alacağı doğuran arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin doğrudan taraflar arasındaki teminat sağlama işleminin hukuki sebebi olmadığını göstermektedir. Tersinden ifade edilirse, taraflar devredilen arsa

Akıntürk, s. 760; Özcan, s. 21, s. 41; Nomer/Ergüne, N. 1003.

⁷⁷ Betschart, s. 33.

⁷⁸ Atar, Güvence, s. 56; Betschart, s. 35.

⁷⁹ Atar, Güvence, s. 56.

⁸⁰ Bu konuda bir görüşe göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi lehine kanuni ipotek hakkı tanınabilir. Bu konuda bkz. Turgut Öz, *Inşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 13. Bu görüşe göre TMK m. 893/b.1 uyarınca satıştan doğan alacağı için satılan taşınmaz üzerinde satıcı lehine mevcut olan tescile tabi kanuni ipotek hakkının arsa sahiplerine de tanınması isabetli olur. Buna gerekçe olarak arsa sahibinin edim borcunun taşınmaz satıcısının edim borcu ile benzer olduğu ve borca aykırılık halinde taşınmaz satımı kuralları uygulanacağı belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Öz, s. 14. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde devir ve tescilin sebebi satış olarak gösterilmişse TMK m. 893 hükmünden kıyasen faydalanılabileceği hakkında bkz. Sütçü, Cilt 1, s. 822.

⁸¹ Çetiner, s. 25.

payları üzerinde arsa sahibi lehine ipotek kurulması hususunda anlaşmış olsa dahi burada da teminatın sebebi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi değil taraflar arasında akdedilecek ipotek sözleşmesidir. Bununla birlikte arsa sahibi lehine ipotek kurulması için taraflar arasında ipotek sözleşmesinin kurulması gerekliyse de yeterli değildir. İpotek hakkının doğumu için bu hakkın tapuya tescili şarttır⁸². Bu noktada tescilin, alacaklı ve borçlu arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine bir etkisi olmadığı belirtilmelidir⁸³. Tescil sadece rehinli alacaklı olan arsa sahibinin aynı hakkının varlığına delil teşkil eder, alacağın varlığı için bir delil oluşturmaz⁸⁴. Diğer bir ifade ile tescilin alacak üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır, alacak tescille doğmaz. Alacak, taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğmaktadır. Bu nedenle arsa sahibi, ipotekli taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile satışını talep edecekse, temel borç ilişkisi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını ispat etmelidir⁸⁵. Benzer şekilde tapu memurunun istem üzerine rehinli alacaklıya verdiği ipotek belgesinin de alacak üzerinde bir etkisi yoktur. Bu belge sadece tescilin yapıldığını ispata yarar⁸⁶. Şu hâlde asıl borç ilişkisi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ipotek sözleşmesi ve ipotek hakkı birbirinden ayrı olmakla beraber aralarında sıkı bir ilişki mevcuttur. Arsa sahibinin alacağı yüklenici ile arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğmaktadır. Arsa sahibi bu alacağını teminat altına almayı arzularsa bu defa ipotek sözleşmesi akdedilir, ancak her hâlükârda ipotek hakkının doğumu bu hakkın tapuya tescili ile gerçekleşir.

B. Anapara İpoteği-Üst Sınır İpoteği Yönünden Değerlendirme

TMK m. 881 hükmü ile *hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan* herhangi bir alacağın ipotekle güvence altına alınabileceği düzenlenmektedir. Maddede işaret edildiği üzere doğmuş ve doğması muhtemel her türlü alacak ipotekle güvence altına alınabilir.

⁸² Taşınmaz teminatı sağlama işleminin sebebe bağlı olup olmadığı, diğer bir ifade ile geçerli bir teminat sözleşmesinin varlığına ihtiyaç duyup duymadığı hususunu TMK m. 1024 hükmü olumlu cevaplar. İlgili hüküm taşınmaz teminatı sağlama işleminin sebebe bağlı olduğunu, teminat sözleşmesinin geçersiz olması halinde tescilin de yolsuz tescil olacağını düzenlemektedir. Ayrıca bkz. Betschart, s. 13-14.

⁸³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3404.

⁸⁴ Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 310; Özcan, s. 48; Helvacı İ, s. 288.

⁸⁵ Helvacı İ, s. 289; Özcan, s. 17; Esener/Güven, s. 524.

⁸⁶ TMK m. 882/II. Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 305; Akipek/ Akıntürk, s. 787.

İpoteğin miktarı belirli bir alacak için tesis edildiği durumlarda *genellikle* anapara ipoteği mevcuttur⁸⁷. Anapara ipoteğinde tapu kütüğüne tescil edilen miktar belli bir alacağı göstermektedir⁸⁸. Taşınmaz maliki ve alacaklı, ipotek sözleşmesinde malikin belirli bir para alacağı için taşınmazın değeri ile sorumlu olacağı konusunda anlaşmaktadır⁸⁹. Örneğin bir bankanın müşterisine 100.000 TL tutarında vermiş olduğu krediye binaen anapara ipoteği kurulması mümkündür⁹⁰. Tapu kütüğünde tescil edilen anapara, ipotekle teminat altına alınan alacak açısından bir üst sınır niteliğinde olup yan alacaklar bakımından böyle bir sınır getirmemektedir⁹¹. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile taşınmazın satılması neticesinde teminatın kapsamına anaparadan ayrı olarak TMK m. 875 hükmünde düzenlenen yan alacaklar da dâhildir yeter ki taşınmazın değeri belirtilen bu alacak kalemlerini karşılamaya yeterli olsun.

Anapara ipoteği, miktarı Türk parası ile gösterilen belirli bir alacak için kurulabilir⁹². Gerçekten kamuya açıklık ilkesinin bir neticesi olarak taşınmazın hangi miktarda güvence oluşturduğunun tapu kayıtlarından anlaşılır olması gerekmektedir⁹³. Peki, alacağın miktarı belli değilse bu durumda taşınmaz

⁸⁷ Tuor/Schnyder/Schmid, s. 983; Schmid-Tschirren, OFK ZGB, Art 794, N 4. Alacağın belirli olması halinde de tarafların üst sınır ipoteği kurmasının önünde engel yoktur. Bu yönde bkz. Duerr, ZK Art. 794, N. 79; Erden Kuntalp, *Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayırımı*, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 1989, s. 22; Altop, s. 59; Özmen/ Yüce, s. 855, dn. 6; Özcan, s. 8; Helvacı İ., s. 142; Çetiner, s. 162; Eray Aksın Atar, *Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkında Güvencenin, Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması*, On İki Levha, 2021, s. 950. (Kapsam).

⁸⁸ Taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinden doğan alacak ile tapu kütüğüne tescil edilen anapara çoğunlukla örtüşse de alacağın belirli bir kısmının teminat altına alınması halinde olduğu gibi anaparanın asıl alaktan farklı olduğu durumların söz konusu olabileceği yönünde bkz. Özcan, s. 67; Çetiner, s. 145; Atar, Kapsam, s. 954; Mustafa Ünlütepe, “İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı”, *TBB Dergisi*, 102, 2012, s.180.

⁸⁹ Çetiner, s. 144.

⁹⁰ Örnek için bkz. Yeşil, s.257. Ancak bu ihtimalde de tarafların üst sınır ipoteği kurması önünde engel yoktur. Pek tabii üst sınır ipoteği kurulacaksa alacağın üstünde bir miktarın belirlenmesi uygun olur. Zira burada belirtilen miktar hem alacak hem yan alacaklar için üst sınırdır.

⁹¹ Helvacı İ., s. 141; Betschart, s. 148; Fasel, CHK Art 794, N.1; Tuor/Schnyder/Schmid, s. 984.

⁹² TMK m. 851/I. Maddenin ikinci fıkrasında bu düzenlemenin istisnasına yer verilerek *yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabileceği* düzenlenmektedir. Yabancı para alacağının ipotek ile teminat altına alınması hususunda özellikle bkz. Burcuoğlu, s. 15vd; Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 317-318; Yeşim Gülekli, *İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Bakımından Kapsamı*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 70.

⁹³ Tuor/Schnyder/Schmid, s. 1004; Atar, Kapsam, s. 944.

üzerinde ipotek kurulamaz mı? Bu sorunun yanıtını TMK m. 851 hükmü vermektedir: *Alacağın miktarının belli olmaması halinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir.* Görüleceği üzere alacağın miktarının belli olmaması halinde bu defa tüm talepleri karşılamaya yeterli bir üst bedelin belirlenerek ipoteğin kurulması mümkündür⁹⁴. Bu ipotek üst sınır (limit, azami had, maksimal, azami meblağ) ipoteği olarak adlandırılmaktadır⁹⁵. Anapara ipoteğinden farklı olarak tapu kütüğüne tescil edilen teminat tutarı bu defa hem teminat altına alınan alacak hem de yan alacaklar toplamı açısından üst sınırdır⁹⁶. Böylece, alacaklının teminat altına alınan alacak ve yan alacağı toplamı tapu kütüğünde gösterilen bu üst sınır içerisinde kalıyorsa sorun yoktur. Ancak toplam alacak miktarının üst sınırı geçmesi halinde taşınmazın değeri tüm bu bedeli karşılarsa dahi taşınmaz, sicilde gösterilen üst sınıra kadar teminat teşkil etmektedir⁹⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi lehine kurulan ipotek, çoğunlukla bir üst sınır ipoteğidir⁹⁸. Zira burada esasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ihlali durumunda karşılaşılabilecek muhtemel zarar tutarı güvence altına alınmaya çalışılmaktadır. Yüklenicinin inşaat yapma şeklinde tezahür eden yapma borcu ise arsa sahibi yönünden alacağının belirsiz olması sonucunu doğurur. Bir diğer söyleyişle burada borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının para olarak isteyebileceği para alacağının teminat altına alındığını belirtmek gerekir⁹⁹. Ancak bu alacak belirli değildir. Bu kapsamda miktarı belirsiz bir para alacağının teminat altına alınması söz konusu olacağından

⁹⁴ Kuntalp, s. 34-38; Betschart, s. 148-149; Schmid-Tschirren, OFK ZGB Art 794, N 7; Duerr, ZK Art 794, N.14-15.

⁹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1029; Nomer/Ergüne, N. 1015; Altop, s. 33; Gülekli, s. 77. Terminoloji hususunda bkz. Özcan, s. 13-15.

⁹⁶ Tuor/Schnyder/Schmid, s. 985; Betschart, s. 149; Duerr, ZK Art. 794, N. 78; Kuntalp, s. 34 vd; Helvacı İ, s. 157.

⁹⁷ Kuntalp, s. 34 vd.

⁹⁸ “(...) Davalılar, dava konusu yapılan ipoteğin inşaat teminat ipoteği olduğunu, dava dışı yüklenicinin inşaatı ikmal etmediğini, açılan davanın reddini savunmuştur. (...) Somut olayda; incelenen ve ipotek aktinin çerçevesini tayin eden resmi akıt tablosu içeriğinden ipoteğin, ileride gerçekleşecek veya gerçekleşmesi muhtemel olan bir alacağın teminatı olarak tesis edildiği görülmektedir. Bu haliyle ipotek, azami meblağ (üst sınır ipoteği) ipoteğidir.(...)” Yargıtay 14. HD. E. 2010/5334, K. 2010/7188, T. 16.06.2010 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁹ Betschart, s. 147; Duerr, ZK Art 794, N. 200. Paradan başka bir şey verme, yapma ve yapmama borçlarının teminat altına alınması halinde taşınmaz üzerinde ancak bir üst sınır ipoteği kurulabileceği yönünde bkz. Duerr, ZK Art. 794, N. 80; Helvacı İ, s. 146; Sirmen, s. 652; Çetiner, s. 164; Esener/Güven, s. 527.

bu ipoteğin hukuki niteliği üst sınır ipoteğidir¹⁰⁰. Üst sınır ipoteğinde taraflar ipotek sözleşmesinde taşınmazın hangi miktara kadar alacağın teminatı olacağını, diğer bir ifade ile ipotek yükünü serbestçe kararlaştırabilir¹⁰¹. Ancak her halükârda alacaklının talebi, gerçekte var olan alacağına ilişkin olacağından alacağın tescil edilmiş olan üst sınırın altında kalması halinde üst sınırın tamamına ilişkin bir talebi söz konusu olamayacağını belirtmek gerekir¹⁰².

Alacağın miktarının belirsiz olmasına bağlı olarak alacaklının tüm istemlerini karşılayacak bir üst sınır ipoteği kurulabileceğini düzenleyen TMK m. 851 hükmü karşısında şu soru sorulmalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi lehine kurulan ipoteğe konu tüm istemler ne olabilir? Diğer bir ifade ile arsa sahibini güvence altına almayı amaçlayan bu ipoteğin başarıya ulaşması amacı ile hangi riskler hesaba katılmalıdır? Burada da temel alınması gereken özellikle sözleşmedeki borcun ifa edilmemesine, temerrüde bağlı seçimlik hakların kullanılmasına yönelik bir bedelin belirlenmesidir¹⁰³. Zira yüklenici yönünden sözleşmenin konusunu bir eser meydana getirme oluşturduğundan karşılaşılan uyumsuzlukların başında eserdeki ayıptan kaynaklanan sorunlar ve yüklenici temerrüdü gelmektedir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Aynı yönde, Etem Saba Özmen/ Burcu Nur Turgut, “6306 Sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği Değişiklikleri ile Bir Türlü Çözülemeyen Hususlara İlişkin Düşünceler” (sabaozmen.av.tr). Erişim Tarihi 12 Haziran 2024, s. 4. Karş. Sütçü, Cilt 1, s. 826.

¹⁰¹ Helvacı İ, s. 144.

¹⁰² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3407; Özcan, s. 17.

¹⁰³ Yüklenicinin borçları ve borca aykırılık halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Ayan, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin, 2008, s. 148 vd; Seliçi, s. 66 vd; Fikret Eren, “I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri; II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, 18-29 Mart 1996, 2. Tıpkı Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 45-103; Kadir Emre Gökyayla, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen ve Sadakat Borcu”, *GSÜHFD*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002(1), s. 785-805, Zafer Kahraman, “Ayıby Giderme Borcununun Hukuki Niteliği”, *BÜHFD*, 13 (169-170), 2018, s. 121-143; Kemal Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, Dayınlarlı Yayıncılık, 2008, s. 33vd.; Öz, s. 117vd; Kaplan, s. 54-80 ve s. 273.

¹⁰⁴ Durak, s. 208. Bu konuda bkz. Kurşat, İnşaat, s. 76 vd. “(...) Dava, eser sözleşmesine dayalı olarak konulan teminat ipoteğinin kaldırılması istemine ilişkindir. (...) Bu durumda, inşaatta eksik iş bulunduğu ve teminatın da eksik işler için konulduğu gözönünde bulundurulacak olursa, anılan teminatın kaldırılabilmesi için tesbit edilen bu eksikliğin giderilmesi gerekir. O halde, mahkemece yapılması gereken iş; bilirkişilerden ek rapor alınarak, eksik iş bedelinin tespit edilmesi, bu bedelin teminat sınırı olan 100.000.000 TL'nin üzerinde olması halinde davanın reddine, altında olması halinde eksik iş miktarıyla sınırlı olarak ipoteğin kaldırılmasına karar verilmesinden ibarettir. (...)” Yargıtay 15. HD. E. 1999/375, K.

Yine, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sıklıkla görülen, özellikle belirlenen zamanda borcun ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılan sözleşme cezası rehin konusu yapılabilecek alacaklardandır¹⁰⁵. Belirlenen bu üst sınırın arsa sahibi yönünden ne kadar önemli olduğunu göstermek açısından doktrinde *Özmen* tarafından verilen şu örnek aktarılmalıdır¹⁰⁶: Fikirtepe’de yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşme uyarınca yükleniciye devredilecek arsa payları üzerinde (üst sınır ipoteği ifadesi yerine) *inşaat teminat ipoteği* kurulacağı kararlaştırılmış; buna ilaveten ipotek tutarına resmi senette yer verilmemiştir. Tapu işlemleri esnasında tapuya tescil edilecek alacak miktarı belirlenirken arsa sahibi açısından bir üst sınır belirlemek yerine emlak vergisi değeri üzerinden belirleme yapılmıştır. Yüklenicinin borca aykırılığı neticesinde arsa payına düşen alacak miktarı, emlak vergisi üzerinden belirlenen 10.000 TL olmuştur. Görüleceği üzere esasen serbestçe kararlaştırılabilecek olan üst sınırın dikkatsizce belirlenmesi arsa sahibini neredeyse güvencesiz bırakmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi lehine kurulan ipotek, yüklenicinin yapma borcuna karşılık miktarı belirsiz bir alacağı güvence altına alıyor olmasından hareketle üst sınır ipoteğidir. Pek tabii yüklenicinin arsa sahibine verebileceği zararlar için bir ipotek kurulurken halihazırda mevcut borçlarını da ipoteğin güvencesine dahil etmesi mümkündür. Bu ihtimalde ipoteğin üst sınır niteliğinde değişiklik meydana gelmez; zira halen daha toplam miktarı belirsiz bir alacak söz konusudur. Ancak nadiren, ipotekle teminat altına alınanın miktarı belirli bir para borcu olması da söz konusu olabilir. Örneğin borcun ifa edilmemesi halinde edimin yerini alan sözleşme cezası¹⁰⁷ veya maktu tazminat belirlenmişse bu durumda arsa sahibi lehine anapara ipoteğinin kurulması da mümkün olabilir¹⁰⁸. Buradaki alacağın üst sınır ipoteğine konu olan alaktan

1999/1217, T. 25.03.1999 (Sütçü Cilt 1, s. 830).

¹⁰⁵ Esener/Güven, s. 527. Sözleşmelerde yer alan sözleşme cezası kaydının ipoteğe konu olabileceği yönünde: Betschart, s. 147; Duerr, ZK Art 794, N. 200; Schmid-Tschirren, OFK ZGB, Art 824 N 6.

¹⁰⁶ Özmen/Turgut, s. 4.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. Köksal Kocaağa, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, Yetkin, 2018, s. 179 vd. Hasan Seçkin Ozanoğlu, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı Eklenecek Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, *GÜHFD*, 3(1-2), 1999, s. 60-118.

¹⁰⁸ Duerr, ZK Art 794, N. 200; Çetiner, s. 164. Bu konuda ayrıca bkz. Kadir Berk Kapanıcı, “Götürü Tazminatın Anlaşılması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, 2013, s. 655- 683. Ayrıca bkz. “(...) ipoteğin kat karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle müteahhit borçlu şirketin alacaklı arsa sahibine satış bedeline karşılık

farkı kendini miktardaki belirlilikte gösterir, ipoteğin kurulduğu anda doğmuş olup olmamasında değil. Nitekim üst sınır ipoteğinde olduğu gibi anapara ipoteğinde de ipotekle teminat altına alınan alacağın ipoteğin kurulması esnasında doğmuş olması şart değildir¹⁰⁹. Hatta alacak miktarının belirliliğinin onun doğmuş olması ile ya da ileride doğacak olması ile doğrudan bir ilişkisi bulunmadığı belirtilmektedir¹¹⁰. Örneğin bir haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın henüz tespit edilmediği durumda doğmuş; ancak miktarı belirli olmayan bir alacak mevcuttur¹¹¹. Miktarı belirli olmamasına bağlı olarak kurulacak ipotek sadece üst sınır ipoteği olabilir¹¹². İki yıllık kira sözleşmesinde sonraki yılın alacağında olduğu gibi alacağın henüz doğmadığı; ancak miktarının belirli olduğu haller de söz konusu olabilir¹¹³. Bu ihtimalde miktarı belirli bir alacak söz konusu olduğu için hem anapara ipoteği hem de üst sınır ipoteği kurulması mümkün olur. Şu hâlde *doğmuş ve henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacağın* ipotekle güvence altına alınabileceğini düzenleyen TMK m. 881 hükmüne bağlı olarak bu iki ipotek türü arasındaki ayrımın rehlin kurulması esnasında alacağın doğup doğmadığı değil miktarının belirli olup olmadığına göre şekillendiği anlaşılmaktadır¹¹⁴. Bu belirtilen kapsamda esasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde belirtilen sözleşme cezasının geç teslimine bağlı belirlendiği ihtimalde ne kadar gecikme olacağının bilinmemesine bağlı olarak alacak miktarının da belirli olmadığı bu ihtimalde üst sınır ipoteği söz konusu olur. Ancak borca aykırılık halinde alacağın yerini alan bir maktu tazminat yahut edimin yerini alan sözleşme cezası belirlenmişse bu ihtimalde alacak miktarı belirli olduğundan tarafların dilerse anapara ipoteği dilerse üst sınır ipoteği kurabileceğini ifade etmek gerekir¹¹⁵. Diğer bir ifade ile alacak miktarının belirli olması halinde taraflar ipotek türünü seçmekte serbestken alacak miktarının belli olmaması halinde kurulabilecek ipotek sadece üst sınır

ipoteğin tesisi anında doğan daire teslim borcu nedeniyle verilmiştir. Bu durumda ipoteğin mevcut bir alacak için kurulduğu anlaşıldığından takip konusu ipoteğin karz ipoteği (kesin borç ipoteği) olduğunun kabulü gerekir (...)” Yargıtay 12. HD. E. 2006/9685, K. 2006/13072, 16.06.2006 (Sütçü, Cilt 1, s. 827).

¹⁰⁹ Sirmen, s. 653. Ayrıca bkz. TMK m. 881/I.

¹¹⁰ Nomer/Ergüne, N. 1011.

¹¹¹ Örnek için bkz. Kuntalp, s. 55; Gönen, s. 1006.

¹¹² Akçaal, s. 713; Müjgan Tunç Yücel, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, On iki Levha, 2010, s. 155.

¹¹³ Örnek için bkz. Kuntalp, s. 55; Gönen, s. 1006.

¹¹⁴ Sirmen, s. 653.

¹¹⁵ Çetiner, s. 164; Kuntalp, s. 22 vd. Ayrıca bkz. Duerr, ZK Art 794, N. 200.

ipoteğidir¹¹⁶. Şu hâlde özellikle sözleşme cezası ya da götürü tazminat gibi belirli bir alacağın teminat altına alındığı durumlarda ipotek sözleşmesinden anapara ipoteğinin mi yoksa üst sınır ipoteğinin mi kurulmak istendiğinin anlaşılabilmesi halinde sözleşme hükümlerinin yorumu ile tarafların gerçek iradesinin tespiti gerekir¹¹⁷.

IV. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE ARSA SAHİBİ LEHİNE KURULAN İPOTEĞE BAĞLI SONUÇLAR

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi lehine kurulan ipoteğin, güvence altına aldığı alacağa bağlı olarak çoğunlukla üst sınır; ancak nadiren de olsa tarafların anlaşmasına bağlı olarak miktarı belli bir alacak yönünden anapara ipoteği niteliğinde olabileceği sonucuna varılmaktadır¹¹⁸. Bu kısımda burada ilk önce hukuki niteliğinden bağımsız olarak arsa sahibi lehine kurulan ipoteğin sonuçlarına, sonrasında hukuki niteliğine özgü sonuçlara çalışmamızla bağlantılı olduğu ölçüde yer verilmektedir.

Öncelikle ister üst sınır ister anapara ipoteği olsun ipoteğe konu olan taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmediğini önemine binaen tekrar etmek gerekir¹¹⁹. Bu kapsamda ipotekli taşınmazın yüklenici tarafından üçüncü kişilere devri pek tabii, mümkündür¹²⁰. Üstelik bunun için arsa sahibinin muvafakati aranmaz. Taşınmaz malikinin borçtan şahsen sorumlu olmaması, örneğin, üçüncü kişinin ipotekli taşınmazı sonradan iktisap etmiş olması halinde taşınmazının elden çıkma tehlikesi mevcuttur. Bunu öngören kanun koyucu borçtan şahsen sorumlu olmayan taşınmaz malikine ipoteğin kaldırılmasını talep etme hakkı tanımıştır. Gerçekten, TMK m. 884 hükmü

¹¹⁶ Akçaal, s. 713; Tunç Yücel, s. 155. Ayrıca bkz. Kuntalp, s. 17 vd.; Özcan, s. 20.

¹¹⁷ TBK m. 19. Ayrıca bkz. Çetiner, s. 173. Taraf iradelerinin açık olmadığı hallerde bu ayrımda faydalanılmak üzere ileri sürülen kıstaslardan biri faiz oranının gösterilip gösterilmediğidir (Fasel, CHK Art 794, N. 2). Faiz oranının gösterilmesinin bir kıstas olmadığı, tarafların iradelerinden ipoteğin türünün açıkça anlaşılmadığı hallerde ipoteğin kurulduğu zamanda alacak miktarı belirli ise anapara değilse üst sınır ipoteği olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. Özcan, s. 12. Tescil edilen bedel ile alacak arasında belirgin bir farklılık varsa üst sınır ipoteğinin varlığının kabul edilebileceği yönünde bkz. Altop, s. 62. Arsa sahibi lehine konulan ipotekle arsa sahibinin alacağının tam olarak güvence altına alınabilmesi için konulan ipoteğin anapara ipoteği niteliğinde olduğunun kabulü gerektiği hakkında bkz. Sütçü, Cilt 1, s. 826.

¹¹⁸ Karş. Sütçü, Cilt 1, s. 826.

¹¹⁹ TMK m. 881/II. İpotekli taşınmazı sonradan iktisap eden üçüncü kişi bu işlemi ile borcu üstlenmiş olmaz. İpotekli taşınmazın devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez (TMK m. 888/I).

¹²⁰ TMK m. 888. Ayrıca bkz. Tuor/Schnyder/Schmid, s. 1004; Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 313; Gönen, s. 997.

uyarınca borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli taşınmaz maliki, borçluya ait koşullar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebilir. Borçluya ait koşullar içinde borcun ödenmesi düzenlendiğinden ipoteğin kaldırılması için borçtan şahsen sorumlu olan borçlunun borcu ifaya yetkili olması gerekmektedir. Ancak bu ihtimalde alacaklı tatmin edilmiş olsa dahi borcun sona ermeyerek malike geçeceği düzenlendiğinden mevcut ipotek şeklen varlığını sürdüren bir malik lehine ipotek niteliğinde olmaktadır¹²¹.

Yine ipoteğin niteliğinden bağımsız şekilde, ipoteğin bir ferî hak olmasının doğal bir sonucu olarak ipotekle teminat altına alınan alacağın devredilmesi halinde buna bağlı ipotek hakkı da alacağı devralana geçer¹²². İpotekle güvence altına alınmış bir alacağın devrinin geçerli olması, devrin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı değildir (TMK m. 891)¹²³.

Yukarıda belirtilenlere ilaveten ipoteğin hukuki niteliğine özgü bazı önemli sonuçlar da doğmaktadır.

Öncelikle ipoteğin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra teminat altına alınan alacak için zamanaşımı işlemez¹²⁴. Üst sınır ipoteğinde üst sınırın üzerinde kalan alacak adi alacak niteliğinde olduğu için bu alacak için zamanaşımı işler¹²⁵.

Arsa sahibi lehine kurulan ipoteğin anapara ipoteği olması halinde teminatın alacak bakımından kapsamı üst sınır ipoteğine nazaran farklılaşmaktadır¹²⁶.

Anapara ipoteğinde ipoteğin kapsamına asıl alacak dışında TMK m. 875 hükmünde yer alan; takip giderleri ve gecikme faizi ve iflâsın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık

¹²¹ Tuor/Schnyder/Schmid, s. 1005; Çetiner, s. 239; Akipek/Akıntürk, s. 788. Ayrıca bkz. TMK m. 884/II, TBK m. 127.

¹²² Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 311; Sirmen, s. 647; Gönen, s. 997; Akçaal, s. 714; Antalya, s. 120.

¹²³ Bu konuda bkz. Yeşil, s. 279; Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 311; Akipek/Akıntürk, s. 786. Ayrıca bkz. Tapu Sicili Tüzüğü m. 31/2.

¹²⁴ TMK m. 864. Ayrıca bkz. Çetiner, s. 186; Ertaş, s. 523; Miray Altınkaya, “İpoteğin Paraya Çevrilmesi” *İpotekle İlgili Makaleler*, (Yayına Hazırlayanlar Saibe Oktay-Özdemir, Batuhan Akkuş), Filiz, 2021, s. 401.

¹²⁵ Çetiner, s. 187.

¹²⁶ Schmid-Tschirren, OFK ZGB, Art 794 N 1. Ayrıca bkz. Sirmen, s. 695vd; Ertaş, s. 527vd; Tunç Yücel, s. 158vd. Konumuz sınırlarını aşacağından teminatın taşınmaz bakımından kapsamı inceleme dışında tutulmaktadır.

faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz de girmektedir. Buna ilaveten alacaklı, rehinli taşınmazın korunması için zorunlu masraf yapmışsa ve özellikle malikin borçlu olduğu sigorta primlerini ödemişse, bundan doğan alacaklar da güvencenin kapsamına dahildir¹²⁷. Şu hâlde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip neticesinde elde edilen tutarın, tapuda tescil edilmiş bedelin üzerinde olması kuvvetle muhtemeldir¹²⁸. Oysaki üst sınır ipoteğinde tapuda tescil edilen tutar asıl alacak değil taraflarca serbestçe kararlaştırılan ve alacaklının tüm istemlerini kapsamı arzu edilen bir tutardır. Bunun sonucunda alacaklının, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipten elde edebileceği azami bedel tapu kütüğünde kayıtlı olan üst sınırdır¹²⁹. Bir diğer deyişle asıl alacağı ve yan alacakları¹³⁰ toplamı ile ulaşabileceği azami bedel bu üst sınır olmakla beraber, alacağı toplamı üst sınırın altında kalması halinde tescil edilen üst sınıra değil, bu sınırın altında kalan ve ispat edilen mevcut alacağına kavuşabilir.

İpoteğin terkinin halinde yeni kurulacak ipoteğin türü de terkin edilen ipotekle ilişkilidir¹³¹. TMK m. 871/II hükmüne bağlı olarak terkin edilen rehin hakkı yerine yeni bir rehin hakkı kurulabilir. Bir başka ifade ile taşınmaz maliki, terkin sonucu boşalan derecede tasarruf edebilir. Ne var ki taşınmaz malikinin tasarrufundaki bu serbestlik sonra gelen derecelerdeki ipotekli alacaklıları zarara uğratmamak amacı ile terkin edilen teminat miktarı ile sınırlıdır¹³². Bu belirtilen kapsamda üst sınır ipoteğinin terkin edilmesi halinde kural olarak boşalan dereceye ancak bir üst sınır ipoteği kurulabileceği, zira anapara ipoteği kurulması halinde TMK m. 875 hükmünde yer alan yan alacaklarla

¹²⁷ TMK m. 876. İpoteğin alacak bakımından kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ünlütepe, s. 180vd.

¹²⁸ Özcan, s. 25.

¹²⁹ TMK m. 876 hükmünde düzenlenen; rehinli taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masraflar ve özellikle sigorta primlerinin tapu kütüğünde tescil edilen üst sınırla bağlı olmaksızın güvence kapsamına dahil olduğu yönünde bkz. Gülekli, s. 100; Altop, s. 41; Helvacı İ, s. 158; Sirmen, s. 698. Maddenin üst sınır içerisinde kalmak koşulu ile üst sınır ipoteğinde uygulama bulacağı yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3359; Nomer/Ergüne, N. 1013. Ayrıca bkz. Ünlütepe, s.210.

¹³⁰ TMK m. 875 hükmünde yer alan *iflâsın açıldığı veya rehlin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz* hükmündeki sürenin üst sınır ipoteğinde uygulama alanı bulmayacağı yönünde bkz. Altop, s. 42; Özcan, s. 85; Nomer/Ergüne, N. 1003.

¹³¹ Altop, s. 53. Bu konuda bkz. Gönen, s. 1004; Mustafa Alper Gümüş, “TMK m. 883 Uyarınca İpotekle Teminat Altına Alınmış Alacak Hakkının Sona Ermesine Bağlı Olarak İpoteğe İlişkin Tescilin Terkini (İpoteğin Fekki)”, *BÜHFD*, 5(9), 2019, s. 19vd.

¹³² Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 3278.

beraber boşalan teminat miktarının aşılabilceği belirtilmektedir¹³³. Ancak terkin edilen bir anapara ipoteği ise bu defa boşalan dereceye aynı şartlarda yeni bir anapara ipoteği ya da terkin edilen teminat miktarını karşılayan bir üst sınır ipoteğinin kurulması mümkündür¹³⁴.

İpoteğin hukuki niteliğinin takip hukuku yönünden sonuçları da farklıdır.

Anapara ipoteğinde taşınmazın satışı yoluyla elde edilen bedelin rehinli alacağı karşılamayacağı açık olsa dahi alacağın tamamı için önce rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yürütülür¹³⁵. Üst sınır ipoteğinde ise üst sınırın üzerinde kalan kısım adi alacak¹³⁶ olduğundan toplam alacağın üst sınır üzerinde kalması halinde aşan kısım için genel haciz veya iflas yolu ile takip yürütülmesi mümkündür¹³⁷.

Son olarak belirtilmesi gereken husus, ipoteğin paraya çevrilmesinde, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip ve ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip olmak üzere iki tür takip usulü mevcut olduğudur. Takibin bir ilama dayanması ya da kayıtsız şartsız borç ikrarını içermesi veya İİK m. 150/1 hükmü koşullarının mevcudiyeti halinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip yapılması mümkündür¹³⁸. Bunlar dışında yürütülecek takip ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takiptir. Gerçekten, İİK m. 149 hükmü uyarınca, *icra memuru, ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa, borçluya ve taşınmaz üçüncü şahıs tarafından rehnedilmiş veya taşınmazın mülkiyeti üçüncü şahsa geçmişse ayrıca bunlara birer icra emri gönderir*. İİK m. 149 b hükmü ise icra memurunun, *149 uncu maddede yazılı haller dışındaki muaccel alacaklar için icra emri yerine ödeme emri göndereceğini düzenler*. Görüleceği üzere ister İİK m. 149 hükmüne isterse İİK m. 149 b hükmüne dayalı takip yapılsın, ilk koşul alacağın muaccel olmasıdır¹³⁹. Bununla birlikte

¹³³ Altop, s. 53-54. Karş. Kuntalp, s. 44.

¹³⁴ Altop, s. 54.

¹³⁵ İİK (RG. 19.06.1932/2128) m. 45. Önce rehne başvurma kuralı hakkında bkz. Ali Cem Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, On iki Leva, 2009, s. 15vd; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Adalet, 2017, s.19 vd.; *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet, 2013, s. 984 vd.; Altınkaya, s.377-384. Kuralın emredici olmadığı görüşü için bkz. Çetiner, s. 274; Altınkaya, s. 381.

¹³⁶ Bu yönde, Tuor/Schnyder/Schmid, s. 985; Altop, s. 34; Atar, Kapsam, s. 948.

¹³⁷ Muşul, s. 24; Gönen, s. 1003; Altınkaya, s. 381.

¹³⁸ Altınkaya, s. 393.

¹³⁹ İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takipte, ipotek sözleşmesinden alacağın muaccel

ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takibin mi yoksa ilamsız takibin mi yürütüleceği hususundaki ayrım da ipotek akıt tablosunun¹⁴⁰ kayıtsız şartsız borç içerip içermediği esas alınmaktadır¹⁴¹. İpotek akıt tablosunun ne zaman kayıtsız şartsız borç içerdiği hususunda ise miktarı belirli ve ipoteğin kurulduğu an itibarıyla doğmuş yahut ipotek kurulduğu anda doğmamış; ancak doğacağı kesin (örneğin vadeye bağlanmış) bir alacağı teminat altına alıp almadığı temel alınmaktadır¹⁴². Buna bağlı olarak çoğunlukla üst sınır ipoteği ilamsız takibe anapara ipoteği ise ilamlı takibe konu olmaktadır¹⁴³. Ancak sözleşme cezasının teminat altına alındığı anapara ipoteğinde olduğu gibi alacak miktarının belirli olduğu; ancak gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirli olmadığı durumlarda kayıtsız şartsız borç ikrarından söz edilemeyeceği ifade edilmelidir¹⁴⁴. İşte bu ihtimalde her ne kadar ipoteğin türü bir anapara ipoteği olsa da kayıtsız şartsız borç ikrarından söz edilemeyeceğinden takip türü ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip olacaktır. Miktarı belirli olan ve ipotek kurulduğu anda doğmuş ya da doğması kesin olan alacak için

olduğunu tespit eden icra müdürü icra emrini gönderir. İcra müdürü, ipotek akıt belgesinin kayıtsız şartsız borç ikrarını haiz olup olmadığı ile alacağın muaccel olup olmadığını re'sen inceler. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takipte ise kayıtsız şartsız borç ikrarı mevcut olmadığından, muaccel olmayan bir alacak için ödeme emri gönderilmesi durumunda borçlu veya taşınmaz maliki buna itiraz edebilir (Çetiner, s. 317; Altınkaya, s. 397; Akçaal, s. 717). Taşınmaz maliki yönünden ayrıca bkz. TMK m. 887.

¹⁴⁰ İpotek akıt tablosu ipotek sözleşmesini içeren ve ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte takip talebine eklenmesi gereken belgelerdendir (Budak, s.142).

¹⁴¹ İİK m. 149/I, m. 149/b. Bu konuda bkz. Altop, s. 55; Budak, s. 91; Kuru, s. 995. İpotek akıt tablosunun kayıtsız şartsız borç içermesi halinde icra müdürü borçluya icra emri gönderir ve bu ihtimaldeki takip, haciz yolu ile ilamlı takibe benzer. Kayıtsız şartsız borç ihtiva etmemesi halinde bu defa ödeme emri gönderilir ve bu usul haciz yolu ile ilamsız takibe benzemektedir (Budak, s. 91). Ayrıca bkz. TMK m. 887.

¹⁴² Çetiner, s. 282. Yazar, kayıtsız şartsız borç ikrarı ifadesi ile ipoteğin kurulduğu anda alacağın mevcudiyetinin değil miktar ve doğumuna ilişkin şarta tabi kılınmamış olmasının işaret edildiğini belirtmektedir. Buna bağlı olarak, doğmuş bir alacak ile ipoteğin kurulduğu anda doğmamış; ancak doğması kesin olan alacak (örneğin vadeye bağlanmış alacak) arasında ayırım yapmanın haklı bir gerekçesi olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla bu ikinci tip alacağın teminat altına alındığı durumlarda da kayıtsız şartsız borç ikrarı mevcuttur. *Ibid.* Benzer yönde, Altınkaya, s. 384.

¹⁴³ Budak, s. 92; Kuru, s. 1009; Tunç Yücel, s. 156. "(...) İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte kesin borç ipoteğine dayanılmış ise; eş söyleyişle, doğmuş bir alacağın temini için düzenlenen ipotek akıt tablosu kayıtsız şartsız bir para borcunu ihtiva ediyorsa başvurulacak yol, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takiptir ve bu durumda 2004 sayılı İİK'nun 149. maddesi gereği borçluya ve taşınmaz sahibi üçüncü şahsa birer icra emri gönderilir. Aynı Kanun'un 149/a maddesine göre, ilamların icrasına ilişkin aynı Kanun'un 33/1, 2, 3. maddeleri hükümünce, icranın durdurulması kararı alınmazsa taşınmaz satılır. (...)" YHGK, E. 2012/12-708, K. 2012/579, T. 19.09.2012 (Lexpera).

¹⁴⁴ Budak, s. 92; Çetiner, s. 282; Tunç Yücel, s. 157.

üst sınır ipoteği kurulmuş olması halinde ise kayıtsız şartsız borç ikrarı mevcut olduğundan ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip mümkün olur¹⁴⁵.

SONUÇ

Uygulamada sıklıkla akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ile taraflar, çoğunlukla kat mülkiyetine çevrilebilecek bağımsız bölümlerin yapımı ve kendilerine düşecek bağımsız bölümlerin teslimi hususunda anlaşmaktadır. Bu amaçla yapılan sözleşmelerin birçok farklı görünümü mevcuttur. Doktrinde özellikle arsa sahibinin ifa zamanından yola çıkılarak bazı sınıflandırmalar yapıldığı görülmektedir. Örneğin arsa sahibinin arsa payının satışını vaat edip yüklenicinin arsa üzerinde inşaat yapmayı taahhüt ettiği tipte bir sözleşme ya da arsa paylarının kısım kısım devrini öngören arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yapılması mümkündür. Bunun yanı sıra arsa sahibinin sözleşmeden doğan borcu olan arsa paylarını başlangıçta yükleniciye devrettiği sözleşmeler de yapılabilmektedir. Bu son ihtimalde arsa sahibi sözleşmeden doğan borcunu sözleşmenin kurulmasına en yakın zamanda ifa ederken henüz yüklenici kendi borcu olan inşaat yapımını ifa etmemiştir. Arsa sahibinin önce ifa ile yükümlü olduğu bu tip sözleşmelerde arsa sahibi lehine bir teminat ihtiyacı belirmektedir. Bu teminatın şahsi ya da aynı bir teminat olması mümkündür. Konumuzu teşkil eden ipotek ise bir aynı teminattır. Bu kapsamda yükleniciye devredilen arsa payları üzerinde ya da yükleniciye ve hatta üçüncü kişiye ait başka bir taşınmazda ipotek kurulması mümkündür.

Belirtilen bu ipotek, uygulamada *inşaat teminat ipoteği* olarak adlandırılmakta ve bu terim özellikle inşaatçı ipoteğini çağrıştırmaması nedeni ile eleştirilmektedir. Ayrıca, ipotek miktarının doğru öngörülmemesi ya da ipoteğin türü konusundaki yanılığa bağlı olarak arsa sahibinin alacağına kavuşamaması mümkündür. Belirtilen bu nedenlerle arsa sahibi lehine kurulan ipoteğin hukuki niteliği çalışmamızda incelenmiştir. Bu hususta varılan ilk sonuç arsa sahibi lehine kurulan ipoteğin sözleşmeden doğan ipotek olduğudur. Burada kanuni bir ipotek değil, doğumunu taşınmaz maliki ile arsa sahibi arasında akdedilecek ipotek sözleşmesine ve tescile borçlu bir ipotek mevcuttur. Teminat sağlama işleminin hukuki sebebi de yüklenici ve arsa sahibi arasında akdedilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi değil ipotek sözleşmesidir. Diğer bir ifade ile asıl borç ilişkisi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve ipotek sözleşmesi birbirinden bağımsızdır. Arsa sahibi, arsa

¹⁴⁵ Çetiner, s. 282; Altınkaya, s. 384; Tunç Yücel, s.156.

payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağını teminat altına almayı arzularsa ipotek sözleşmesi akdedilecektir. *İpoteğe konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez* hükmünü haiz TMK m. 881 karşısında ipotek sözleşmesinin tarafının yükleniciden başka bir kişi olması mümkündür.

Arsa sahibi lehine kurulan ipoteğin anapara ipoteği mi yoksa üst sınır ipoteği mi olduğunun belirlenmesi ayrıca önemlidir.

Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacağın ipotekle güvence altına alınabileceğini düzenleyen TMK m. 881 hükmü neticesinde bu iki ipotek türü arasındaki ayrımın rehnin kurulması esnasında alacağın doğmuş olup olmaması değil alacak miktarının belirli olup olmamasına göre tasnif edilmesi gerekmektedir. Böylece, yüklenicinin inşaat yapma borcuna aykırılık şeklinde tezahür eden sözleşme ihlaline bağlı alacağın teminat altına alınması amaçlanmaktaysa burada bir üst sınır ipoteği söz konusu olmaktadır. Zira burada teminat altına alınan, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının para olarak isteyebileceği para alacağıdır. Bu alacağın miktarının belirsiz olmasına bağlı olarak kurulacak ipotek üst sınır ipoteğidir. Ancak alacağın miktarının ipotek kurulurken belirli olması halinde arsa sahibi lehine anapara ipoteğinin kurulmasının önünde bir engel yoktur. Arsa sahibinin alacağının miktarının belirli olması halinde, özellikle sözleşmeye aykırılık halinde maktu bir tazminat ya da edim yerini alan sözleşme cezası belirlendiğinde anapara ipoteği kurulabilir. Ancak geç teslimine bağlı hesaplanan sözleşme cezası belirlenmesi yapılmışsa teslimin ne kadar gecikeceği bilinmediğinden burada yine bir üst sınır ipoteği mevcuttur.

İpoteğin hukuki niteliği belirlemesinin önemli sonuçları mevcuttur.

Rehnin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez hükmü (TMK m. 864) kapsamına üst sınırı aşması nedeniyle adi alacak niteliğinde olan alacağın girmediği belirtilmelidir.

Bunun yanı sıra, arsa sahibi lehine kurulan ipoteğin türüne bağlı olarak teminatın alacak bakımından kapsamı değişir. Anapara ipoteğinde ipoteğin kapsamına asıl alacak dışında ve buna ilaveten TMK m. 875 ve TMK m. 876 hükmünde yer alan yan alacaklar da dâhildir. Hâlbuki üst sınır ipoteğinde tapuda tescil edilen tutar alacaklının, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipten elde edebileceği azami bedeldir. Pek tabii asıl alacak ve yan alacaklar toplamının üst sınırın altında kalması halinde alacaklı, tescil edilen azami bedele değil, bu

sınırın altında kalan ve ispat edilen mevcut alacağına kavuşabilir.

İpoteğin türünün takip hukuku yönünden neticeleri de farklıdır. Önce rehne başvurma kuralı anapara ipoteği için geçerliken üst sınır ipoteğinde üst sınır üzerinde kalan alacak açısından genel haciz veya iflas yolu ile takip yürütülmesi mümkündür.

Konumuz itibari ile ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takip, ipotek sözleşmesinin kayıtsız şartsız borç ihtiva etmesine bağlı olarak değişmektedir. İpoteğin; miktarı belirli ve ipoteğin kurulduğu an itibariyle doğmuş yahut doğacağı kesin bir alacağı teminat altına alması halinde kayıtsız şartsız borç ikrarının mevcut olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda belirli bir miktar alacağı teminat altına alması nedeni ile anapara ipoteğinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takibin yürütüleceği belirtilmektedir. Benzer şekilde üst sınır ipoteğinde belirsiz bir alacağı teminat altına alması nedeni ile kayıtsız şartsız borç ikrarından söz edilemeyeceğinden bahisle ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takibin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte sözleşme cezasının teminat altına alındığı anapara ipoteğinde olduğu gibi alacak miktarının belirli olduğu; ancak gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirli olmadığı durumlarda kayıtsız şartsız borç ikrarından söz edilemeyeceği ifade edilmelidir. Benzer şekilde ipotek kurulurken doğmuş ya da doğması kesin ve miktarı belirli olan alacak için üst sınır ipoteği kurulmuş olması halinde ise ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takibin mümkün olduğu kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Acar F, *Rehin Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Akcaal M, *Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin, 2022.
- Akipek J G/Akıntürk T, *Eşya Hukuku*, Beta, 2009.
- Akipek Öcal Ş, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin TKHK Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *9. Tüketici Hukuku Kongresi Tebliğ Metni*, Aristo, 2021, s. 1-37.
- Akipek Öcal Ş, “İnşaatçı (Yapı) İpoteği”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed), *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, On iki Levha, 2017, s. 31-44.
- Altinkaya M, “İpoteğin Paraya Çevrilmesi” *İpotekle İlgili Makaleler*, (Yayına Hazırlayanlar Saibe Oktay-Özdemir, Batuhan Akkuş), Filiz, 2021, s.375-418.
- Altop A, “4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği-Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları”, *MHB*, 19, 1-2, 1999, s. 11-41 için: Altop A, *4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği-Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları*, Aristo Yayınevi, 2020.
- Antalya G, *Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku Cilt IV/1*, (Yazarlar Gökhan Antalya, Murat Topuz), Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin, 2021.
- Atar E A, *Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkında Güvencenin, Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması*, On iki Levha, 2021. (Kapsam)
- Atar E A, “Üst Sınır İpoteği ile Karşılaştırmalı Olarak Anapara İpoteğinin Sağladığı Güvencenin Alacak Bakımından Kapsamı”, *SÜHFD*, 30(3), 2022, s. 943-966. (Güvence)
- Ayan S, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Seçkin, 2008.
- Aydın G S, “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden

Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 141, 2019, s. 417-453.

Betschart F M, *Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, LBR - Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft*, 2011.

Budak A C, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, On iki Levha, 2009.

Burcuoğlu H, *Hukukçu Gözüyle Banka Uygulamasında İpotekle İlgili Önemli Sorunlar*, Pamukbank Eğitim Yayınları, 1991.

Çabri S, “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği (TMK m. 897/1)” *DEÜHFD*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19, Özel Sayı, 2017, s. 377-413.

Çetiner B, *Taşınmaz Teminatı*, Filiz Kitabevi, 2015.

Çetinkaya V, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde İş Sahibinin Seçimlik Hakları*, Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2022.

Dayınlarlı K, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, Dayınlarlı Yayıncılık, 2008.

Duerr D, *Zürcher Kommentar, Das Grundpfand, Systematischer Teil und Art. 793-804 ZGB*, Erste Lieferung, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, 2. Aufl., Zürich - Basel – Genf, 2009.

Durak Y, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, *İNÜHFD*, Özel Sayı, 1, 2015, s. 207-252.

Eren F, “I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri; II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, 18-29 Mart 1996, 2. Tıpkı Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 45-103.

Erman H, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Der Yayınları, 2010. (Arsa Payı)

Erman H, “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, *Yargıtay*

Kararları Dergisi, 10, 1982, s. 505-517. (Karar İncelemesi)

Ertuş Ş, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, 2008.

Esener T/ Güven K, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş ve 6570 sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, 2019.

Fasel U, in: Arnet Ruth/Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB – Art. 1-61 SchlT ZGB*, 4. Aufl., Zürich - Basel – Genf, 2023.

Gökyayla K E, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen ve Sadakat Borcu”, *GSÜHFD*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002(1), s. 785-805.

Gönen D, “Anapara ve Üst Sınır İpoteği Kavramları”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2(16), 2004 s. 996-1016.

Gülekli Y, *İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Bakımından Kapsamı*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.

Gümüş A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin, 2021.

Gümüş MA, “TMK m. 883 Uyarınca İpotekle Teminat Altına Alınmış Alacak Hakkının Sona Ermesine Bağlı Olarak İpoteğe İlişkin Tescilin Terkini (İpoteğin Fekki)”, *BÜHFD*, 5(9), 2019, s.17-41. (İpotek)

Helvacı İ, *Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, On iki Levha, 2008.

Helvacı S, “Kat İrtifakı ile Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımının Karşılaştırılması” *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan*, 1995, s. 287-293.

İnal E, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında İnşaat Sözleşmelerinin Sözleşmeye Taraf Olmayan Üçüncü Kişilere Etkisi”, Emrehan İnal ve Başak Baysal (Ed), *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, 2017, s. 371-394. (Üçüncü Kişiler)

İnal E, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerine İlişkin Bazı Hukuki Çözümlerin Gözden Geçirilmesi İhtiyacı”, *Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, C. II*, Yetkin, 2017, s. 1201-1210.

İpekyüz F/ Aslan A, “Üçüncü Kişinin, Yüklenicinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkına (Arsa Payı ya da Bağımsız

- Bölüm) Hak Kazanma Şartları”, *DÜHFD*, 28(49), 2023, s. 531-578.
- Kahraman Z, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarıyla Yaratılan “Avans Tapu” Kavramının Değerlendirilmesi”, *YUHFD*, 18(2), 2021, s. 781-797. (Değerlendirme)
- Kahraman Z, “Ayıbyı Giderme Borcunun Hukuki Niteliği”, *BÜHFD*, 13(169-170), 2018, s. 121-143.
- Kapancı K B, “Götürü Tazminatın Anlaşılması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, 2013, s. 655- 683.
- Kaplan İ, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Yetkin, 2013.
- Kartal B, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I)”, *Yargıtay Dergisi*, 9 (1-2), 1983, s. 96-113.
- Kırca Ç, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu-Bildiriler-Tartışmalar*, 2007, s. 77-98.
- Kocaağa K, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, Yetkin, 2018.
- Kuntalp E, *Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı*, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 1989.
- Kurşat Z, *İnşaat Sözleşmesi*, 2. Baskı, Filiz, 2024. (İnşaat)
- Kurşat, Z, “İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri”, *Ergun Özsunay’a Armağan*, 2004, s. 751-777.
- Kurt L M, “Güncel Gelişmeler Işığında Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yükleniciden Bağımsız Bölüm Devralan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 38(3), 2022, s. 407-434.
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet, 2013.
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Adalet, 2017.
- Nomer H N/ Ergüne M S, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş, 8. Bası On iki Levha, 2020.

- Oğuzman M K/ Seliçi Ö/ Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, 2021.
- Oktay S, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *İÜHFMD*, 55, 1996, s. 263-297.
- Ozanoğlu H S, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, *GÜHFD*, 3(1-2), 1999, s. 60-118.
- Öğüz T, “İpotek Hakkı Uyarılama Talebine Konu Olabilir mi?” Baki İlkay Engin ve Tufan Ögüz (Ed). *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt 1 Eşya Hukuku (20 Ekim 2016)*, On iki Levha, 2017.
- Öz T, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Özcan D, *Türk Hukuku'nda Üst Sınır İpoteği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000.
- Özmen E S, “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. HD. nin Yerleşik Kararlarındaki “Avans Tapu” Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)”, *TBB Dergisi*, 135, 2018, s. 491-516.
- Özmen E S/ Akçura Karaman T, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”, *İBD*, 87(1), 2013, s. 47-74.
- Özmen E S/ Turgut B N, “6306 Sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği Değişiklikleri ile Bir Türü Çözölemeyen Hususlara İlişkin Düşünceler” (sabaozmen.av.tr). Erişim Tarihi 12 Haziran 2024, s. 1-6.
- Özmen E S/ Yüce M B, “İnşaat Projeleri Çerçevesinde Taşınmazda (Arazide) Mevcut İpoteklerin Kat İrtifakına/ Kat Mülkiyetine Geçiş Sonrası Hüküm ve Sonuçlarının Tüketici Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *GÜHFD*, 2022(1), s. 849-876.
- Sarı S, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, *İUHFM*, 64(2), 2006, s. 273-300.
- Schmid-Tschirren C, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz

Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), *ZGB Kommentar*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., 2021.

Seçer Ö, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Yetkin, 2023.

Seliçi Ö, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, 1978.

Serozan R, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2010. (Sözleşmeden Dönme)

Serozan R, “Taşınmaz Rehni”, *İÜHFM*, 64(2), 2006, s. 301-324. (Taşınmaz Rehni)

Sirmen A L, *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin, 2022.

Sütçü N, *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt -1*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, 2016. (Cilt 1)

Sütçü N, *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt -2*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, 2016. (Cilt 2)

Tunç Yücel M, *Banka Alacaklarının İpoteğinin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, On iki Levha, 2010.

Tuor P/ Schnyder B/ Schmid J, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Auflage, auf Grund der 11. Auflage (1995) und des Supplements (1999) neu bearbeitet und ergänzt, Schulthess Juristische Medien AG, 2002.

Ünlütepe M, “İpoteğinin Alacak Bakımından Kapsamı”, *TBB Dergisi*, 102, 2012, s. 173-218.

Yavuz C, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İMÜHFD*, 4(2), 2017, s. 109-131.

Yeşil M, *Tapu İşlemleri Uygulama & Mevzuat*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Basım, 2016.

Yıldırım A, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu”, *AÜHFD*, 71(3), 2022, s. 1165-1181.

Yünlü S, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

THE EVER-EXPANDING NATURE OF MANDATORY MEDIATION IN TÜRKİYE

TÜRKİYE'DE ZORUNLU ARABULUCULUĞUN SÜREKLİ
GENİŞLEYEN KAPSAMI

Mustafa GÖKSU*  

ABSTRACT

As it is the case with almost every modern legal system, mediation performs an important role in civil dispute resolution in Türkiye. Even though mediation in the modern sense was introduced in Turkish law a little more than a decade ago, its development and adoption was swift. Probably the main factor behind this quick adoption in legal circles is the push by the Government and the Legislator; particularly through implementing a form of mandatory mediation in 2017. While there are two main approaches to the implementation of proper mandatory mediation, Turkish Legislator preferred the procedural requirement option. After the first implementation regarding labor disputes, there were three more major expansions to the extent of mediation as procedural requirement; including commercial disputes, consumer disputes and various disputes within the jurisdiction of civil courts of peace. Since the expansion trend is still ongoing, in this study, the effectiveness of mandatory mediation, as well as probable future developments regarding the subject are examined and discussed.

Keywords: Mediation, Mandatory mediation, Alternative dispute resolution, Labor disputes, Procedural requirement.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-Posta:** mustafa.goksu@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-3414-1699, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1591371.

- **Atıf Şekli / Cite As:** Göksu M, "The Ever-Expanding Nature of Mandatory Mediation in Türkiye", *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.45-72.
- **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.*

ÖZET

Tüm dünyada olduğu gibi, arabuluculuk ülkemizde de hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir fonksiyon yerine getirmektedir. Modern anlamda arabuluculuk Türk hukukuna gireli on yıldan biraz fazla süre geçmiş olmasına rağmen, kurumun gelişimi ve benimsenmesi hızlı şekilde olmuştur. Arabuluculuğun, hukuk çevrelerinde bu denli hızlı şekilde benimsenmesinin altında yatan en önemli faktörlerden biri, Hükümetin ve Kanun koyucunun, bilhassa 2017 yılında zorunlu arabuluculuk kurumunu getirerek arabuluculuğu teşvik etmesidir. Gerçek anlamda zorunlu arabuluculuğun uygulanması bakımından iki temel sistem olmakla birlikte, Türk Kanun koyucusu bunlardan dava şartı olarak arabuluculuk sistemini kabul etmiştir. İş uyuşmazlıklarının büyük bir kısmının dava şartı olarak arabuluculuğa tabi kılınmasından sonra, dava şartı olarak arabuluculuğun kapsamı üç büyük genişleme daha yaşamıştır. Bu genişlemeler, ticari uyuşmazlıklar, tüketici uyuşmazlıkları ve nihayet sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren bazı uyuşmazlıkların dava şartı olarak arabuluculuğa tabi kılınması ile gerçekleşmiştir. Bu çalışmada, bahsedilen genişlemenin devam etme eğiliminde olduğu düşüncesiyle, zorunlu arabuluculuğun etkinliği ile ilgili hususlar ve kurumun geleceği incelenmiş ve tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Zorunlu arabuluculuk, Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, İş uyuşmazlıkları, Dava şartı.

EXTENDED ABSTRACT

Mediation, even though introduced in Turkish law in the modern sense merely a decade ago, has quickly risen to a very important role in civil dispute resolution. After the adoption of The Law on Mediation in Civil Disputes in 2013, mediation has become the major alternative dispute resolution method in Türkiye, even though it was not the first alternative dispute resolution experience. Settlement negotiation, despite having a very established history and being recognized by the current and previous Code of Civil Procedure, enjoyed a negligible practice. One may argue the reasons of its unfortunate fate comprehensively; but it is sufficed to say that settlement, historically and consistently, never exceeded the point one percent mark in Turkish civil dispute resolution. The second most important alternate dispute resolution method in Türkiye, namely the conciliation power of attorneys which was introduced in 2001, more than a decade ago from mediation, met a similar fate with settlement negotiation. Therefore, building on the experience of alternate civil dispute resolution in Türkiye, application of mediation was not majorly different than its counterparts in the first years. The most important development on the subject was, without a doubt, the introduction of mandatory mediation.

First instance of mandatory mediation was implemented with the Law on Labor Courts, which was enacted in late 2017 and went into effect in the beginning of 2018. When proper mandatory mediation is implemented, there are broadly two paths to choose from: Mediation before filing an action or court-controlled mediation. The

Turkish Legislator opted for the first approach; therefore, mandatory mediation, in Turkish law was implemented as “Mediation as procedural requirement”. This means that, should the plaintiff file an action before exhausting the mediation route, the court must dismiss the action on procedural grounds. This, inevitably leads to the reduction of caseloads of courts; at least on paper. However, as it is discussed in this paper, the statistics in Turkish experience suggest otherwise.

The scope of mandatory mediation, expanded three times since its inception in 2017. Firstly, commercial disputes in 2018; than consumer disputes in 2020, along with some exceptions, were subjected to mandatory mediation. Finally, in 2023, all disputes arising from rental agreements, with the exception of provisions regarding eviction from rented real property by way of compulsory enforcement without a judgment procedure according to the Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy numbered 2004; disputes regarding repartitioning of movable or real property or rights and dissolution of joint ownerships, disputes arising from Condominium Law dated 23/6/1965 and numbered 634, disputes arising from vicinity rights and disputes arising from agricultural production agreements were added to the scope of mediation as a procedural requirement.

Since the scope of this paper is limited to the expansion of mandatory mediation in Türkiye, the discussion regarding any advantage or disadvantage is also limited to mandatory mediation. There are two major advantages of mandatory mediation: (Supposed) reduction in caseloads; and its utilization as “temporary expedient”, in legal systems like Türkiye, which are somewhat foreign to modern ADR and settlement culture. Even though a strong case may be made for the latter; the reduction of caseloads is highly debatable as the official statistics demonstrate. The criticism on mandatory mediation, on the other hand, is very extensive as it is discussed in the paper. First of all, one of the most favorable aspects of (voluntary) mediation, privacy, constitutes a major problem for mandatory mediation; especially in disputes involving parties with asymmetrical standings; such as the ones between employer and employee or landlord and tenant. Another problem regarding mandatory mediation is related to its temporary expedient characteristic. If everything does not go according to the plan, mandatoriness of mediation may easily poison the public perception of mediation as a whole; and may cause more harm than good in the long run. Of course, apart from the mandatoriness of mediation itself; the form of its implementation is equally significant. Since Turkish legislator opted for the mediation as a procedural requirement; the right of going to court; which is a fundamental and constitutional right, is directly affected. This, along with the ongoing and seemingly never-ending expansion of the scope of mandatory mediation, pose the grave danger that courts falling into secondary importance and mediation institutions becoming even more important than the judiciary system as a whole. This, inevitably results in the loss of public confidence in judiciary and the concept of justice.

It is our conclusion that, should the Legislator choose to uphold mandatory mediation,

instead of the endless expansion of mediation as a procedural requirement; court-controlled mediation should be implemented and promoted. This ensures the fundamental right of parties' day in court while simultaneously establishing the control of the courts on amicable resolution between the parties.

INTRODUCTION

Even though mediation in the modern sense was only introduced in Turkish law a little more than a decade ago, in 2013; its growth realized in a breakneck speed. No other “new” legal institution in Turkish legal experience enjoyed an extensive adoption rate, similar to mediation. This level of adoption rate was achieved, no doubt, at least partly due to the push of the State; all three powers of it. The Ministry of State and judiciary in general, supported the concept in every way that they were able to, and the Legislation passed many laws to extend both the capabilities and the extent of mediation in order for it to, for lack of a better word, dominate civil justice, in a single decade. According to the latest data, mediation has already done away with more than 6 million civil disputes in Türkiye¹. The Law on Mediation in Civil Disputes, which was put into effect in 2013, has been amended majorly no less than five times. A major part of said amendments, aimed to establish and enforce a new concept: mandatory mediation. Whilst the name mandatory mediation seems and indeed feels oxymoronic², it is actually not; at least in the eyes of its supporters³. The major building block of mediation, as it is the case with almost all alternative dispute resolution methods, is voluntariness⁴. However, the voluntariness here alludes to two separate things: Resorting to mediation on one's will, and achieving a result in mediation on one's will. While the second portion of this premise is universally accepted as fact; this is not the

¹ Adalet İstatistikleri (Judicial Statistics) 2023, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, March 2024, p. 33.

² Muhammet Özekes/ Pınar Çiftçi, “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul Bam Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, *TBB Dergisi*, 148, 2020, p. 102.

³ Jennifer Winestone, “Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating the Peacemaking Process In Their Adversarial Systems”, <<http://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm>>, Access Date 15 November 2024.

⁴ Stella Vettori, “Mandatory Mediation: An Obstacle to Access to Justice,” *African Human Rights Law Journal*, 15(2), 2015, p. 57; Melissa Hanks, “Perspectives on Mandatory Mediation”, *UNSW Law Journal*, 35(3) 2012, s. 930.

case for the first portion⁵. Despite it is not widely utilized; there are many examples from around the world that, in some way or another, the parties are required to exhaust mediation before filing an action or obtaining a judgment in the court⁶. This distinction also determines the main two approaches to the subject: If the restriction is aimed at also curbing the caseload of the courts; usually the first approach is taken. This is, unfortunately, has been the case for Türkiye as well. The second approach however, utilizes a more academic and court-controlled attitude in order to achieve healthier and more robust results. The approach to be selected is also determined by the legal history and experience of respective legal systems. While the more settlement-oriented systems like the UK or Australia tend to move towards the second approach; more judgment-oriented systems like Italy and Turkey usually opt for the first approach⁷.

In this study, we will try to paint a picture of the very recent yet speedy development of mediation in general; and in particular its implementation as procedural requirement in Turkish law. We will examine the amendments to the Law and the seemingly never-ending expansion of mandatory mediation; as well as problems it had brought along the way and what should be done in the years to come.

I. MEDIATION IN TÜRKİYE BEFORE THE INTRODUCTION OF MANDATORY MEDIATION

A. Before Mediation

The Law on Mediation in Civil Disputes no. 6325, which is the principal legislation on mediation, was passed in 2012 by the Parliament and come into effect in early 2013. Before mediation however, Turkish law was no stranger

⁵ Dorcas Quek, "Mandatory Mediation: An Oxymoron - Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program," *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 11(2), Spring 2010, p. 484 vd. Some scholars explain this distinction, through mandatory mediation perspective, by using the terms "coercion to enter" and "coercion to settle" (Vettori, p. 358, Quek, p. 486)

⁶ Regarding these examples see. Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin, 2018, p. 85 ff.; Seda Özmumcu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İÜHFİM*, 74(2), 2016, p. 809 ff.; Hanks, p. 932 ff.

⁷ Quek, p. 490; Vicki Waye, "Mandatory Mediation in Australia's Civil Justice System," *Common Law World Review*, 45(2-3), June/September 2016, p. 215; Harvey J. Kirsh, "When Is 'Mandatory Mediation' Not Mandatory?," *Advocates' Quarterly*, 50(2), October 2019, p. 185; Hanks, p. 930.

to alternative dispute resolution. Arguably two of the most utilized methods of alternative dispute resolution other than mediation, namely negotiation and conciliation, were already implemented and in use; albeit in their limited respective scopes. Negotiation, the oldest and oft mentioned of the two, was (and still is) drawn up in the Code of Civil Procedure. Both current Code of Civil Procedure (2011) and its predecessor statute (the Code of Civil Procedure -1927), actively mention negotiation for settlement. Article 137 of the Code of Civil Procedure stipulates that: “*The court, in pre-trial examination, shall ..., precisely determine the boundaries of the dispute, carry out preparatory proceedings and proceedings necessary for the parties to present evidence and for the discovery of evidence, encourage the parties for settlement or mediation in actions on which they may freely act after informing the parties regarding the guiding principles, course and consequences of settlement and mediation...*” The last part of the sentence regarding the clarification duty of the judge, was inserted into the text in 2020. Settlement (*sulh*), in Turkish law, must also be explained due to its unique characteristics in Turkish Law. Unlike the wide scope of the term settlement in comparative law, it refers to a very limited usage under Turkish law; though settlement may be made before or outside the court.

The term settlement within the context of the Code of Civil Procedure, refers only to settlement made before the court⁸. Settlement terminates the action it is relevant to, and produces legal consequence of *res judicata* (CoCP art. 315). Matters outside the subject matter of the action may also be included in the scope of the settlement. Unlike waiver and acknowledgement, settlement may be contingent. The other type of settlement, i.e. settlement outside the court is not regulated under the Code and unfortunately legal consequences thereof are somewhat vague⁹. However, once again it should be noted that, since all recognized ADR methods (mediation, conciliation) in Turkish law are set out in an end-result oriented manner, “settlement agreements” made as a result are not called as such and have different legal terminologies that are regulated by their respective statutes¹⁰. In a nutshell, when a Turkish jurist

⁸ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 10. Edition, Yetkin, 2024, p. 633; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6. Edition, Yetkin, 2024, p. 584; Mustafa Göksu, *Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2016, p. 155

⁹ Arslan et al, p. 637-638; Göksu, *Civil Litigation*, p. 155.

¹⁰ Göksu, *Civil Litigation*, p. 276.

speaks of “settlement”, it is either the one in the Code of Civil Procedure or a completely unregulated and unenforceable agreement.

Since the provisions of the Code of Civil Procedure regarding negotiation are very limited, one can say that the most important of these provisions is the one regarding the evidential restrictions in article 188. As per third paragraph of said article, “*the parties are not bound by admissions made during settlement negotiations.*” Even this provision alone, makes negotiation a proper ADR method in Turkish Law.

Second, yet more modern ADR method regarding civil disputes in Turkish law, is the conciliation power of attorneys. This method was introduced in 2001 in the Law of Lawyers (1969) as article 35/A. According to the article, attorneys (lawyers), in company with their clients, may invite the opposing party to conciliation before the commencement of the action or during the proceedings in which the attorney is appointed and on which the parties may act freely. If the opposing party accepts the invitation and an agreement is reached at the end of the negotiation, a record containing the subject matter, place and date of the agreement as well as the obligations of the parties is prepared. This document carries the power of an execution copy of the judgment within the scope of the article 38 of the Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy, provided that it is signed concurrently by the parties and their attorneys. As the text of the law is obvious, there are two main features of the method: Firstly, despite the name of the procedure being conciliation, it is actually a special type of negotiation¹¹. Since the attorneys of the parties can never be completely impartial, their role can not be considered as the involvement of an impartial and independent third party. Secondly, the end-result oriented approach of the Legislator, which we have mentioned right above, is once again readily visible here; legal enforceability of the agreement document is virtually the only important aspect of the method that is expressed in the provision.

There is a third method of ADR, namely conciliation in criminal procedure law, that should be mentioned here. However, since the principal consequences of said method lies mostly within criminal law domain, we will only mention it by name and also enunciate the fact that this method is also end-result oriented as per paragraph 19 of article 253 of the Code of Criminal Procedure (2004) regarding its enforceability, as it is the case with all ADR

¹¹ Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Edition, Yetkin. 2013, p. 876

methods in Turkish Law.

Apart from the ADR methods explained above, there are some other and interesting procedures that pre-dates the Law on Mediation in Civil Disputes¹². An interesting example of mediation outside the scope of the Law on Mediation in Civil Disputes is set out by the Law of Villages which goes all the way back to 1924. According to the Statute, village council of elders may resolve issues that can be terminated with the disposition of the parties in villages. There is another ADR method set out by the Law of Villages, which may be designated as negotiation. The Statute stipulates that, should a border or collective work dispute rise between two villages, their respective councils have the power to meet and resolve the dispute as per articles 5 and 48. Other examples of non-LMCD mediation are utilized regarding collective labor disputes. These instances of mediation are brought by the Law on Unions and Collective Labor Agreements (2012). Article 50 of the Statute deals with the more institutionalized mediation and states that in case of a collective bargaining dispute, a mediator registered in the relevant registry (distinct from the registry of mediators according to the Law on Mediation in Civil Disputes) must be chosen and appointed. This mediator has a duty to make effort to bring the parties together and encourage the parties to resolve the issue on their own. However, probably due to its mandatory nature, this ADR method employs a somewhat strange means in mediation: According to the sixth paragraph of the article, the parties and third persons are obliged to produce information and documents relevant to the dispute that are requested by the mediator. The second instance of mediation in said Statute is regarding strikes during collective bargaining. Article 60 of the Statute stipulates that, the Minister of Labor and Social Security may act as a mediator or appoint a person as one, regarding the dispute.

B. Introduction of Mediation in Civil Disputes

Following the enactment of the Law on Mediation in Civil Disputes, it may be expressed that no other legal institution in Turkish law demonstrated a more meteoric rise than mediation. The drafting and enactment of the Statute was not easy either. The draft was encountered with a lot of backlash and pushback from the legal community. The main reason behind this backlash may be linked to the relative obscurity of ADR in Turkish legal tradition. All

¹² See Mustafa Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Yolları ve Tahkim*, 6th Edition, Seçkin, 2024, pp. 23 ff.

the ADR methods we have explained in the previous heading virtually had never been utilized regarding civil disputes. Historical data shows that court settlement rates in civil disputes are generally less than point one percent; conciliation power of attorneys were relatively new at the time and once again virtually never used and no other method akin to modern mediation had yet existed. Another reason of the backlash was most likely due to the profession requirements of mediators. The initial form of the draft was not restricting mediation services exclusively to jurists; other professionals would also be able to have acted as mediator, provided that other requisites were met. However, as a result of the backlash mostly from bar associations, the Statute was passed containing the requisites of graduation from a faculty of law and a minimum of five-year experience.

The first years of mediation before the introduction of mandatory mediation were relatively serene. According to the official data, during the period between the enactment and early 2017, less than two thousand mediation instances had been initiated and almost all of them resulted with agreements. Two thousand instances in more than four years is a number one can hardly be excited for. By April 2017, there were 2555 mediators in the registry, even more than the number of instances up to that date. Another interesting data from that period was the distribution of dispute types among the instances. It was reported that, by that time, more than 71% of the instances was of labor disputes. This high rate of labor disputes among all instances of mediation have certainly played a role on what is to come later.

C. General Principles of Mediation in Türkiye

Before getting to the scope of mandatory mediation, general principles of mediation under the Law on Mediation in Civil Disputes must be addressed. The term “mediation”, under Turkish law, is used in different provisions of various statutes; however, institutional mediation is regulated by the Law on Mediation in Civil Disputes. Therefore, with the exceptions set by other statutes, such as the ones that we have mentioned above, mediation services must be conducted in accordance with the Law on Mediation in Civil Disputes. The Law on Mediation in Civil Disputes was passed in 2012 by the Parliament and it has come into effect in early 2013. Similar to the conciliation procedure set out by the Law of Lawyers, mediation is aimed to be terminated with a binding document.

The Law on Mediation in Civil Disputes, provides definitions for the

term “mediation”. Mediation, as per the Statute, refers to the dispute resolution method that is carried out voluntarily with the involvement of a neutral and independent third person who has received a specialty training, brings the parties together in order to discuss and negotiate, and enables the communication process between the parties to ensure that the parties understand each other and thus create their own solutions with resorting to systematic techniques and may also propose a solution should the parties be unable to produce one. Main features of mediation are the principles of voluntariness and equality. According to article 3, the parties are free to consult to the mediator and continue, finalize or abandon the mediation process. In addition, the parties have equal rights in the matter of consulting to the mediator, as well as during the entire process.

As we have mentioned above, since the mediation is initiated with the aim of the end-result (agreement document), regulation of mediation was drafted with this approach in mind. The Statute makes no distinction between eligibility for mediation and eligibility for being the subject matter of the agreement document at all¹³. Accordingly, since article 17 of the Statute clearly imposes on the mediator the obligation to terminate the process should she determine that the dispute is not eligible for mediation, carrying out mediation proceedings without the end-result of an agreement document is not permitted. Therefore, the Statute reduces the main purpose of mediation to the preparation of an agreement document, by ignoring the amicable resolution aspect almost entirely.

The scope of the Statute is limited to the resolution of all civil disputes arising from matters and transactions on which the parties may freely act, except for disputes that involve a domestic violence claim. Eligibility of various certain matters for mediation in Turkish law is somewhat debated. The most important subject of these debates, namely whether rights attached to real properties can be the subject of any dispute resolution method other than litigation and settlement before the court is finally resolved with an amendment to the Law on Mediation in Civil Disputes in 2023. With the newly enacted article 17/B of the Statute, disputes regarding the transfer of real property or creation of limited rights thereon are clearly mentioned within the scope of mediation and some special provisions regarding such disputes are added to the Statute.

¹³ Göksu, *Civil Litigation*, p. 276.

The mediator is a natural person who provides the service of mediation and enlisted in the registry of mediators managed by the Ministry. According to the Statute, the mediator must be a Republic of Türkiye citizen and must have graduated from a faculty of law and possess minimum of five-year experience in the profession. There is also an exam that is held after the mandatory mediation training. However, in 2024, jurists with a minimum of twenty-year experience in the profession have been exempted from the exam with an amendment to the provision.

According to the Statute, the mediator is obliged to keep confidential about the information and documents that she is presented or gathered in another manner within the scope of mediation service (LMCD art. 4/1), perform her duty with due care, in a neutral way and personally (LMCD art. 9/1), protect the equality between the parties (LMCD art. 9/3), inform the parties regarding the final record and its consequences (LMCD art. 17/3); as well as conforming to her other duties set out by the Statute.

Another important feature of a legally recognized ADR method is its effect on time limitations. According to the Statute, the duration between the commencement and the termination of mediation process is not taken into account in the computation of statute of limitations and preclusive time requirements. Article 16 of the Statute stipulates that, if mediation is sought before the commencement of litigation, mediation process commences at the date in which a record is prepared documenting the agreement between the parties and the mediator to resume the process upon the invitation to the initial meeting is delivered to the parties. If mediation is sought after an action is filed, the process commences at the date in which the parties accept the invitation of the court for mediation or inform the court in writing that they have agreed to seek mediation outside the court or the statements of the parties regarding the agreement on seeking mediation is put into the court record.

As it is the case with settlement negotiations per the Code of Civil Procedure, statements made and documents presented during the mediation process are inadmissible as evidence in litigation, barring the exceptions specified in article 5 of the Statute. The main exception is the possible vagueness regarding the enforcement of the agreement.

If the desired result of mediation is achieved at the end of the process, an agreement document is prepared by the mediator. The scope of the agreement is determined by the parties and the document is signed by the

parties and the mediator (LMCD art. 18). The procedure for the enforceability eligibility of this document has become somewhat complicated in time with various amendments. According to the article 18 of the Statute, the main rule is that, should the parties and their attorneys sign the agreement along with the mediator, it is immediately enforceable. If the agreement terminates a commercial dispute, even the signatures of the parties are omitted; the signatures of the attorneys and the mediator is sufficient for enforcement. However, if any of these required signatures is missing (apart from the mediator's), a party must obtain an enforceability annotation from the court. This annotation is also required for some disputes regardless of the signatures of all persons involved. For instance, agreements regarding disputes involving transfer of real property must be annotated by the court (LMCD art. 17/b).

II. MANDATORY MEDIATION IN TÜRKİYE

A. Background and Implementation: Mediation as Procedural Requirement in Labor Disputes

In the preamble on the Bill of what would become the Law on Labor Courts, the Legislator asserts that, after the implementation of mediation in 2013, labor disputes had constituted 89% of the total number of mediation instances; and almost 93% of these instances had resulted in agreement (as of 25 May 2017). The Legislator proceeds to naming some quasi-mandatory mediation examples from around the world; including France, Austria, Holland, Malesia and Argentina and concludes that subjecting labor disputes will not infringe any fundamental rights and will serve in achieving swift resolution of labor disputes while protecting the privacy of the parties involved¹⁴. It should be noted that, first instance of mandatory mediation was neither implemented nor governed by the Law on Mediation in Civil Disputes; but with the Law on Labor Courts, which was enacted in late 2017 and went into effect in the beginning of 2018. Therefore, the scope of the mandatoriness of mediation was limited to labor disputes. Relevant provisions in the Law on Mediation in Civil Disputes would have to wait for another year for an update.

Of course, the most important feature of the implementation, even more important than its scope, was the meaning of mandatoriness. When proper mandatory mediation¹⁵ is implemented, there are broadly two paths to choose

¹⁴ <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D26/Y2/T1/WebOnergeMetni/cae5f699-d297-49cc-8405-64435805a0f3.pdf>>, p. 11, Access Date 10 November 2024.

¹⁵ By proper mandatory mediation, we are excluding the quasi-mandatory mediation procedures

from: Mediation before filing an action or court-controlled mediation¹⁶. Unfortunately, the Turkish Legislator opted for the first approach. We are putting the evaluation of these methods off to the next heading but suffice it to mention here, the Government, nonetheless avoiding abstaining from directly mentioning it, chose the way to slash caseload numbers by completely ignoring the second approach. Therefore, mandatory mediation gained a new name for Turkish Law: “Mediation as procedural requirement”.

Procedural requirements, in Turkish procedural law, are requisites that must be present (or absent with regards to some) throughout the litigation process. It is universally accepted in Turkish law that, procedural requirements are of public policy; therefore, the court must examine the procedural requirements during the entirety of the action *ex officio* (CoCP art. 115); and the parties may object to the absence of a procedural requirement at any time¹⁷. Should the court determine the absence of a procedural requirement, it dismisses the action on procedural grounds. However, a crucial rule stipulates that, if it is readily possible to rectify the absence of the procedural requirement, the court must allow time to the plaintiff for this rectification. In other words, procedural requirements in Turkish law may be broadly divided into two categories: Rectifiable procedural requirements and unrectifiable procedural requirements¹⁸. Here lies one of the biggest problems regarding mediation as procedural requirement in Turkish law: According to the article 3 of the Law on Labor Courts, regarding any employee or employer debt or compensation claims or reinstatement actions based on the Statute or personal or collective labor agreements, resorting to mediation is procedural requirement. However, the same provision proceeds to say, should it be determined that the action was filed before resorting to mediation, the action shall be terminated immediately. Therefore, the court is not permitted to allow time to the plaintiff in the absence of the procedural requirement at

such as Calderbank offers or Part 36 offers to settle, in jurisdictions like England and Wales or Australia. See Quek, p. 489; Özmumcu, p. 809; Ayşe Kılınc, “Mevcut Düzenlemeler Çerçevesinde Zorunlu Arabuluculukta Yetki”, *YBHD*, 8(2), 202,3, p. 538, fn. 9; Azaklı Arslan, p. 33.

¹⁶ Michael Bartlet, “Mandatory Mediation and the Rule of Law,” *Amicus Curiae*, 1(1), Autumn 2019, p. 53,54; Sushree Dash, “Positive and Negative Aspects of Mandatory Mediation,” *International Journal of Law Management & Humanities*, 5, 2022, p. 663; Quek, p. 480, 481; Azaklı Arslan, p. 31-33.

¹⁷ Arslan et al, p. 338; Atalı et al, p. 324.

¹⁸ Arslan et al, p. 339; Göksu, *Civil Litigation*, p. 115.

hand¹⁹. This is a highly controversial provision and exists in contrast with the general principles governing procedural requirements; and as a result, the constitutional right that is freedom of claiming rights (Const. art. 36)²⁰.

Along with the requirement and the scope of the mandatory mediation implementation, the provision in the Law on Labor Courts, also brought very complicated and somewhat insufficient procedures for the implementation, including venue rules, mediation offices, time limits etc. This provision acted as the basis for the provision for general rules on mandatory mediation in the Law on Mediation in Civil Disputes a year later (LMCD art. 18/A). The scope of the implementation later expanded in 2023, once again in a controversial manner. After the Law on Labor Courts was put into effect, some types of actions became the subject of debate on whether they were within the scope of mandatory mediation. Turkish Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy provides means of recovery of monetary debts without a judgment. These means of recovery provide that a creditor may initiate a recovery procedure despite lacking a judgment and if the debtor fails to object, the creditor may collect her credit through the compulsory enforcement agency. If the debtor objects, then the creditor must either file for removal of objection in the compulsory enforcement court, which is a special procedure; or file a proper action for invalidation of objection (*itirazın iptali davası*) in the proper court. The debtor may also file for a negative declaratory action (*menfi tespit davası*) before or during the enforcement procedure or an action for restitution (*istirdat davası*) if she already were forced to pay what she had not owed²¹. Since these three types of actions are related and relevant to compulsory enforcement law and filed only in limited circumstances, it was debated for almost six years whether mediation should be exhausted before filing such action²². In 2023, along with the latest expansion, which will be examined later; the Legislator ended this debate by expressly including these types of actions within the scope. Therefore, even if the action was originated with regards to recovery of monetary debts without a judgment procedure, the

¹⁹ İlker Koçyiğit, Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019, p. 48

²⁰ Ali Cem Budak, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, *MİHDER*, 42(1), 2019, p. 27.

²¹ For more information on the subject, see Mustafa Göksu, “Recovery of Monetary Credits by Way of Procedures for Compulsory Enforcement Without a Judgment According to Turkish Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy”, *Ankara Bar Review*, 7(1), pp. 81-112.

²² Özekes, Çiftçi, p. 122 ff.; Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB Dergisi*, 147, 2020, p. 123 ff.

creditor or the debtor must resort to mediation before filing the proper action.

Some labor disputes, on the other hand, are excluded from mandatory mediation. According to the third paragraph of the provision, any type of action regarding damages based on work accidents or occupational illnesses are exempt from mandatory mediation.

One of the more important and interesting aspects of the provision in the Law on Labor Courts, which was later also adopted by the article 18/A of the Law on Mediation in Civil Disputes, was the implementation of sanctions regarding judicial costs to be applied in the absence of any party in mandatory mediation. According to the original text of the provision, should the mediation be terminated due to the unexcused absence of a party from the first meeting, this fact is noted in the record by the mediator and even if said party prevails partially or as a whole in the action to be filed regarding the dispute at hand, shall be held responsible for judicial costs and also be denied attorney's fee recovery. However, the Constitutional Court, in 2024, struck this provision down, on the basis of principle of proportionality, stating the excessive unjust burden on the absent party²³. Whilst the judgment of the Constitutional Court is to be effective after 18 January 2025, the Legislation amended the provision before said date. According to the new text of the article, the absent party, under aforementioned circumstances, will be held responsible for the half of the judicial costs to be paid by the opposing party and may recover half of the attorney's fee determined by the Tariff.

B. First Expansion: Commercial Disputes

First expansion to mandatory mediation came less than a year after the first implementation was put into effect. The Legislator asserts in the preamble of the Statute no: 7155 that, the reason behind adding commercial disputes to mandatory mediation was the “*success and advantages of mediation as procedural requirement in practice which was adopted and utilized since 1 January 2018*”²⁴. The Preamble, on the other hand, fails to provide a reason as to why commercial disputes were selected as the first expansion and how

²³ Constitutional Court of the Republic of Türkiye, 14/3/2024, E: 2023/160, K: 2024/77.

²⁴ It must be noted that the date of the Preamble is 13 November 2018, which is less than a year later after the first implementation. It is up to the reader to decide whether “almost a year” is sufficient to draw such a conclusion. Also see Ömer Ekmekçi/ Muhammet Özekes/ Murat Atal/ Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Edition, On İki Levha, 2019, p. 141.

this expansion was expected to improve the rights of the parties; other than stating “*it is aimed that such disputes be resolved according to the will of the parties significantly faster and with less expense*”; as if voluntary mediation is not capable of such feat.

According to article 5/A that was inserted to the Turkish Commercial Code (2011) with the aforementioned Statute no: 7155, before filing a commercial action with the subject matter of a monetary claim or compensation mentioned in Turkish Commercial Code or any other statutes, exhaustion of mediation is a procedural requirement. Therefore, the provision limits the commercial actions that are subject to mandatory mediation to monetary claims. Should any commercial claim be based upon on real or movable property or right, mediation is not a procedural requirement. However, as we have mentioned above regarding labor disputes, a debate regarding actions for invalidation of objection, negative declaratory actions and actions for restitution was ongoing for commercial disputes as well²⁵. As it is the case with labor disputes, the Legislator ended this debate in 2023 by expressly including these types of actions to the scope of article 5/A.

Another important development brought by the Statute no: 7155 was the addition of article 18/A to the Law on Mediation in Civil Disputes. This article, governs the universal procedure to be carried out regarding any mandatory mediation instance. The article is mostly adopted from the article 3 of the Law on Labor Courts and introduced a cumbersome and complicated procedure regarding mandatory mediation. Said article currently consists of 20 paragraphs and co-exists with the provision in the Law on Labor Courts, which constitutes a problem regarding the implementation of rules²⁶. Another problem regarding the provision is that mandatory mediation is approached as if it is a completely separate institution from (voluntary) mediation; rather than a mere implementation difference. Because of this approach, courts sometimes completely ignore the voluntary mediation experience of the parties regarding the dispute and require a new mandatory mediation procedure to be exhausted.

C. Expansion Continues: Consumer Disputes

The Law on Consumer Protection (2013), through articles 66 through

²⁵ Özekes/ Çiftçi, p. 122 ff.; Tanrıver, p. 123 ff.; İbrahim Ermenek/ Betül Azaklı Arslan, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *TBB Dergisi*, 148, 2020, p. 141 ff.; Aydın İ., *Ticarî Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, On İki Levha, 2022, p. 171 ff.; Koçyiğit/ Bulur, p. 67 ff.

²⁶ Ekmekçi et al, p. 129.

72, stipulates that, disputes between consumers and dealers, manufacturers etc. that do not exceed a certain amount²⁷ (subject to annual adjustment) must be resolved by the relevant consumer arbitral tribunals, which are established in the provinces and select districts. Even though the name and some of the features of this procedure resemble mandatory arbitration, exact legal characteristics of consumer arbitral tribunals are contentious²⁸. In 2020, with the Statute no: 7251, the scope of the mandatory mediation was expanded again to include consumer disputes. However; since there is already a different dispute resolution method in consumer protection; the Legislator opted to keep the consumer arbitral tribunals and limited the utilization of mediation as procedural requirement to consumer courts.

According to the newly added article 73/A of the Law on Consumer Protection, regarding all disputes to be filed in consumer courts, exhaustion of mediation beforehand is a procedural requirement. However, the article also provides an extensive exclusion list; including any disputes to be filed in consumer arbitral tribunals; any objection to be made before consumer courts against the decisions of consumer arbitral tribunals; any disputes involving real property rights and various other special circumstances.

Another significant provision in the Law on Consumer Protection is that; consumers are exempted from the sanctions regarding judicial costs to be applied in the absence of any party in mandatory mediation. Therefore, even if the consumer party fails to attend the mediation meeting; said sanctions cannot be utilized against them in a future action in court.

D. Latest Inclusion: Various Disputes Mostly Within the Jurisdiction of Civil Courts of Peace

Before the current Civil Code of Procedure was enacted in 2011, under the regime of the previous Code of Civil Procedure, actions which were not included in the subject matter jurisdiction of specialized courts, were divided between the civil courts of general jurisdiction (*asliye hukuk mahkemeleri*) and the civil courts of peace (*sulh hukuk mahkemeleri*) based on the value of their subject matter. The new Code abandoned this division and designated the courts of general jurisdiction as the sole general court; while determining the specific subject matter jurisdiction scope of the courts of peace. Whereas this

²⁷ Set amount for 2024 is 104.000 Turkish Liras.

²⁸ İbrahim Ermenek, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, *GÜHFD*, 17(1-2), 2013 p. 571 ff.

abandonment should have eased the workload of courts of peace; because of the expansion of their duties regarding rental agreements to cover all matters therein, workload of courts of peace began to swell. For instance, of the total 2.869.361 civil actions filed in 2023, 1.208.762 were filed before courts of peace; almost double the number of the following type of court; which was the court of general jurisdiction²⁹.

The seemingly unbearable workload of civil courts of peace, signaled the next big expansion of mandatory mediation. In 2023, with the Statute no: 7445, the Law on Mediation in Civil Disputes saw its biggest overhaul to date. Among these amendments; for the first time, a mandatory mediation implementation was enacted into the Law on Mediation in Civil Disputes itself. With the newly added article 18/B; all disputes arising from rental agreements, with the exception of provisions regarding eviction from rented real property by way of compulsory enforcement without a judgment procedure according to the Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy numbered 2004; disputes regarding repartitioning of movable or real property or rights and dissolution of joint ownerships, disputes arising from Condominium Law dated 23/6/1965 and numbered 634, and disputes arising from vicinity rights were added to the scope of mediation as a procedural requirement. Annotation for enforceability from court is mandatory for any agreements in mediation regarding all these disputes.

The biggest probable issue regarding this latest expansion, is the addition of disputes regarding repartitioning of movable or real property or rights and dissolution of joint ownerships. These types of disputes are the most complicated and long-lasting types of disputes in Turkish legal tradition. It is not uncommon that these types of disputes involve sometimes hundreds of parties (e.g. inheritors) and may last even for decades or more. Even if the mediator, with all information provided to her, manages to reach to all relevant parties and successfully conclude the mediation process; the agreement may be annulled by the court at later date if a previously unknown party emerges and thus all the labor and effort may be lost. Since this expansion is relatively new, we are yet to experience the problems which may arise.

Along with aforementioned expansion; the Statute no: 7445 introduced other new provisions to the Law on Mediation in Civil Disputes. Firstly, necessary provisions regarding United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York, 2018) (the

²⁹ Adalet İstatistikleri (Judicial Statistics) 2023, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, March 2024, p. 112.

“Singapore Convention on Mediation”) were added to the Statute as article 17/A and said agreements were enabled to be enforced in Türkiye³⁰. Secondly, with the newly enacted article 17/B of the Statute, disputes regarding the transfer of real property or creation of limited rights thereon were clearly mentioned within the scope of mediation and some special provisions regarding such disputes were added to the Statute; thus, ending the debate on the matter. Thirdly, the requirement for the signatures of parties proper were lifted for commercial disputes and the signatures of the attorneys and the mediator made sufficient for enforceability. And finally, the loop-hole regarding the suspension of enforcement procedures with an injunction in negative declaratory actions was patched; and the debtor was given to opportunity to be able to do so should she commenced the mediation proceedings before the enforcement procedure.

Apart from the Statute no: 7445; Statute no: 7442 also added a new instance of mandatory mediation in the Law of Agriculture (2006). According to the provision inserted to the Law, in actions regarding disputes arising from agricultural production agreements, exhaustion of mediation beforehand is now a procedural requirement.

III. EVALUATION OF MANDATORY MEDIATION

A. Advantages and Disadvantages

Before commencing our evaluation, it must be noted that we will not be evaluating the advantages and disadvantages of mediation as a whole; since it grossly exceeds the scope and extent of this study. Instead, we will make do with evaluating the advantages and disadvantages of only mandatory mediation.

The case for mandatory mediation is unfortunately very limited; and historically and empirically almost always comes from the State both in Turkish legal experience and comparative examples. The reason of such attitude is not surprising; since probably the sole tangible case for mandatory mediation relies on easing the workloads of courts. Though this payoff usually does not get uttered openly by government officials; it is for the most part mentioned in passing. As we have referred to the preambles of enacted statutes above, government officials or Legislation usually touches upon the advantages of mediation in general, rather than the implementation of mandatory mediation. The advantages of mediation proper set aside; the conversation, most of the

³⁰ Aydın, p. 271 ff.

time, stays limited to easing the workloads of judiciary³¹. But one must ask, if it really is the case. According to the (official) Justice Statistics by the Ministry of Justice, published between 2017 and 2023, the number of actions filed yearly in labor courts and commercial courts are as follows³²:

	Cases Filed in Labor Courts	Cases Filed in Commercial Courts
2017	227.449	87.660
2018 (Mandatory med. for labor disputes)	162.339	96.087
2019 (Mandatory med. for commercial disputes)	208.173	69.011
2020	190.861	67.274
2021	268.389	94.482
2022	224.382	100.338
2023	226.516	96.655

As it can be observed from the statistics, the difference throughout the years, can at best be interpreted as yearly fluctuations, rather than a decrease; let alone a sharp decline in the number of filed cases. Therefore, even the numbers published by the Government are not very evident of the case for

³¹ Dash, p. 664; Özeker/ Çiftçi, p. 118; Azaklı Arslan, p. 120.

³² Adalet İstatistikleri (Judicial Statistics) 2017, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, August 2018, p. 186; Adalet İstatistikleri (Judicial Statistics) 2018, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, August 2019, p. 186; Adalet İstatistikleri (Judicial Statistics) 2019, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, August 2020, p. 186; Adalet İstatistikleri (Judicial Statistics) 2020, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, September 2021, p. 186; Adalet İstatistikleri (Judicial Statistics) 2021, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, September 2022, p. 186; Adalet İstatistikleri (Judicial Statistics) 2022, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, March 2023, p. 96; Adalet İstatistikleri (Judicial Statistics) 2023, T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, March 2024, p. 112.

mandatory mediation.

Another (claimed) advantage of mandatory mediation is its utilization as “temporary expedient”; in legal systems like Türkiye, which are somewhat foreign to modern ADR and settlement culture. This argument asserts that, should the Government push mediation by making it mandatory, the adoption rate might be greater in a shorter time period³³.

On the other side of the coin, there are many concerns and criticism against mandatory mediation³⁴. First of all, almost all of the studies carried out regarding the subject, are limited to the advantages of mediation in general. Therefore, a strict distinction must be made between (voluntary) mediation and its implementation as a mandatory procedure³⁵. If not, the line between the features of the two may be blurred and unscientific results may be reached. The main feature of mediation is its voluntary nature. Of course, the utilization of mediation may be the result of other factors such as judicial costs and time concerns; but this fact does not render the method mandatory in nature. If the process is actually mandatory, and the party already possesses various concerns such as cost, time or public or peer pressure; she may experience an urgency to settle the matter in mediation even though a much more favorable and just conclusion may be achieved through trial³⁶. This may be the case, especially in disputes involving parties with asymmetrical standings, such as the ones between an employer and an employee or the landlord and tenant; incidentally, which are both instances of mandatory mediation in Turkish law.

Another concern regarding mandatory mediation is the (lack of) transparency. Privacy is certainly a favorable feature in mediation in most of the cases³⁷; however, especially regarding the aforementioned asymmetrical disputes, protection of the weaker party poses an important question³⁸. Particularly after the simplification of enforcement requisites (i.e. no annotation requirement), most of the agreements signed in mediation may

³³ Quek p. 484; Frank E. A. Sander, “Another View of Mandatory Mediation,” *Dispute Resolution Magazine*, 13(2), Winter 2007, p. 16; Martin Svatos, “Mandatory Mediation Strikes Back”, <<http://www.mediate.com/articles/SvatosM1.cfm>>, Access Date 15 November 2024; Azaklı Arslan, p. 46-47.

³⁴ Quek, p. 498 ff.; Wayne, pp. 214-215; Ekmekçi et al, p. 150 ff.

³⁵ Bartlet, p. 71; Svatos.

³⁶ Vettori, p. 361.

³⁷ Özbek, p. 1052; Azaklı Arslan, p. 55 ff.

³⁸ Azaklı Arslan, p. 49; See İbrahim Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, Yetkin, 2021.

stay outside the review of courts. This lack of review may pose problems, both in short term and long term. In short term, due to the dissatisfaction of the weaker party; and in long term, due to the fact that the agreement may be brought before the court with a claim of defective intent³⁹. This second problem, along with the disputes that still require annotation from the court, pose another disadvantage that may negate the only tangible advantage of mandatory mediation; namely, caseload reduction.

Since the most characteristic feature of mediation is voluntariness, injecting adverse features may very well harm the institution in the years to come⁴⁰. In order to draw healthy conclusions from statistics, ample time is needed. As we have mentioned above, after only a couple of years and a couple of thousand cases; it is extremely early to draw conclusions and make experimentations on a subject. Since mediation is a very recent institution in the eyes and minds of Turkish jurists and more importantly lay people, any bad experience encountered in mandatory mediation, may automatically poison the public opinion regarding the credibility of mediation (and other instances of ADR for that matter) as well.

Another possible danger regarding the unending expansion of mandatory mediation is its effect on the public perception of civil justice and services provided by the judiciary. If almost all of the disputes on which parties have discretion (i.e. disputes eligible for voluntary mediation) falls under the ever-expanding extent of mandatory mediation, courts may fall to secondary importance and mediation institutions may become even more important than the judiciary system as a whole. This, inevitably results in the loss of public confidence in judiciary and the concept of justice.

B. The Future of Mandatory Mediation and How It Should Be Implemented

The final disadvantage of mandatory mediation, in our humble opinion, is not related to the institution in general; but its implementation. As we have mentioned before, proper mandatory mediation has two broad implementations: mediation as procedural requirement and court-controlled mediation. When a legal system opts for the first, all disputes that fall within a set category must be argued before mediation, without any case-by-case

³⁹ Tanriver, p. 135.

⁴⁰ Bartlet, p. 74; Patricia Hughes, "Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion," *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 19, 2001, p. 200.

exceptions. This preferment, completely denies people of going to court; which is a fundamental and undeniable right itself. One may argue that even mandatory mediation is not actually mandatory, the parties may go to court after exhausting the mediation route; but it must be noted that, denying an action, even on procedural grounds has some abstract and symbolic ramifications. On the flipside; if the second route is opted for, said drawback is negated. The system allows for people to file actions; however, during the proceedings, mandatory mediation is employed.

Should one ask what the future of mandatory mediation holds in Türkiye, the answer may be two-fold: The easy answer is, “the sky is the limit”. As it is the case with previous expansions, the Legislator may, with proudly citing the previous achievements, include matters to the extent of mediation as a procedural requirement, one after another; until every single matter in parties’ discretion falls under mandatory mediation. Thus, making mandatory mediation the norm⁴¹. The second answer, however, draws a more arduous picture: Court-controlled mandatory mediation⁴². Rather than categorical inclusions, and thereby cutting down the number of actions; after employing adequate number of judges and training said judges in mediation along with usual and conventional legal subjects; the system can easily employ a more trusting, viable and integral mandatory mediation system, which is weaved into the judiciary.

The main tool for this system in Turkish law is already implemented and in use: pre-trial examination in the Code of Civil Procedure. As we have cited right in the beginning, article 139 of the Code stipulates that, “*The court, in pre-trial examination, shall ..., precisely determine the boundaries of the dispute, carry out preparatory proceedings and proceedings necessary for the parties to present evidence and for the discovery of evidence, encourage the parties for settlement or mediation in actions on which they may freely act after informing the parties regarding the guiding principles, course and consequences of settlement and mediation...*” This duty of judge has always existed in Turkish civil procedure, yet rarely employed⁴³. The timing of such encouragement in the provision is not accidental. All cumulative experience in dispute resolution shows that, most convenient time for settlement, is during or right after the pre-trial procedures. This timeline provides two priceless

⁴¹ Tanrıver, p. 119; Kılınç p. 539; Aydın, p. 85.

⁴² Özbek, p. 322 ff.

⁴³ Mustafa Okur, *Hâkimin Sulhe Teşviki*, Yetkin, 2024, p. 453.

advantages regarding the matter: Parties acknowledging their and other party's real situation regarding the dispute and the judge painting a more concrete picture on the parties' willingness to negotiate the matter and the prospect of a settlement.

This method, apart from said advantages, provides a more appropriate frame to mandatory mediation as well. Instead of categorically determining what is to be subject to mandatory mediation and what is not; all matters in which parties have discretion, may potentially be subjected to mandatory mediation after the attentive and careful consideration of the judge⁴⁴. If the judge opines that parties are highly unlikely to achieve a settlement, she may spare the time to them and the swift service of justice. This approach not only serves for a more interwoven dispute resolution system; but also, ultimately elevates the credibility and trustworthiness of the judiciary and courts. Mandatory mediation should never dare to replace adjudication nor act as a viable alternative to a strong civil justice system⁴⁵.

CONCLUSION

It is an undeniable fact that, the adoption rate of mediation in Türkiye, in a little more than decade was unprecedented and very extensive. If one examines and compares the data, especially between the years 2013-2017 and 2018-2024; the effect of mandatory mediation becomes very evident. Adopting mandatory mediation after only a couple of years of experience was courageous, if not impetuous. When a legal system adopts mandatory mediation, two questions become most relevant: "Which disputes will fall into the extent of the restriction (at first)?" and "How do we implement it?" The answer to the first question, by the Turkish legislation was a bold one: Labor disputes. Legal disputes in Türkiye, historically were considered the most lop-sided disputes among other asymmetrical disputes. This lop-sidedness was so apparent that, sometimes the principle of protection of workers in labor law was mistakenly carried along to courts in trials. Therefore, it was probably the least convenient subject matter for the unconfined and mutual nature of mediation in the first place. The answer to the second question, however, was unfortunately a quick and unlaborious one. The Government opted for the easy way and implemented mandatory mediation as a procedural requirement; thereby completely taking the courts out of the equation. The major benefit of

⁴⁴ Özbek, p. 415 ff.

⁴⁵ Bartlet, p. 77.

this decision was the potential decline in the workloads of the courts; however, as we have mentioned above, the data shows otherwise. One can only wait and see how the data will shape in the next decade of mediation.

The extent of mandatory mediation, after the first implementation regarding labor disputes, enlarged in a major way three more times since. First with commercial disputes; then consumer disputes and finally rental and repartitioning or dissolution disputes. Along with these major expansions, mandatory mediation's extent also saw other smaller expansions for disputes such as disputes arising from vicinity rights and agricultural production agreements; as well as some generic expansions such as the actions for invalidation of objection, negative declaratory actions and actions for restitution in compulsory enforcement law. If this trend continues, the only limit will be the parties' discretionary power in disputes; in other words, in theory, every single dispute that is eligible for voluntary mediation may fall under the purview of mandatory mediation. However, it is our opinion that, this would be a wrong and potentially downright dangerous path. Every move that tries to replace, or at least may seem as replacing judiciary and courts with the mediation system, harms the credibility and dependability of the judiciary and the courts; and this, inevitably leads to atrophy in public's sense of justice. Therefore, if mandatory mediation is to continue and flourish, in our humble opinion, court-controlled mediation should be implemented and promoted. Thus, people in dispute may still achieve an amicable resolution; but also, simultaneously be sure that this resolution was realized under the trustworthy and watchful eye of the courts, and the judiciary in general.

BIBLIOGRAPHY

- Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku*, 10. Edition, Yetkin, 2024.
- Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6. Edition, Yetkin, 2024.
- Aydın İ, *Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, On İki Levha, 2022.
- Azaklı Arslan B, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin, 2018.
- Bartlet M, “Mandatory Mediation and the Rule of Law,” *Amicus Curiae*, 1(1), Autumn 2019, pp. 50-83.
- Budak A C, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, *MİHDER*, 42(1), 2019, pp. 25-40.
- Dash S, “Positive and Negative Aspects of Mandatory Mediation,” *International Journal of Law Management & Humanities*, 5, 2022, pp. 662-[lix]
- Ekmekçi Ö/ Özekes M/ Atalı M/ Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Edition, On İki Levha, 2019.
- Ermenek İ, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, *GÜHFD*, XVII(1-2), 2013, pp. 563-630.
- Ermenek İ/ Azaklı Arslan B, “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *TBB Dergisi*, 148, 2020, pp. 135-196.
- Göksu M, “Recovery of Monetary Credits by Way of Procedures for Compulsory Enforcement Without a Judgment According to Turkish Code of Compulsory Enforcement and Bankruptcy”, *Ankara Bar Review*, 7(1), pp. 81-112.
- Göksu M, “Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmî Sulh Önerileri”, *TBB*, 115(6), 2014, pp. 277-314.

- Göksu M, *Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2016.
- Hanks M, “Perspectives on Mandatory Mediation”, *UNSW Law Journal*, 35(3). 2012, pp. 929-952
- Hughes P, “Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion,” *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 19, 2001, pp. 161-202.
- Kılınç A, “Mevcut Düzenlemeler Çerçevesinde Zorunlu Arabuluculukta Yetki”, *YBHD*, 8(2), 202,3, pp. 535-564.
- Kirsh H J, “When Is ‘Mandatory Mediation’ Not Mandatory?”, *Advocates’ Quarterly*, 50(2), October 2019, pp. 185-188.
- Koçyiğit İ, Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2019.
- Okur M, *Hâkimin Sulhe Teşviki*, Yetkin, 2024.
- Özbek M, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. Edition, Yetkin. 2013.
- Özekes M/ Çiftçi P, “Menfî Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul Bam Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, *TBB Dergisi*, 148, 2020, pp. 101-134.
- Özekes M, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Edition, On İki Levha, 2017, pp. 2801-2846.
- Özmumcu S, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İÜHFİM*, 74(2), 2016, pp. 807-842.
- Pekcanitez H/ Yeşilirmak A, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Edition, On İki Levha, 2017, pp. 2579-2800.
- Quek D, “Mandatory Mediation: An Oxymoron - Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program,” *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 11(2), Spring 2010, pp. 479-510.
- Sander F, “Another View of Mandatory Mediation,” *Dispute Resolution Magazine*, 13(2), Winter 2007, pp.16-16.
- Svatos M., “Mandatory Mediation Strikes Back”, <<http://www.mediate.com/articles/SvatosM1.cfm>>, Access Date 15 November 2024.

- Tanrıver S, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB Dergisi*, 147, 2020, pp. 111-142.
- Vettori S, “Mandatory Mediation: An Obstacle to Access to Justice,” *African Human Rights Law Journal*, 15(2), 2015, pp. 355-377.
- Waye V, “Mandatory Mediation in Australia’s Civil Justice System,” *Common Law World Review*, 45(2-3), June/September 2016, pp. 214-235.
- Winestone J, “Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating the Peacemaking Process In Their Adversarial Systems”, <<http://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm>>, Access Date 15 November 2024.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

TOPLU İŞ HUKUKU PERSPEKTİFİ İLE İKLİMİN KORUNMASI

CLIMATE PROTECTION FROM THE PERSPECTIVE OF COLLECTIVE LABOUR LAW

Hasan Alparslan AYAN*  

ÖZET

İklim değişikliği, eski ancak etkisi şimdi ortaya çıkan ve günümüzde tekrar dikkat çekmeye başlayan bir konudur. İklim değişikliğinin etkisini ortadan kaldırmaya yönelik çözüm önerileri, ilk kez kamu hukuku içerisinde araştırılmış, ne zaman ki çözüm önerileri yetersiz kaldığı anlaşılmış, bu sefer özel hukuk içerisinde çözüm için araçlar geliştirilmeye çalışılmıştır. Çalışma kapsamında cevabını aradığımız soru, iklimin korunmasında, toplu iş hukuku araçlarının kullanılıp kullanılmayacağı olmuştur. İklim değişikliğinin etkisinin ortadan kaldırılması yahut azaltılabilmesi için toplu iş hukuku araçları kullanılabilir. Bu fikirle, öncelikle iklim krizinin önemi açıklanmalı, sonrasında toplu iş hukukuyla ilişkisi ortaya konmalı ve sosyo-ekolojik açıdan değerlendirilmesi yapılmalıdır. İklimin korunmasının toplu iş hukuku perspektifi ile değerlendirilmesinde, üç ana başlık bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, iklim dostu düzenlemelerin oluşturulması için toplu iş sözleşmelerinin kullanılmasıdır. İkincisi, iklimin korunmasına yönelik gerçekleştirilen ulusal ve uluslararası iklim eylemlerinin, toplu eylem hakkı içerisinde ele alınmasıdır. Üçüncüsü ise, iklimin korunmasında işçilere ortak karar alma hakkının tanınmasıdır. Bu çerçevede çalışmanın nihai amacı, disiplinler arası bakış açısıyla, acilen ihtiyaç duyduğumuz ekolojik dönüşüm için verilen çabalara, toplu iş hukuku cephesinden katkı sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: İklimin korunması, İş hukuku, Toplu iş sözleşmesi, Toplu eylem hakkı, İşçinin yönetime katılması

* **Dr. Arş. Gör.**, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı/KONYA, **E-Posta:** hayan@erbakan.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-9991-9492, **DOI:**10.34246/ahbvuhfd.1577382.

• **Atf Şekli / Cite As:** Ayan H A, "Toplu İş Hukuku Perspektifi ile İklimin Korunması", *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.73-108.

• **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.



ABSTRACT

The issue of climate change is not a new one; however, the effects of which are only now becoming apparent and which has started to attract attention once more in the present. The initial investigation of solutions to eliminate the impact of climate change was conducted in public law. When this was insufficient, an attempt was made to develop solutions in private law. The objective of this study is to ascertain whether collective labour law instruments can be employed for the purpose of climate protection. Collective labour law instruments have the potential to be employed in order to eliminate or mitigate the impact of climate change. The initial step is to elucidate the significance of the climate crisis. This is followed by an examination of its inter-connection with collective labour law and a socio-ecological assessment. From the standpoint of collective labour law, the assessment of climate protection encompasses three principal areas of focus. The initial approach is the utilisation of collective labour agreements to establish climate-friendly regulations. Secondly, it is imperative that national and international climate actions for the protection of the climate are considered within the context of the right to collective action. The third point concerns the recognition of employees' rights to co-determination in the field of climate protection.

Keywords: *Climate protection, Labour law, Collective labour agreement, Right to collective action, Employees' rights to co-determination.*

EXTENDED ABSTRACT

The ongoing discourse surrounding climate change and its ramifications represents a pivotal concern in the contemporary era. As the phenomenon intensifies, climate change has emerged as a pervasive concern, impacting a multitude of domains within the realm of occupational life. Consequently, the domain of labour law has become a crucial arena for climate protection initiatives.

The necessity for action on climate change is underscored by the critical importance of reducing greenhouse gas emissions. In this regard, it is imperative that society acts expeditiously. In order to address the climate crisis, it is necessary to utilise a combination of public and private law instruments.

Collective labour law instruments may be employed as a means of combating climate change. In the context of German legal practice, the pivotal role of collective labour law in addressing the challenges posed by climate change has been clearly illustrated. It is our contention that a comparable proposition can be advanced with respect to Turkish law

First and foremost, the incorporation of climate-friendly provisions in collective labour agreements can serve as a crucial instrument in the fight against climate change. It is enterprises that are the primary agents of human-induced climate change. Collective labour agreements represent a key instrument for raising awareness among enterprises of the importance of climate protection. Climate-friendly provisions may be

found within the normative or debt-bearing sections of a collective labour agreement. The two cases are examined in detail in this study. Furthermore, collective labour agreements may exert an influence on climate cases. To illustrate, an enterprise that fulfils the obligations pertaining to climate protection set forth in collective labour agreements will not be subject to cases pertaining to climate change.

Conversely, there are a plenty of measures that can be taken in order to address the climate crisis. In the present era, it is evident that such actions have become pervasive throughout Europe. In contrast, such actions are less prevalent in Turkey. Nevertheless, trade unions have adopted a stance of support with regard to the climate crisis. It can thus be argued that climate protection measures can also be implemented in Turkey. In this context, it is imperative to consider the role of employees' participation in actions falling within the purview of the right to collective action. Collective actions may be undertaken, particularly in the form of demonstration strikes. In accordance with Turkish legislation, demonstration strikes are deemed to be in contravention of the legal framework governing strike. Nevertheless, in the event that the prerequisites for collective action are met, it would be unlawful to impose penalties for an illegal strike upon such actions. To illustrate, the termination of an employment contract in contravention of the principle of proportionality is not in accordance with the law.

In the context of climate protection, it is imperative that employees be granted the right to engage in decision-making processes. In contrast to the provisions of German legislation, the scope for employees to engage in managerial activities is more restricted under Turkish law. It is therefore necessary to expand the right to participation of employees in Turkish law in order to combat the climate crisis. The extension of this right may be achieved by prioritising climate-friendly provisions in collective bargaining agreements or by establishing climate protection boards in workplaces through a legal regulation. A third option would be to impose obligations on occupational health and safety committees in Turkish law for the protection of the environment at the workplace level, as is the case in German law (BetrVG § 89 Abs. 3). Within this framework, the ultimate aim of this study is to contribute to the efforts for the ecological transformation that we urgently need from an interdisciplinary standpoint, from the perspective of collective labour law.

GİRİŞ

İster doğal afetler isterse biyoçeşitlilik kayıpları olsun, doğa bize şimdiye kadar güvenli bildiğimiz dünyanın değişmekte olduğunu hatırlatmakta; değişen dünya iklimi dönüştürürken, herkes ile birlikte çalışanları da etkilemektedir¹. Çalışanlar açısından iklimin korunması, sosyo-ekolojik dönüşümün altı

¹ Küresel ısınma ve biyoçeşitlilik kaybı başta olmak üzere iklim değişikliğinin kapsamı konu-

çizilerek, devlet politikalarını karakterize ettiği andan itibaren basit bir konu olmaktan uzaklaşmıştır². İklim değişikliğinin hız kazandığı günümüzde, çalışma yaşamının birçok alanını etkileyen ortak bir kaygı haline gelmiştir³. Bu durum, bilimsel olarak uzlaşıya varılmış iklim değişikliğinin sosyal bir boyuta da sahip olduğu, küresel ısınmaya bağlı olarak bazı mesleklerin istihdamdan silindiği, iktisadi kaynakların paylaşım sorunlarını gündeme taşıdığı, dolayısıyla iş hukukunun da iklimin korunması için bir eylem alanına dönüştüğü anlamına gelmektedir⁴. Söz konusu dönüşüm sürecinde, toplumsal ayrışmayı önlemek ve demokrasiyi güçlendirmek için, iş hukuku bağlamında da iklimin korunması ve iklime uyum sağlanması konusunda tartışmak gerekmektedir⁵.

Bu çalışma, iklimin korunması çerçevesinde, iş hukukunun tüm alanlarındaki yasal çerçeveyi ve eylem olanaklarını açıklama hedefinde değildir. Bunun aksine konunun, iklim değişikliğine yönelik argümanlar dikkate alınarak, toplu iş hukukunu ilgilendiren kısımlarına odaklanılacaktır. Ekolojik bakış açısı ile toplu iş hukukunun ele alınması, bu çalışmayı diğerlerinden farklı kılan temel nokta olacaktır. Konu ele alınırken, Alman hukuku ile yargı

sunda bkz. Serkan Köybaşı, *İklim Değişikliğine Karşı Yeşil Anayasacılık*, Onikilevha Yayıncılık, 2023, s. 5. İklimin korunması bağlamında çalışma yaşamında ortaya çıkan yeni riskler, özellikle biyoçeşitliliğin azalması ve türlerin korunması konusunda detaylı bilgi için bkz. Joerg Hensiek, “Klimawandel, Artensterben und betrieblicher Gesundheitsschutz”, *ARP*, 2022, s. 306. İklim değişikliğinin çalışanlara etkisi hakkında bkz. Ender Gülver, “Impacts of Climate Change on the Working Life and New Problems Arising with Social Risks”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, (127), 2020, s. 8. Alman hukuku açısından ise bkz. Claudia Vey, “Mögliche Auswirkungen des Klimawandels auf das Arbeitsverhältnis – Ein Ausblick”, *SPA*, 2020, s. 161.

² Barbara Neubach, “Gemeinsam mehr Klimaschutz im Arbeitsalltag umsetzen”, *ARP*, 2022, s. 198.

³ Boris Dzida/Hubertus Reinbach, “Arbeitsrecht im Zeichen des Klimawandels Nachhaltige Herausforderungen für Beschäftigte und Unternehmen”, *ArbRB*, 2022, s. 181.

⁴ Christian Roschmann, “İklim Değişikliği ve İnsan Hakları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (çev. Engin Fırat), 70 (4), 2021, s. 1168. Küresel ısınma ve iklim değişikliği konusundaki bilimsel uzlaşma için bkz. Seyhun Doğan/Ebru Doğan/Mutlu Tüzer, “Küresel Isınma ve İklim Değişikliği: Bilimsel Uzlaşmadan Politik Ayrışmaya”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 3 (39), 2020, s. 1463.

⁵ İklim değişikliğine uyum sağlamak için gerekli yaklaşımın kısa özeti için bkz. Matthias Merfert/Eva Schubert, “Klimawandel und Auswirkungen auf das „System Arbeit“”, *ARP*, 2022, s. 226. *İklimin korunması* (Klimaschutz) iklim değişikliğinin nedenleriyle, uyum (Klimaanpassung) ise iklim değişikliğinin etkileriyle ilgilendir. Bu bakımdan iklimin korunması meselesi, uyum sağlanmasından öncedir. Kavramlara yönelik ayırım için bkz. Merfert/Schubert, s. 230. İklim değişikliğinin toplu iş hukukuna etkisi inceleyen güncel bir çalışma için bkz. Didem Yardımcıoğlu, “İklim Değişikliğinin Çalışma Hayatına Etkileriyle Mücadele: Adil Bir Geçiş İçin Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Yararlanılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26 (1), 2024, s. 469.

kararlarından örnekler verilecek ve Türk toplu iş hukukundaki mevcut sistemin sınırları eleştirilecektir. İşçilerin yönetime katılmasının ihtiyaç olduğu vurgulanacak, toplu iş sözleşmesi ve toplu eylem hakkının, iklimin korunmasını teşvik etmek amacıyla uygulamada nasıl kullanılabileceği açıklanacaktır. Sonuçta bu çalışmanın amacı, disiplinler arası bakış açısıyla, acilen ihtiyaç duyduğumuz ekolojik dönüşüm için verilen çabalara, toplu iş hukuku cephesinden katkı sunmaktır.

I. İKLİMİN KORUNMASI KAVRAMI VE TOPLU İŞ HUKUKU İLE İLİŞKİSİ

A. İklim Değişikliğinin Önemi

Çevrenin korunması (Umweltschutz) ve iş hukuku, çoğu zaman açık bir temas noktası bulunmayan iki farklı hukuk alanıdır. Bununla birlikte çevrenin korunmasının bir alt başlığı olarak iklimin korunmasında, her iki hukuk alanında pratik öneme sahip örtüşmelerin bulunduğu anlaşılmaktadır⁶. Son yıllarda tarihsel bir tekerrürü yaşatarak, çevrenin ve iklimin korunması, giderek artan bir şekilde kamuoyunun tekrar ilgi odağı haline gelmiştir⁷.

İklimin korunması (Klimaschutz/Climate Protection), insan uygarlığının karşılaştığı büyük sorunlardan birisi olan küresel ısınmaya karşı koymayı ve sonuçlarını önlemeyi veya hafifletmeyi amaçlayan önlemlerin bütünü için kullanılan kavramdır⁸. Bu kavram bakımdan “iki derece eşiği” (Zwei-Grad-Ziel), sera gazı emisyonlarının atmosferde kalmasından kaynaklanan küresel ısınmanın yıkıcı etkilerinin önlenmesi için aşılmaması gereken sınır olarak kabul edilmektedir⁹. İklimin korunmasının kilit yönü, enerjinin, endüstriyel ve

⁶ Michael E. Reichel/Cedric C. Meyer, “Betrieblicher Umweltschutz als Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Umweltrecht”, *RdA*, 2004, s. 101. Her iki hukuk alanında pratik öneme sahip örtüşmelerden birisi, öğretilerde “*nabüyüme*” ekonomik modeli (büyüme odaklı ekonomik sistemin terk edilmesi) içerisinde değerlendirilmiştir. Bu görüşe göre, çevrenin ve iklimin korunması için daha az üretim sağlanmalı, bunun için de ücretler düşürülmeden haftalık çalışma süresi azaltılmalı, çalışma hızı düşürülmeli ve denkleştirici istihdam önlemleri alınmalıdır. Bu görüş için bkz. Köybaşı, s. 308.

⁷ Günümüzde sosyal korumanın, iklim değişikliğinin etkilerine karşı koymada kilit rol oynadığı belirtilmektedir. Bkz. “Dünya Sosyal Koruma Raporu 2024-26: İklim Eylemi ve Adil Geçiş için Evrensel Sosyal Koruma”, <<https://www.ilo.org/publications/flagship-reports/world-social-protection-report-2024-26-universal-social-protection-climate>>, Erişim Tarihi 15 Ekim 2024.

⁸ İklim, hava durumundan farklı olarak, duyularımız yoluyla tanımlanabilen bir şey değil, daha soyut şekilde yapılandırılan bir kavramdır. İklim sözcüğü ve kavramı için bkz. Köybaşı, s. 161. İklim değişikliği kavramı için ise bkz. Gülver, s. 7; Yardımcıoğlu, s. 471.

⁹ Kavramsal olarak iki derece eşiği, iklime yönelik uluslararası politikaların, küresel ısınmayı

tarımsal üretimde, ulaşımda veya özel hanelerde kullanımı sırasında açığa çıkan sera gazı emisyonlarının azaltılmasıdır. Hedef, net sıfır emisyona ulaşmak olup¹⁰, iklim değişikliğine sadece iklimin korunması ile değil, iklime uyum tedbirleri ile de karşı konulmaya çalışılmaktadır¹¹.

İklim değişikliğinin sosyal yaşamdaki etkilerinden birisi de, uluslararası iklim eylemlerini ortaya çıkarmasıdır. Toplu eylem hakkı bakımından yapacağımız değerlendirmede tekrar bahsedeceğimiz üzere *Fridays for Future* (FFF) hareketi, sivil toplum kuruluşlarına ve öğrenci gruplarına yönelik olduğu kadar işçileri de kapsamına alan uluslararası eylemlerden birisi olmuştur¹².

B. İklimin Korunmasının Hukuki Çerçevesi

1. Uluslararası Hukukta

İklim değişikliği ve meydana getirdiği iklim krizi sınır ötesi bir konudur¹³. İklim krizinin ülke sınırlarını tanımlıyor oluşu ve problemin herkesi ilgilendirmesi, iklimin korunması gereğinin öncelikle uluslararası hukuk bakımından ele alınmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Uluslararası çevre hukuku, sayısız belgenin kabul edildiği, çok sayıda bölgesel ve küresel konferans ve

sanayileşmenin başlamasından önceki seviyeye kıyasla 2100 yılına kadar iki santigrat derecenin altında sınırlama hedefini tanımlamaktadır. Buna karşılık, iki derecelik küresel ısınmanın bile çevre için ciddi sonuçları olacağından, bu hedefin yetersiz olacağı eleştirisi de ileri sürülmektedir. Bkz. Roschmann, s. 1158. *Kanaatimizce* ilginç olan husus ise, iklim değişikliğinin sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan sermaye artışının küresel maliyetlerinden birisi olması ve tarihsel olarak iş hukukunun doğuşu ile paralellik göstermesidir.

¹⁰ Kömür, petrol, doğalgaz vb. fosil yakıtların kullanılmasıyla ortaya çıkan gazlar, güneş ışınlarının yansarak uzaya dönmeye engel teşkil eder. Bu engel, sera ortamındaki gibi ısınmaya sebep olur. Fosil yakıtlardan çıkan gazlara sera gazı denmektedir. Bkz. Roschmann, s. 1157. Sera gazı emisyonlarının net bazda sıfıra indirilmesinin nedeni, belirli bir sıcaklık değeri için doğaya salınabilecek karbon bütçesinin sınırlı olmasıdır. Bu, iklim koruma önlemlerinin ertelendiği her yıl için gelecekte çok daha geniş kapsamlı müdahalelerin yapılması gerekeceği anlamına gelmektedir. Bkz. Wolfgang Kahl, “İklimin Korunması ve Temel Haklar (Klimaschutz und Grundrechte)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (çev. Zeynep Nihal Aydınoglu), 25 (2), 2023, s. 1120.

¹¹ Sabine Schlacke/Susan Grotefels, “Rechtliche Herausforderungen der Klimaanpassung”, *ZUR*, 2023, s. 257.

¹² Kahl, s. 1105. Söz konusu toplu eylemler için bkz. <<https://fridaysforfuture.org>>, Erişim Tarihi 21 Ekim 2024. Gerçekten Almanya’da işçilerin her hafta cuma günleri birtakım gösterilere katılmak istedikleri durumlarda, esnek çalışma süresi seçeneklerinden yararlanarak işyerlerinden ayrıldıkları ya da yasal izin haklarını kullandıkları görülmüştür. Friday for Future (FFF) hareketinin çalışma yaşamına etkisi hakkında bkz. Wolfgang Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, Bund Verlag, 2023, s. 25.

¹³ Ludger Giesberts/Wolfgang Haas, “Climate Change in Court”, *KlimaRZ*, 2023, s. 84. Genel olarak uluslararası hukukta iklim değişikliği belgeleri için bkz. Yardımcıoğlu, s. 473.

zirve yoluyla oluşmuştur. Bu çalışmada hepsinden detayları ile bahsetmek mümkün değildir; önemli görülenlerinden bahsetmek yeterli olacaktır.

İlk kez çevre ve iklim üzerinde farkındalığı artıran ve uluslararası çevre hukukunun doğumu olarak kabul edilen 1972 tarihli *BM Çevre Konferansı* olmuştur¹⁴. Bu konferansta varılan sonuçlarla birlikte, eğer sanayileşmedeki eğilim devam ederse, yüz yıl içerisinde iktisadi büyümenin sınırlarına ulaşacağı belirtilmiştir. Bu tarihten sonra 1992 yılında yine BM tarafından organize edilen *Çevre ve Kalkınma Konferansı*'nda ilk kez sürdürülebilir kalkınma kavramı ortaya atılmış, çizilen uluslararası çerçeve, 1997 yılında *Kyoto Protokolü* ile genişletilmiştir. Bu protokol, sera gazı salınımlarının kontrol edilebilmesi için devletlere yönelik hedef programlar içermesi ve hedefler için araçlar tayin etmesi açısından önemli bir uluslararası anlaşma haline gelmiştir. Sonrasında, 2009 yılında imzalanan *Kopenhag Sözleşmesi*, iklimin korunması için gerçekleştirilen toplu eylemlerin gelişiminde önemli nokta olsa da, hukuksal bağlayıcılıktan uzak taahhütlerin sadece beş sene bir değerlendirilmesi ile sınırlandırıldığı için, toplumsal beklentiyi yeterince karşılayamamıştır¹⁵.

İklim değişikliğine ilişkin uluslararası hukuktaki önemli gelişmelerden bir diğeri, 2015 yılında Paris'te gerçekleştirilen toplantıda yaşanmıştır. 195 ülke ve AB'nin katıldığı toplantıda, ilk kez iklim değişikliği konusunda hukuksal bağlayıcılığı olan *Paris Anlaşması* imzalanmıştır. Ülkemizin de tarafı olduğu Anlaşma'da, iklim değişikliğinin hukuka uygun şekilde yönetilmesi gerektiği kararlaştırılmıştır¹⁶. Küresel ısınmayı sanayi öncesi seviyeye kıyasla iki derecenin altında, hatta mümkün ise bir buçuk derece ile sınırlandırmayı amaçlayan Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında bu hedefe değinilmiştir¹⁷. Paris Anlaşması sadece sözleşmeye taraf devletlerin değil, uluslararası ve sivil toplumdaki tüm aktörlerin, iklim değişikliğiyle mücadele etmekle yükümlü olduğunu da ortaya koymaktadır¹⁸. Buna göre çevrenin tahrip edilmesinin durdurmak devletin asli görevlerindedir. Ekolojik dengenin yeniden

¹⁴ Yardımcıoğlu, s. 473.

¹⁵ Uluslararası boyutu ile iklim değişikliği rejimi konusunda bkz. Roschmann, s. 1169-1170.

¹⁶ Türkiye, yeni iklim rejiminde finans ve teknoloji desteklerine erişim talebinin karşılanması kaydıyla 2015 yılında Paris Anlaşmasını kabul etmiş, 22.04.2016'da anlaşmayı geliştirmekte olan ülke olduğunu belirterek, 06.10.2021 tarihinde 7335 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Bkz. <<https://iklim.gov.tr/paris-anlasmasi-i-34>>, Erişim Tarihi 31 Ekim 2024.

¹⁷ Köybaşı, s. 371; Kahl, s. 1105.

¹⁸ Paris Anlaşması'na dayanarak Avrupa Komisyonu da 2021 yılında Avrupa Birliği'nin Yeşil Anlaşması ile iklim değişikliğine uyum için bir strateji benimsemiştir. Avrupa İklim Yasası (Tüzük (AB) 2021/1119), üye devletlere strateji geliştirme ve iklim uyum planlaması yapma konusunda somut yükümlülükler getirmektedir. Bu konuda bkz. Schlacke/Grotefels, s. 257.

kurulması, ekonomik politikaların kapsamına dahil edilmelidir. Şüphesiz ki çevre kirliliği ulusal sınırlarda durmadığından, esasında çevre politikası, uluslararası iş birliğinin bir görevi kabul edilmiştir¹⁹.

2. Ulusal Hukuklarda

İklimin korunmasına ilişkin uluslararası hukuktaki bu gelişmeler, ulusal hukukta bazı önemli yansımalara neden olmuştur. Bu etkiyi, Türk hukuku ve Alman hukuku açısından ayrı ayrı ele almak gerekir.

a. Türk hukukunda

Türk hukukunda Anayasamız 56. maddesi şu kuralı getirmiştir. Düzenlemeye göre, “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*”. Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, “*Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların görevidir*” ifadelerine yer verilerek, kişilere bu konuda sorumluluk yüklenmiştir. Kanun düzeyinde ise en başta, 1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu gelmektedir. Kanun’un amacını düzenleyen birinci maddesine göre, “*Bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak*” gerekmektedir. Ulusal mevzuatta ayrıca, sera gazı emisyonlarının takibi ve azaltılmasına ilişkin yönetmelik ile tebliğler de bulunmaktadır. Bunlara karşılık, iklim değişikliğini doğrudan konu alan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yasa koyucu tarafından bir İklim Kanunu hazırlanarak yürürlüğe girmesi planlanmaktadır²⁰.

b. Alman hukukunda

Diğer taraftan iklimin korunması, Alman hukukunda ele alınan hukuki meselelerden birisini oluşturmaktadır. Temel olarak iklimin korunması, 1994 anayasa reformu sonucunda Federal Alman Anayasası (Grundgesetz) 20(a) maddesinde yer almaktadır²¹. Düzenlemeye göre “*Devlet anayasal düzen çerçevesinde, yasama, yürütme ve yargı organları eliyle, hukuka ve adalete uygun olarak, yaşamın ve hayvanların doğal temellerini korur*”²². Anayasal

¹⁹ BM çatısı altında, yukarıda kısaca ifade edildiği gibi, sayısız uluslararası belge ile çevrenin ve iklimin korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmaya çalışılmış olsa da, uluslararası hukukun, iklim değişikliğini önlemek yahut etkilerini azaltmak konusunda yeterince başarılı olamadığı ifade edilmektedir. Bu konuda ileri sürülen eleştiriler için bkz. Köybaşı, s. 373.

²⁰ Yardımcıoğlu, s. 481.

²¹ Kahl, s. 1106-1107.

²² Yabancı ulusal hukuktan benzer bir diğer düzenleme, İtalya Anayasası’nın 9. maddesinde bulunmaktadır. Düzenlemeye göre devlet, çevreyi, biyoçeşitliliği ve ekosistemleri gelecek

düzenlemenin dışında, Paris Anlaşması'ndan doğan hedeflerin kabul edilmesi ile, *İklimin Korunması Yasası*'nın (Bundes-Klimaschutzgesetz) 1. maddesinin 3. cümlesi ile sıcaklık hedefleri devlet tarafından benimsenmiştir²³.

Alman hukukunda, iklimin korunması ile ilgili yargı kararları bulunmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi'nin *iklim kararında*²⁴, *Anayasa'nın 20(a) maddesini, yasa koyucunun ve diğer aktörlerin eylemleri için bağlayıcı hedef hükmüne yükseltmiştir*²⁵. *Mahkeme'nin başka bir kararında ise rüzgâr enerjisi alanında faaliyet gösteren şirketlerin en az %20 oranında hisselerini faaliyet alanındaki belediyeye veya 5 km mesafede ikamet eden vatandaşlara devretmesini öngören eyalet anayasası hükmünü onaylamıştır. Ayrıca kararda, çevrenin korunması (ekolojik sosyal yönetim) bağlamında şirketlerin yönetimine dair ilkeler ortaya konulmuş ve şirketlerin, yalnızca hisse sahiplerinin iktisadi çıkarlarına göre yönetilmemesi gerektiği vurgulanmıştır*²⁶.

Federal Anayasa Mahkemesi kararlarında dikkat çekici olan başka bir husus, gelecek nesillerin özgürlüğünü korumak adına, iklimin korunmasının uzun vadeli bir şekilde planlamasının zorunluluğudur. Mahkemeye göre küresel sıcaklık artışı önlenemez ise, önümüzdeki nesiller için çok az sera gazı salınım imkânı kalacaktır. Eğer önlemlere uyulmazsa, gelecek dönemde emisyon salınımlarının tamamının yasaklanması gerekecek, bu durum beraberinde

nesillerin de çıkarları doğrultusunda korur. Devlet, hayvanların korunması şeklini de belirler. Bkz. <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/The_Constitution_of_the_Italian_Republic.pdf>. Erişim Tarihi 15 Ekim 2024. Ulusal düzeyde diğer devletlerin anayasalarındaki durum için bkz. Roschmann, s. 1185.

²³ Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 69-70.

²⁴ İklim Kararı'nın temelini, Paris Anlaşması'nda kabul edilen iklim hedefleriyle ilgili Alman İklim Koruma Kanunu'ndaki düzenlemelerin yetersizliğine oluşturmuştur. Bkz. Constanze Janda, "Sozialstaat for Future", *ZRP*, 2021, s. 149. Mahkeme'nin iklim kararı için bkz. BverfG, 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, *NJW*, 2021, s. 1723.

²⁵ Schlacke/Grotefels, s. 257. İklim kararında Mahkeme, iklimin korunması için temel parametrenin, küresel ortalama sıcaklığın olduğu, iklim korunmanın insan kaynaklı sebeplerle artan yeryüzü ısısının eşliğinin korunmasını amaçladığını ancak küresel ısınmanın sınırlarına ulaşırsa iklim korumanın gerekliliği bizi sera gazı emisyonlarını nötr seviyeye sınırlamak zorunda bırakacağını ve Anayasa'nın 20(a) maddesinin, iklim nötrlüğünün (Klimaneutralität) sağlanmasını hedeflediğini belirtmiştir. Kararın öğretilerdeki değerlendirilmesi için bkz. Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 69. Kararın, yeşil anayasalcılık mantığı çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. Köybaşı, s. 461.

²⁶ Bu karar için bkz. BverfG, 23.3.2022 – 1 BvR 1187/17, *NVwZ*, 2022, s. 861. *Ekolojik sosyal yönetim* kavramı ve çalışma yaşamına etkisi konusunda ise bkz. Patrick Mückl, "CSR, ESG und Arbeitsrecht – Ein Überblick", *ArbRAktuell*, 2022, s. 304-305; Burkard Göpfert, Susanna Stöckert, "„ESG“ (Environmental Social Governance) – ein Thema für die betriebliche Mitbestimmung?", *NZA*, 2022, s. 452.

temel haklara ciddi müdahaleleri getirecektir. Gelecek nesilleri bu müdahalelerden korumak için emisyonları üzerindeki sınırlamalara hemen uyulmalıdır. Öğretide mahkemenin bu yaklaşımı, “özgürlüğün zamanlar arası korunması” (intertemporalem Freiheitsschutz) kavramı ile açıklanmaktadır²⁷. Böylelikle devlet, özgürlükleri, gelecek nesiller için de korumakla yükümlü kılınmaktadır²⁸.

C. Toplu İş Hukukunun Sosyo-Ekolojik Açından Analizi

Uluslararası toplumda ve ulusal mevzuat ile politikalarda yukarıdaki gelişmeler yaşandıktan sonra iş hukukunun temel ilkelerinin, iklim korunma ile uyumlu yorumlanması gerekip gerekmediği, öğretilerde tartışılmaya başlanmıştır²⁹. Tartışmanın başlangıcına göre, iklimin korunması sadece insan-merkezli anayasal sistemler içerisinde ele alınmamalıdır³⁰. Yasa koyucu, anayasalarda belirtilen yükümlülükleri gerçekleştirmek için gerekli koşulları oluşturmakla sorumludur³¹. İş hukukunun iklimin korunması noktasında önemli rol oynayabileceği vurgusu açıkça belirtilmese de, esasında bu düşünceye itiraz etmek zordur. Güncel eğilim, kamu hukuku ile özel hukukun birbirlerinden keskin çizgilerle ayrılmasının mümkün olmadığı fikrinden hareketle, özel hukuk araçlarını, iklim değişikliği ile mücadelede etkin hale getirme yönündedir³². Ne var ki iklimin korunması söz konusu olduğunda, kamu hukukuna kıyasla, özel hukukta ve iş hukukunda açık düzenlemelerle karşılaşmamaktadır.

İlk olarak iklimin korunması ile toplu iş hukuku arasındaki ilişki *sendikalar* düzeyinde başlamaktadır³³. Tarihsel süreç içerisinde sendikalar, işçilerin

²⁷ Gerçekten de öğretilerde gelecek kuşak kavramının altı çizilerek, söz konusu yaklaşım ile, demokratik toplumlarda sürdürülebilirlikle ilgili temel sorun olarak görülen, kısa süreli (sadece seçimden seçime gündeme gelen) karar alım süreçlerine karşı önemli bir rol üstlenebileceği belirtilmiştir. Bkz. Köybaşı, s. 321.

²⁸ İklim değişikliğine yaptığı vurgunun dışında gelecek kuşakların özgürlüğü sorunu, nesillerin çıkarlarının dikkate alınması çerçevesinde sosyal sigorta alanında da ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede Federal Mahkeme'nin İklim Kararı'nın ana hatlarının sosyal sigortalar hukukuna aktarılması hakkında bkz. Janda, s. 149.

²⁹ Bu bakımdan iklim değişikliğinin ortaya çıkardığı sosyal riskler ve bu risklerin sosyal güvenlik sistemi açısından değerlendirilmesi için bkz. Gülver, s. 12.

³⁰ Günümüz anayasal sistemler bağlamında, insan-merkezli anayasal sistemlerin eleştirisi için bkz. Köybaşı, s. 82.

³¹ Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 73.

³² Başak Baysal, “Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı Perspektifinden İklim Krizi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (1), 2024, s. 262.

³³ Sendikalar ile işletmelerin ve diğer sivil toplum kuruluşlarının, iklimin ve biyoçeşitliliğin korunmasında vazgeçilmez rol oynayacakları giderek daha fazla vurgulanmaktadır. Bkz. Yardımcıoğlu, s. 470-471. Çevre ve iklimin korunması, siyasi iktidarın kararları ile şekillendi-

temel çıkarlarını korumakla meşgul olmuşlardır. Bugün, sendikal boyutta sorulabilecek soru şu olmalıdır: *İklim krizine karşı işçilerin geçim kaynaklarının korunması konusunda, sendikalar neden bu görevi de üstlenmesinler?* Öğretilde, böyle bir eğilimin, sendikaların üye kazanımları noktasında cazibelerini artıracığı ifade edilmiştir³⁴. İklim krizi karşısında çözüm önerisi olarak, işverenleri emisyon salınımlarını azaltma ve hem toplumsal yaşamı hem de dolaylı olarak işçilerin çalışma koşullarını korumak için önlemler almaya zorlama yetkisine sahip bir kurum olarak sendikaların etkin şekilde devreye girmesi, *kanaatimizce* ileri sürülebilir³⁵. Hatta işveren sendikaları, üyelerine getirecekleri birtakım yükümlülükler (sosyal sorumluluklar) ile iklimin korunmasına olumlu etki yapabilirler. Örneğin, kendilerinin iklim-merkezli projelerine maddi destek verilmesi bakımından üye işverenlere bazı sorumluluklar getirilebilir. Kaldı ki Anayasa başta olmak üzere soyut normlar, normatif düzeyde etkiye sahip olsalar dahi, bunları gerçeğe dönüştürmek için sosyal bir güce de ihtiyaç duyarlar. Sendikaların hareket alanı, iklimin korunması için bu motivasyon ile ön plana çıkmaktadır. Sonuçta sendikaları, herkesi etkileyecek bir iklim felaketini önlemek için toplu iş sözleşmesi yapmaları ve kolektif eylem biçimlerini kullanmaları için teşvik eder niteliktedir³⁶.

Ekolojik analiz gereğince toplu iş hukuku, iklim adaletini sağlamaya yönelik olmalıdır. İklim değişikliğinden en fazla zarar görecekt kişilerin, ona en

ğinden, meselenin mutlaka politik yönü vardır. Bu bağlamda sendikaların politik faaliyetleri hakkında geniş bilgi için bkz. Hasan Alparslan Ayan, *İşçinin Politik Görüş ve Faaliyetlerinin İş İlişisine Etkisi*, Adalet Yayınevi, 2024, s. 245.

³⁴ Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 36-37; Susanna Stöckert, “Gewerkschaftsaktivismus – Vom Zusammenschluss mit Fridays for Future bis zum Arbeitskampf im virtuellen Raum”, *ArbRAktuell*, 2023, s. 434.

³⁵ Aynı yönde bir görüş için bkz. Yardımcıoğlu, s. 471. DİSK’in sendikalar, iklim krizi ve adil geçiş hakkındaki açıklaması için bkz. <<https://disk.org.tr/2024/02/adilgecis/>>, Erişim Tarihi 25.20.2024. Ayrıca STİSK m. 28/VII-a düzenlemesine göre sendikalar “*Yurt içi ve yurt dışındaki doğal afet bölgelerine doğrudan veya yetkili makamlar aracılığıyla konut, eğitim ve sağlık tesisleri kurulması amacıyla kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunabilir*”. Bu düzenleme de iklim değişikliğine bağlı olarak ortaya çıkan (sel, fırtına vb.) afetlerin sonuçlarının hafifletilmesi için sendikalara yetki tanımaktadır. Bu konuda bkz. Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, Onikilevha Yayıncılık, 2020, s. 271-272. Ayrıca bkz. Ömer Ekmekeçi/Esra Yiğit, *Toplu İş Hukuku*, 6. Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2024, 304-305.

³⁶ Bu görüş doğrultusunda sendikaların ve çalışanların motivasyon sahibi olabilmeleri için şu önerilerde bulunulabilir: (1) İşçiler iklim krizini, çalışma koşullarını (yakın gelecekte) etkileyecek bir problem olarak kabul etmelidirler. (2) İşçiler, böyle bir mücadele için toplu eylem hakkına başvurmaktan çekinmemelidir. (3) Sendikalar, işgücünün iklimin korunmasına yönelik taleplerini temsil etmelidir. (4) Sendikaların güvenilirliğinin bir parçası da, toplumun öncelikleriyle bütün olarak ilgilenmesidir. Çevrenin ve iklimin korunması sendikal programlarda yer almalıdır. Bkz. Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 68.

az neden olan bireylerin olmasında son derece adaletsiz bir durum vardır. İşte bu noktada *iklim adaleti* ön plana çıkmaktadır³⁷. İklimde en çok zarar verenler büyük işletmeler (işverenler) olduğundan ve şüphesiz ki bu durumdan etkilenenler içerisinde işçiler de bulunduğundan, toplu iş hukukunun işverenler ile işçiler arasındaki güç eşitsizliğini giderme fonksiyonu, aynı zamanda iklim adaletinin sağlanmasına da hizmet edebilecektir.

Toplu iş hukuku bağlamında iklimin korunması ele alındığında, Alman hukukundaki pratik dikkat çekicidir. Nitekim Almanya’da FFF hareketinin temsilcileri ile ülkenin önemli sendikalarından olan *IG Metall* ve *Ver.di* arasında iş birliğinin yapıldığı görülmektedir³⁸. München şehrinde Bosch’a ait işyerinde çalışanlar, çalışma koşullarının korunması mücadelesinde, iklimi koruyucu örgütlerden destek almış ve bu ortaklığa *İklimin Korunması ve Sınıf Mücadelesi* adını vermişlerdir³⁹. Benzer şekilde, Halle (Saale) şehrinde yerel iklim koruma topluluğu, ulaştırma sektöründe faaliyet gösteren Hallesche Verkehrs AG’nin işyeri temsilcilerini ve çalışanlarını, daha iyi çalışma koşulları için verdikleri mücadelede desteklemiş ve söz konusu destekleri gösteri grevlerine kadar uzanmıştır⁴⁰. Öğretide, iklim krizinin herkesi etkiliyor olduğundan hareketle, resmi iklim politikaları konusunda mutabakat sağlanamasa dahi sendikalarla iklim koruma toplulukları arasında iş birliğinin bulunmasının isabetli olacağı vurgulanmıştır⁴¹.

Görüleceği üzere çevrenin ve iklimin korunması açıkça sosyal yaşam ile bağlantılıdır⁴². Çevrenin korunmasına ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının başlangıç noktası da, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 8/I hükmü kapsamında *özel yaşamın korunması* ve m. 2 hükmü bağlamında

³⁷ İklim adaleti kavramı ve bu kavramın işçiler açısından önemi hakkında bkz. Köybaşı, s. 316-317.

³⁸ Bu iş birliği kurulurken temel konular, iklimin korunması ve taşımacılık sektöründe çevresel dönüşümünün iyi çalışma koşullarını içermesi ve güvenceli/sürdürülebilir iş olanaklarına sahip adil bir toplumun oluşturulmasıdır. Bunun için de işçilerin FFF kapsamında gösterilere katılması çağırısı yapılmıştır. Bkz. <<https://www.verdi.de/themen/politik-wirtschaft/++co++924118e6-9d39-11eb-84f5-001a4a16012a>>, Erişim Tarihi 16 Ekim 2024. Bkz. Grimm Detlef, “Streik für das Weltklima”, *KlimaRZ*, 2023, s. 127.

³⁹ <<https://jacobin.de/artikel/ein-hauch-von-klassenkampf-bosch-werke-muenchen-ig-metall-autoindustrie-klimakrise>>, Erişim Tarihi 16 Ekim 2024.

⁴⁰ <<https://sozoek.net/2023/08/16/unternehmensportrait-hallesche-verkehrs-ag/>>, Erişim Tarihi 16 Ekim 2024.

⁴¹ Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 34.

⁴² Gülver, s. 8; Yardımcıoğlu, s. 484.

yaşam hakkı olmuştur⁴³. Çünkü çevre, bireyin yaşamı konusunda temel işleve sahiptir. Çevrenin bozulması ile bireyin kişiliğini geliştirebilmesi mümkün olmaz. Çevre kirliliği ve iklimin değişmesi, özel yaşamı ve giderek başkalarıyla ilişkileri zorlaştırabilir, iyi çalışma koşullarının sürdürülebilirliğini imkânsız hale getirebilir⁴⁴.

İklimin korunması bağlamında toplu iş hukuku ele alınmak isteniyorsa, şüphesiz konuya farklı bir bakış açısı ile bakmak gerekmektedir. Bu bakış açısını, *ekolojik analiz* çerçevesinde geliştirmek mümkündür. Yukarıda vurgulamış olduğumuz Federal Anayasa Mahkemesi'nin iklim koruma kararı, arzu edilen analizin temellendirilmesinde yol göstericidir. Nitekim bu karar, özel hukukun (özellikle de medeni hukukun) ekolojik gereklilikleri hangi ölçüde yerine getirdiğinin gözden geçirilmesine yol açmıştır⁴⁵. Acaba benzer bir yaklaşım, toplu iş hukuku açısından da uygulanabilir mi? Her ne kadar öğretide özel hukukun farklı alanlarına getirilen ekolojik yaklaşımın, doğrudan iş hukukuna aktarılamayacağı belirtilmiş olsa da, *kanaatimizce* iklimin korunması, aşağıda detaylarıyla bahsedeceğimiz şekliyle ve iş hukukunun temel ilkeleri ile uyumlu olduğu sürece, toplu iş hukukundan kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri etkileyebilir niteliktedir. Sonuçta bu bakış açısını toplu iş sözleşmelerinin içeriğinin oluşturulması, iklimin korunmasına yönelik olarak toplu eylem aracı olarak gösteri grevlerinin durumu ve işyerinde işçilere ortak karar alma haklarının tanınması başlıkları altında ele almak gerekir.

II. İKLİMİN KORUNMASINDA TOPLU İŞ HUKUKU ARAÇLARINDAN FAYDALANILMASI

A. Düzenleme Aracı Olarak Toplu İş Sözleşmeleri

İklim değişikliği ile mücadelede toplu iş sözleşmeleri, faydalanılması

⁴³ Merve Alçık Engürülü, "AIHM'in Çevre İçtihadının İklim Değişikliği Davalarına Uygulanabilirliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72 (3), 2023, s. 1021.

⁴⁴ Walter Frenz, "Klimaschutz und EU-Grundrechte", *EuR*, 2022, s. 12.

⁴⁵ Ekolojik analize göre, örneğin satım sözleşmesine konu edilebilecek mallar en uzun hizmet ömrüne göre üretilmelidir. Planlı eskitme olgusu, malların hizmet ömrünün kasıtlı biçimde kısaltılması olarak nitelendirilmelidir. Planlı eskitmenin, ekolojik bakış açısı ile ele alınması hakkında bkz. Köybaşı, s. 295. Yine bu görüşe göre, mallar tamir edilebilir şekilde üretilmeli ve ayıp durumunda malın yenisi ile değiştirilmesi yerine ayıbın giderilmesi yahut satım fiyatında indirim talep edilebilmelidir. Böylelikle tüketiciler, temel ihtiyaçlarını azaltmak zorunda kalmadan, toplamda daha az malın üretilmesi sağlanır ve kısıtlı doğal kaynaklar korunmuş olacağından, çevrenin korunmasına da fayda sağlanır. Medeni hukuku boyutu ile iklimin korunmasında detaylı bilgi için bkz. Marc-Philippe Weller/Theresa Höbl/Camilla Seemann, "Klimaneutralität im Privatrecht", *ZEuP*, 2024, s. 579.

gereken başlıca toplu iş hukuku aracıdır⁴⁶. Toplu iş sözleşmesi, 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, “İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. Anayasa'nın 53. maddesine göre “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler”. Anayasa, toplu iş sözleşmelerinin hangi amaçla yapılabileceğini belirtmiştir⁴⁷. Bu noktada tartışılması gereken birinci husus, toplu iş sözleşmelerinin, iklimin korunmasına yönelik bir düzenleme aracı olarak kullanılıp kullanılmayacağıdır.

İklimin korunmasında toplu iş sözleşmelerinin bir düzenleme aracı olarak kabul edilebilmesi, esasında *toplular iş sözleşmesi özerkliğinin sınırlarının tespiti* meselesidir. Toplu iş sözleşmesi özerkliği, sözleşmeye yabancı üçüncü kişiler üzerinde doğrudan doğruya bağlayıcı etkiye sahip hukuk kuralları koyabilme serbestisini belirtir⁴⁸. Diğer bir deyişle, toplu iş sözleşmesinin taraflarını işçi ve işveren sendikası yahut sendika üyesi olmayan işveren oluşturmakla birlikte, sözleşme üçüncü şahıs konumundaki işçinin işverenle olan ilişkisini etkilemektedir⁴⁹. Tarafların buna dayanarak getirmiş olduğu kurallar, toplu iş sözleşmesi olarak somutlaşmaktadır. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırları ile kastedilen, tarafların kural koyma serbestisinin sınırlarıdır⁵⁰.

Kuşkusuz her hak gibi özerklikten kaynaklanan normatif kural koyma hakkı da sınırsız değildir⁵¹. Her şeyden önce bu hak, Anayasa'ya uygun ol-

⁴⁶ Yardımcıoğlu, s. 491.

⁴⁷ Toplu iş sözleşmesi kavramı için bkz. Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 345; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s. 314; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, 2024, s. 257; Aziz Can Tuncay/Burcu Savaş Kutsal/Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 8. Bası, Beta Yayınevi, 2023, s. 203. Türk hukuku açısından, toplu iş sözleşmesinin tanımı ve içeriği hususunda bkz. Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 36. Bası, Beta Yayınevi, 2023, s. 981; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II - Toplu İş İlişkileri*, 3. Bası, Beta Yayınevi, 2016, s. 371; Aydın Başbuğ/Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 5. Bası, Beta Yayınevi, 2018, 308.

⁴⁸ Şahlanan, s. 307. Toplu iş sözleşmesi özerkliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Baki Oğuz Mülâyim, “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13 (146), 2018, s. 28; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku II - Toplu İş İlişkileri Hukuku*, Gazi Kitabevi, 2022, 218 vd.

⁴⁹ Turhan Esener/Ender Demir, *Toplu İş Hukuku - Toplu İş Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 16.

⁵⁰ Mülâyim, s. 29. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin dayanakları için bkz. Narmanlıoğlu, s. 25.

⁵¹ Tarafların toplu iş sözleşmesi ile düzenleme yetkisinin sınırları konusunda bkz. Akyiğit, s. 346; Şahlanan, s. 309; Sur, s. 267.

malıdır⁵². Anayasa'nın 53. maddesi taraflara toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini, işçi ve işverenlerin karşılıklı ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma koşullarını düzenleme amacına yönelik olarak vermiştir. Ancak *ekonomik ve sosyal durumlar ile çalışma koşulları*, işçilere ve iş ilişkisine etkisi olan bütün faktörleri içermelidir. Sözleşmenin tarafları, işin yapılması için icap eden teknik koşullar dahil olmak üzere, iş organizasyonu ile ilgili tüm konuları düzenleyebilirler. Bu koşullar altında sözleşmenin tarafları, işyeri ve işverenle sınırlı olmak ve *doğrudan devlet tarafından yerine getirilmesi mümkün konulardan olmamak kaydıyla*, iklim dostu hükümleri düzenlemekte serbesttirler⁵³.

Ayrıca bu noktada toplu iş sözleşmeleri ile kanunlar arasındaki ilişkiye dair bir soru da ortaya çıkmaktadır. Mevcut bağlamda bu soru, iklimin korunmasına yönelik belirli düzenlemelerin (örneğin, emisyon sınırlarının) kanunlar tarafından belirlendiği ve toplu iş sözleşmeleri ile bunlardan ayrılan bir düzenleme yapmak istendiği durumlarda gündeme gelmektedir. STİSK m. 33/V'e göre "*Toplu iş sözleşmeleri ve çerçeve sözleşmeler, Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içeremez*". Anayasa'nın ve diğer kanunların emredici hükümleri, tarafların toplu iş sözleşmesi özerkliği kapsamında kural koyma serbestisinin sınırını oluşturacaktır⁵⁴.

1. İklim Dostu Düzenlemeler

Toplu iş sözleşmelerine iklimin korunmasına yönelik koyulan hükümler, *iklim dostu düzenlemeler* olarak tanımlanabilir. İklim dostu düzenlemelerin odak noktası, doğayı kendi başına bir değer olarak kabul etmesi ve korumaya çalışmasıdır. Ancak bu tür düzenlemelerin toplu iş sözleşmelerinde bulunmasından hareketle, mutlaka işçinin çalışma koşulları ile bağlantısının bulunması gerekmektedir⁵⁵. Bu düzenlemelerin aynı zamanda işletmelerin ekonomik faaliyetlerini sınırlama kapasitesine sahip oluşu, bir kısım itirazları da gündeme taşıyabilecektir.

Toplu iş sözleşmesinin içeriği, 6356 sayılı Kanun'un 33. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Düzenlemenin birinci fıkrasına göre "*Toplu iş sözleş-*

⁵² Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 975.

⁵³ Yardımcıoğlu, s. 493.

⁵⁴ Mülayim, s. 33; Şahlanan, s. 309.

⁵⁵ Narmanlıoğlu, s. 378. İklim dostu düzenlemeler çevreyi ve iklimi koruyan kanunların emredici hükümlerine atıf yolu ile de yapılabilir. Bu durumda "*nötr hükümler*" ortaya çıkar. Bu düzenlemeler hakkında bkz. Şahlanan, s. 320. Nötr hükümler sayesinde işveren hem kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerle hem de özel hukuktan doğan yükümlülüklerle sahip olacaktır. Bkz. Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 211.

leşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir". Düzenlemenin ikinci fıkrasına göre "*Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları düzenleyen hükümleri de içerebilir*". Bu düzenlemeler ışığında, iklimin korunmasında toplu iş sözleşmelerinin düzenleme aracı olarak kullanılmasını, sözleşmenin normatif ve borç doğurucu kısımları açısından ayrı ayrı ele almak gerekir.

a. Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Kısmı Açısından

Kanunda açıkça toplu iş sözleşmesinin, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri kapsayacağı belirtilmiştir (STİSK m. 33/I). Belirtilen konular toplu iş sözleşmesinin normatif kısmına ilişkindir ve bu kısımda iklim dostu düzenlemelerin yer alması mümkündür.

Öncelikle *iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümlerden* iş sözleşmesinin yapılmasını emreden hükümler, iklim dostu düzenlemeleri konu alabilir. Toplu iş sözleşmelerine, bazı işçilerle sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin hükümler konulabilir⁵⁶. Konulan hükümlerin niteliği, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelir⁵⁷. Söz gelimi, toplu iş sözleşmesi ile işveren, belirli sayıda *çevre ve iklim koruma personeli* istihdam etmekle yükümlü kılınabilir. Öğretide ifade edilen, toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna ilişkin hükümlere aykırılık halinde ilgili kişi ile işveren arasında iş sözleşmesinin kurulmuş sayılması gerektiği görüşünden hareketle, bu kişi ile bir iş sözleşmesinin kurulmuş olduğunu kabul etmek mümkündür⁵⁸.

Toplu iş sözleşmesinde, *iş sözleşmenin içeriğine ilişkin hükümler* bulunabilir. Toplu iş sözleşmelerinde bulunan ve iş sözleşmelerinde de yer alabilecek hükümler, iş sözleşmesiyle doğrudan ilgili hükümler olarak nitelendirilir⁵⁹. İş sözleşmesiyle doğrudan ilgili hükümler içerisinde, iklim dostu hükümler ile karşılaşmak mümkündür. Uygulamada, toplu iş sözleşmelerinde rastlanan iş

⁵⁶ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 983; Narmanlıoğlu, s. 376; Şahlanan, s. 317-18; Esener/Demir, s. 36; Sur, s. 258.

⁵⁷ İş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri için bkz. Akyiğit, s. 350; Şahlanan, s. 318.

⁵⁸ Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesi yapılmasını emreden hükümler ve vurgulanan öğreti görüşü için bkz. Talat Canbolat, *Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, Beta Yayınevi, 2012, s. 35. Bu görüşe katılmakla birlikte, somut olayın koşullarına ve dürüstlük kuralına göre değerlendirme yapılması gerektiği konusunda bkz. Akyiğit, s. 351.

⁵⁹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 984; Şahlanan, s. 319; Esener/Demir, s. 37; Sur, s. 259.

sözleşmesiyle doğrudan ilgili hükümlerin başında, ücret ile prim ve ikramiye gibi ücret ekleri gelir⁶⁰. Toplu iş sözleşmeleri ile ücret politikası, iklim koruyucu hususlar göz önüne alınarak detaylandırılabilir⁶¹. Örneğin iklim dostu ücret düzenlemeleri, işletmenin sürdürülebilir uzun vadeli gelişimini etkileyecek pozisyonda bulunan, toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında bırakılmamış üst düzey yöneticiler için yapılabilir⁶². İkinci olarak, üst düzey karar alma yetkilerine sahip olmayan çalışanlara, iklimin korunmasına katkı vermeleri halinde ücret desteğinde bulunulması yahut üretim sürecinde bulunan işçinin, daha az doğal kaynak kullanması yahut emisyonları azaltacak öneride bulunması durumunda ödüllendirilmesi (yeni fikirlerin teşvik edilmesi) kararlaştırılabilir. Ancak bu hükümler oluşturulurken, eşitlik ilkesinin gözetilmesi gerekir⁶³. İklimin korunmasına aynı düzeyde katkı sağlayan işçiler arasında, işverence haklılaştırılmayan farklı ücret politikasının uygulanması, bu hükümlerin geçersizliğine yol açar⁶⁴.

İş sözleşmeleri ile tarafların hak ve yükümlülükleri düzenleniyor olsa da, işçinin çalışıyor olduğu işyeri bütünlüğünün bir üyesi olduğundan, toplu iş sözleşmelerinde, *işyerinin çalışma düzenine ilişkin hükümler* de bulunabilir⁶⁵. İşyerinin çalışma düzenine ilişkin hükümler içerisinde ise iklim dostu düzenlemeler ile karşılaşmak mümkündür. Özellikle bu tür düzenlemeler, gıda güvensizliğini önlemek için beslenme alanında yemekhane ve kantin; çevre alanında ise su arıtma ve geri dönüşüm gibi konularda söz konusu olur. Bu

⁶⁰ Narmanlıoğlu, s. 376.

⁶¹ Yardımcıoğlu, s. 493. İklim dostu düzenlemelere konu edilebilecek hususların başında ücretle ilişkin olanları gelir. Sürdürülebilir politikalar çerçevesinde, işçilere mali destek sağlanarak, iklimin korunması hedefleri gerçekleştirilebilir. Bkz. Dzida/Reinbach, s. 182.

⁶² Toplu iş sözleşmesinden yararlanma bakımından üst düzey yöneticiler konusunda bkz. Canan Ünal Adınır, *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler*, 2. Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2023, s. 46-47. Taraflarca toplu iş sözleşmesi kapsamı dışına çıkarma konusunda bkz. Akyiğit, s. 519. Üst düzey yöneticinin işveren vekili olması halinde ise STİSK m. 39/VII gereğince iklim dostu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. İşveren vekillerinin durumu için bkz. Nizamettin Aktay/Olgu Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku*, 4. Bası, Lykeion, 2024, s. 254.

⁶³ Toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücrete ilişkin düzenlemelerin uygulanmasında, eşitlik ilkesinin önemi ve sonuçları konusunda bkz. Canbolat, s. 40.

⁶⁴ Belirtmek gerekir ki bu yaklaşım, sadece iklim dostu düzenlemeler bakımından değil, parasal değerlere ilişkin tüm toplu iş sözleşmesi hükümleri bakımından da söz konusudur. Toplu iş sözleşmelerindeki iklim dostu parasal hükümlerden, 6356 sayılı Kanun'un m. 25/2 ve 39/1 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, işyerinde çalışan tüm işçilerin değil, sadece toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye işçilerin yararlanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak kapsam dışında kalan işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek bu hükümlerden faydalanması mümkündür. Bkz. Yardımcıoğlu, s. 493.

⁶⁵ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 986; Akyiğit, s. 356; Şahlanan, s. 322.

konuda işyeri kantininde tek kullanımlık yemek tabaklarının kaldırılması ve iklim dostu (çevreye zarar vermeyen) temizlik ürünlerinin kullanılması düşü-
nülebilir. Ayrıca işçilerin çevre ve iklimi koruyucu ifadeler içeren sembollerin işyerinde kullanımı (kıyafet kodu) düzenlenebilir. *İşyeri organizasyonuna ilişkin düzenlemeler* ise evvela seyahat yöntemlerini konu alabilir. İşveren, yönetim hakkı uyarınca iş seyahatleri için kullanılacak ulaşım araçlarını belirleyebilir. Düşük maliyetli ve yenilenebilir enerji ile çalışan toplu taşımanın tercih edilmesine ilişkin hükümler, iklim dostu düzenlemelere örnektir. İşçilerin şahsî otomobilleri yerine toplu taşımayı kullanmalarını teşvik etmek maksadıyla işverenin indirimli seyahat bileti sağlayacağı kararlaştırılabilir⁶⁶. İklim dostu hedeflerin teşvik edilmesini konu alan bir kararında Federal İş Mahkemesi, çevrenin korunmasına katkıda bulunmak amacıyla çalışanları toplu taşımaya geçmeye motive etme amacının meşru bir hedef olduğuna hükmetmiştir⁶⁷. Bunlara ek olarak, iş amaçlı veya özel kullanım için iş bisikletlerinin sağlanması yer almaktadır⁶⁸. İşletmenin *karbon ayak izi*, iklim dostu ulaşım araçları seçilerek iyileştirilebilir⁶⁹. İşverenler, çalışanlarını kısa mesafeli iş yolculuklarında, uçak yerine daha çevreci, örneğin trenle seyahat etmek gibi iklim dostu ulaşım araçlarını kullanmaya teşvik edebilir ya da teşvik edeceği düzenlemeler toplu iş sözleşmeleri ile getirilebilir⁷⁰.

b. Toplu İş Sözleşmesinin Borç Doğurucu Kısmı Açısından

Normatif hükümlerden farklı olarak, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri, taraflar dışındaki üçüncü şahısları etkilemez⁷¹. Borç ilişkisi doğuran hükümlerin muhatabı, sözleşmenin tarafı olan işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikasıdır⁷². Bu tür hükümler işçiyi borç altına sokmaz ve doğrudan bir yükümlülük getirmez. Taraflar, sözleşme özgürlüğü kapsamında diledikleri gibi hak ve borçları düzenleyebilirler⁷³. Bu hak ve borçlar iklimin korunmasına yönelik hükümleri içerebilir. Ayrıca kararlaştırılan hükümlere

⁶⁶ Dzida/Reinbach, s. 182.

⁶⁷ BAG, 11.8.1998 - 9 AZR 39/97, NZA 1999, s. 474-475.

⁶⁸ Bisiklet tedarikçisi olan işverenin, temel iş ekipmanı olarak çalışanlarına bisiklet sağlanması talebine ilişkin olarak verilmiş Federal İş Mahkemesi kararı için bkz. BAG, 5 AZR 334/21, NZA 2022, s. 401.

⁶⁹ Yardımcıoğlu, s. 483.

⁷⁰ Dzida/Reinbach, s. 182.

⁷¹ Şahlanan, s. 330; Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 217.

⁷² Narmanlıoğlu, s. 377.

⁷³ Tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümler konusunda bkz. Çelik/Canıklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 986; Akyiğit, s. 362; Esener/Demir, s. 38; Sur, s. 266.

uygun davranmamanın yaptırımlarını kararlaştırabilirler. Bu bakımdan sendika yöneticilerinin işyerinde çevrenin ve iklimin korunmasına yönelik tedbirler için toplantı yapmalarına, sendika üyelerinin işyerinde oluşturulacak özel amaçlı *iklimi koruma kurullarında* görev almalarına, toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu kısmında yer verilebilir.

İklimin korunmasına yönelik özel amaçlı kurulların oluşturulmasının yanında, toplu iş sözleşmesinde düzenlenebilecek iki önemli konu daha bulunmaktadır. Bunlar, iklime zarar verici faaliyetleri önlemek adına bir işyeri ihbar sisteminin kurulması ve iklim dostu iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulamaya konmasıdır.

Öncelikle *işyeri ihbar sistemi* ile işyerinde iklime zarar veren davranışları (kamunun hukuki çıkarlarına yönelik tehdidi) fark eden işçinin ihbar (ifşa/bilgi uçurma) hakkından yararlanabileceği, toplu iş sözleşmeleri aracılığıyla düzenlenebilir⁷⁴. Esasında işletmeler, ekonomik faaliyetleri sonucunda doğaya ve çevreye verilen zararlar ilgili kamuyu dürüstçe aydınlatmalıdır⁷⁵. Bu konuda düzenleme yapmak isteyen taraflar, ihbarcı işçinin korunması, ihbarın usulü, işçilerin kamuoyu ile temas noktalarını ve iklim ihlallerini bildiren çalışanların ayrımcılığa karşı korunması hususlarını ele alması isabetli olacaktır⁷⁶.

Diğer taraftan toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılacak borçların, *iş sağlığı ve güvenliği* hükümlerine ilişkin olması mümkündür⁷⁷. İlke olarak, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almak, işverenin hem kanundan hem sözleşmelerden kaynaklanan asli borcudur. Tarafların, kanunların getirmiş olduğu yükümlülüklerin ötesinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini sözleşmeye koymasında bir sakınca yoktur⁷⁸. Ayrıca iklim değişikliği sağlık hakkını temelden etkilemektedir⁷⁹. Sağlıklı bir ekosistem, hastalıklara ve iş kazalarına karşı tampon

⁷⁴ Dzida/Reinbach, s. 184.

⁷⁵ Doğanın ve iklimin korunması bağlamında, işletme faaliyetlerinin sınırlandırılması hakkında bkz. Köybaşı, s. 286.

⁷⁶ Gerçekten öğretilde de, çevreyi kirleten işverenin, sadakat borcu ile korunmaya değer haklı menfaati bulunmadığı görüşünden hareketle, işçinin işyerindeki hukuka aykırılıkları, menfaat değerlendirilmesi yapmasına gerek kalmaksızın ifşa edebileceği belirtilmiştir. Bkz. Mustafa Alp, *Çalışanların İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (Whistleblowing)*, Beta Yayınevi, 2013, s. 158-159. *Kanaatimizce* de, çevreye ve iklime yönelik olumsuz eylemlerde işverenin daha üstün yararının bulunduğundan söz edilemez. Ancak yine de toplu iş sözleşmeleri ile iklimin korunmasına yönelik ifşa hakkı ve işçilere etkili güvenceler getirilmesi, bu hakkın etkinliği için uygun olur.

⁷⁷ Halük Hâdi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 32.

⁷⁸ Sümer, s. 32.

⁷⁹ Roschmann, s. 1167; Neubach, s. 199.

görevi görmektedir. Dünya Sağlık Örgütü, iklim değişikliğini, insanlığın karşı karşıya kaldığı sağlık sorunlarından biri olarak tanımlamıştır⁸⁰. İklim değişikliğinin günümüzde gerçekleşebilen sıcak hava dalgaları, fırtınalar ve seller gibi aşırı hava olaylarının iş kazalarına neden olabileceğine, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) tarafından dikkat çekilmiştir⁸¹. Dolayısıyla iklimin korunması, iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile de yakın ilişki içerisindedir⁸². İklimin ve çevrenin korunmasına yönelik tedbirler, çalışanların sağlığını korumaktadır. Bu sebeple öğretide, iklim ve çevrenin korunması ile iş sağlığı ve güvenliği, birbiriyle kesişen iki çembere benzetilmektedir⁸³.

Alman hukukunda iş sağlığı ve güvenliği kavramına ilişkin olma üzere, Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi ve ArbSchG'nin (Arbeitsschutzgesetz/İş Güvenliği Kanunu) 2. maddesinin 1. fıkrası gereğince, işçinin yaşam ve fiziksel bütünlüğünün korunması hakkı geniş yorumlanmaktadır. Kanundan kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, toplu iş sözleşmeleri ile genişletilebilir ve somutlaştırılabilir. İş sağlığı ve güvenliği salt dar anlamda kazaların önlenmesini değil, çalışanların sağlığının korunmasına hizmet eden düzenlemeleri de ifade etmektedir. Çalışanlarla birlikte, çevreye ve iklime ait unsurların da (toprak, su ve hava vb.) dolaylı olarak korunmasını amaçlamaktadır. Özellikle Alman öğretisinde çalışanlar, çevrenin unsuru olarak görülmektedir. Alman Anayasası madde 20(a)'nın çevreyi ikinci plana alarak insan merkezli bir yaklaşım benimsediği altı çizilse de, öğretide vurgulandığı gibi çevreye ait unsurlar, insanların çıkarları için de korunmalıdır⁸⁴.

Görüleceği üzere iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik önlemler, işyerinde iklim değişikliğine uyum sağlama konusunda etkilidir⁸⁵.

⁸⁰ "Climate Change and Health" UN World Health Organization, 30.10.2021.

⁸¹ Eurofound (2023), Impact of climate change and climate policies on living conditions, working conditions, employment and social dialogue: A conceptual framework, Eurofound research paper, Publications Office of the European Union, Luxembourg. Ayrıca bkz. Yardımcıoğlu, s. 482.

⁸² Çevrenin korunması ile iş sağlığı ve güvenliği arasındaki pratik ilişki konusunda bkz. Reichel/Meyer, s. 102; Yardımcıoğlu, s. 482.

⁸³ Dzida/Reinbach, s. 181. Gerçekten de Alman hukukunda, çevre koruma konusunda iş yeri kurulları düzeyinde işçilerin işverenle birlikte karar alma hakkının kısıtlı oluşunun, eğer alınacak önlemler iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamı içerisine dahil edilebilir ise aşılabilirliği belirtilmektedir. Bkz. Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 60.

⁸⁴ Kahl, s. 1107.

⁸⁵ İklim değişikliği karşısında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, işçinin sağlığının korunmasına yönelik olduğu kadar işverenin de lehinedir. İşletmeler için önemli olan, iklim koşullarının işyerine etkisini, konsantrasyonu ve performansını korumak için çalışanların ilgili ihtiyaçlarına uyarlamaktır. İklimden kaynaklı yüksek sıcaklıklar, çoğu zaman düşük perfor-

Günümüzde (özellikle yaz mevsimlerinde) yaşanan (sıcak hava dalgası gibi) iklim olayları göz önünde bulundurulduğunda, aşırı iklim koşullarının işyerlerinde yarattığı stres, gelecekte giderek daha önemli hale gelecektir. Örneğin Alman hukukunda çalışma yaşamına ilişkin mevzuatta, işyerlerinde çalışma ve sosyal alanlardaki hava sıcaklığının, kural olarak +26 °C'yi aşmaması gerektiği öngörülmektedir⁸⁶. Öğretide, koşullar gerektiriyorsa çalışma ve sosyal alanlardaki odalar güneş ışığından koruma sistemleri ile donatılmaları, oda sıcaklıklarının +30°C'yi aşması durumunda, ısı stresini azaltabilmek için ihtiyaç duyulan önlemlerin işverence alınmasının uygun olacağı belirtilmekte; sıcaklıkların +35°C'yi aşması durumundaysa duş ve soğutma sistemleri gibi ek önlemlerin uygulanmasının icap edeceği, aksi taktirde çalışma alanlarının işçinin sağlığı için uygun olmayacağı vurgulanmaktadır⁸⁷. Bunlara ek olarak aşırı sıcak günlerde, ısı stresinden kaçınmak için çalışma saatlerinin kaydırılabileceği de ileri sürülmektedir⁸⁸. Türk hukuku açısından da toplu iş sözleşmeleri ile benzeri önlemlerin işverene yüklenebileceği düzenlenebilir.

Son olarak toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu kısmı açısından, sera gazı emisyonu yüksek işyerlerinde çalışan işçiler bakımından, sürdürülebilir ve yenilenebilir enerji türlerine ilişkin bilgi ve becerilerinin artırılabilmesi noktasında mesleki amaçlı eğitimlerin verileceği sözleşmelerle kararlaştırılabilir. Böylelikle adil geçiş sürecinde işçiler işsiz kalma riskine karşı korunabilir⁸⁹.

2. Toplu İş Sözleşmelerinin İklim (Değişikliği) Davalarına Etkisi

Şüphesiz ki iklim değişikliğinin esas sebeplerinden birisini oluşturan emisyonların ve bundan kaynaklı ekolojik yıkımın sorumlusu olarak işletmelerin konumuna bakmak gerekmektedir⁹⁰. İşletmelerin çoğu, emisyonların

mans, konsantrasyon ve motivasyon kaybı olarak işçilere yansır ve devamsızlıkların sayısında artışa neden olabilir. Bu, sadece işçilerin sağlık ve refahını değil, düşük işgücü verimliliği nedeniyle etkilenen işletmelerin iktisadi durumunu da olumsuz etkiler. Bkz. Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 118.

⁸⁶ Merfert/Schubert, s. 227.

⁸⁷ Vey, s. 163.

⁸⁸ Vey, s. 164.

⁸⁹ Yardımcıoğlu, s. 500.

⁹⁰ Bugün şirketlerin, ekolojik yıkıma ve biyoçeşitlilik kaybına en fazla katkıda bulunan unsurlar olarak ortaya çıkması hakkında bkz. Köybaşı, s. 48. İşletmelerin iklim zararları ile ilgili yükümlülükleri ve bu konudaki güncel gelişmelerden olan 24.04.2024 tarihli “Şirketlerin Sürdürülebilirlikle İlgili Özen Yükümlülüğü Hakkında Yönerge” hakkında bkz. Baysal, s. 263-64.

azaltılması noktasında giderek artan bir baskı altındadırlar⁹¹. Bu baskının temelindeki unsurlarından birisi iklim davalarıdır. Alman hukukunda vurgulandığı üzere, geniş anlamı ile *iklim davası* (Klimaklage), iklim değişikliği veya iklimin korunması ile ilgili dava türlerini kapsamaktadır. Dar anlamda iklim davaları ise iklim değişikliğinden kaynaklanan riskleri önlemeyi yahut meydana gelmiş olan zararları tazmin etmeyi amaçlayan davalarıdır. Bu davalar, yasama faaliyetlerine veya hükümet tasarruflarına yönelik olduğu kadar, özel hukuk yargısı işletilerek işletmelerin eylemlerine veya ihmallerine yönelik de olabilmektedir⁹².

Yukarıda açıklandığı gibi, işçinin çalışma koşullarına ilişkin menfaatlerinin gerçekleştirilmesinin yanında, toplu iş sözleşmelerinde iklimin korunmasına yönelik hükümlerin getirilmesi, işletmelere karşı ileri sürülebilecek iklim davalarının sayısını azaltmayı sağlayabilir⁹³. *Kanaatimizce* toplu iş sözleşmeleri ile işverenlere iklimi koruyucu teşviklerin sağlanması, hatta bazı yükümlülüklerin öngörülmesi, işverenin bu hükümlere uygun davranması ile iklim davalarının açılmasını potansiyel anlamda düşürebilir. Toplu iş sözleşmelerindeki yükümlülükleri yerine getiren işverenler, işletmelerinin iklim değişikliği ile mücadelede kaynaklanan adaptasyon sürecini hızlı tamamlayabilirler. Buna benzer şekilde, işverenin bu tür hükümlerin gereğini yerine getirmesi, derdest

⁹¹ Dzida/Reinbach, s. 181. Son zamanlarda özel hukuk tüzel kişilerine, özellikle de yoğun emisyon gerçekleştiren endüstrilerdeki işletmelere karşı açılan davalarda artış olmuştur. İklim davalarının özellikleri hakkında bkz. Giesberts/Haas, s. 85. Mahkemelerin yardımıyla iklimin korunmasını sağlamaya yönelik girişimler, birçok ülkede gerçekleşmiştir. Başlangıçta bu girişimler, siyasal iktidara yönelik olmuştur. Örnek olarak İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nin kararı için bkz. *KlimaRZ*, 2022, s. 127. Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı için ise bkz. BverfG, 15.12.2022 - 1 BvR 2146/22, *KlimaRZ*, 2023, s. 83. Bu süreçte, işletmelere iklim dostu uygulamalar geliştirmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Örneğin 26.05.2021 tarihinde, Shell'in CO2 emisyonlarını 2019 seviyesine göre 2030 yılına kadar %45 oranında azaltmasına hükmeden bir mahkeme kararı verilmiştir. Bkz. Lahey Adalet Divanı 26.05.2021 - C/09/571932/HA ZA 19-379, *KlimaRZ*, 2022, s. 135. Almanya'da otomotiv alanında iklim davaları ise devam etmektedir (<<https://www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/deutsche-umwelthilfe-und-greenpeace-verklagen-deutsche-konzerne-auf-klimaschutz/>>, Erişim Tarihi 18 Ekim 2024). Güncel derdest iklim davalarına genel bir bakış için bkz. Kahl, s. 1114.

⁹² Giesberts/Haas, s. 85. Siyasal iktidara ve tasarruflarına yönelik iklim davaları konusunda ve bu davaların işletmelere karşı da açılmaya başlanması hakkında bkz. Seher Çakan, "Hak Temelli İklim Değişikliği Davaları", *Terazi Hukuk Dergisi*, (213), 2024, s. 27. Özel hukuk kişilerine yönelik ileri sürülen iklim davalarının sonuçları hakkında bkz. Özge Atıl Kaya, "İklim Değişikliği Davaları", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (2), 2023, s. 511-12. Haksız fiil hukukuna dayanan iklim davalarının özellikleri konusunda bkz. Baysal, s. 260.

⁹³ İşletmelere karşı ileri sürülebilecek iklim davaları konusunda bkz. Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 91.

iklim davalarını konusuz bırakabilir.

B. Toplu Eylem Aracı Olarak İklimin Korunmasına Yönelik Gösteri Grevi

İşletmelere yahut siyasal iktidara yönelik iklim davalarının, iklimin korunması konusunda aksiyon almaları gereken kişilere, durumun önemini hatırlatmaları noktasındaki önemleri açıktır. Her ne kadar öğretilerde, tabandan gelecek demokratik bir hareketin olgunlaşmasını beklemek için zamanın kısıtlı olduğu fikrinden hareketle, iklim değişikliği ile mücadelenin yüksek mahkemeler aracılığıyla gerçekleştirmeleri gerektiği ileri sürülüyor olsa da⁹⁴, *ka-naatimizce* konu toplu iş hukuku açısından ele alındığında, toplu eylem hakkı kapsamında kalan iklim eylemlerinin önemi yadsınmaz.

Çok açıktır ki iklim değişikliği ve bu değişikliğin etkilerini ortadan kaldırmak yahut azaltmak, toplumların şimdiye kadar hayata geçiremediği ölçekte toplu eyleme aktarılmasını zorunlu kılan, evrensel bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Bu sebeple bireyler, iklim krizi konusunda farkındalık yaratmak için eylem arayışları içerisinde⁹⁵. Çalışanlar da işgücünün parçası olarak birbirlerini motive ederek, iklim ve çevrenin korunmasına dikkat çekmek için farklı protesto biçimlerini kullanmaktadır⁹⁶. Bu tür toplu eylemlerin, Türkiye’de de gerçekleşmesini beklemek olağan kabul edilebilir. Nitekim hükümetlerin geçiciliği, siyasal iktidarın ekolojik kaygıları terk etmesi ihtimali ve işverenlerin iktisadi hedeflerini ön planda tutmaları, çalışanların iklimin korunması konusunda gerçekleştirecekleri toplu eylemleri, özellikle gösteri grevleri üzerinde düşünmeye yol açmaktadır⁹⁷.

1. Gösteri Grevinin Tanımı, Unsurları ve Örnekleri

Genel olarak iklimin korunmasına yönelik eylemler, kişilerin iklim değişikliğine dikkat çekmek ve siyasal iktidardan yahut işverenlerinden harekete geçmelerini talep etmek amacıyla işçi katılımcılar için çalışmanın, öğrenci katılımcılar açısından ise okula gitmenin *protesto* edildiği davranışlardır. İklim eylemlerinin muhatabı, yasal düzenlemeleri ve denetimleri yapmaktan kaçın-

⁹⁴ İklim değişikliği ile mücadelenin yüksek mahkemeler aracılığıyla gerçekleşmesi gerektiği görüşü hakkında bkz. Köybaşı, s. 180-81.

⁹⁵ Dzida/Reinbach, s. 183; Grimm, s. 127.

⁹⁶ Hensiek, s. 306.

⁹⁷ Grimm, 127-128. Alman hukukunda da, iklim korunmasının kısa vadeli kararların alındığı ve sadece dile getirilen çıkarların dikkate alındığı temsili demokrasi ve parlamenter sürece yönelik eleştiri dikkat çekicidir. Bkz. Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 70.

dığı için siyasal iktidarlar olabileceği gibi, işçiler bakımından da ekolojik kaygılardan uzaklaşan işverenleri olabilir. İşçilerin dışında kalan kişiler açısından iklim eylemlerine katılımın, çalışmanın kapsamı dışında olduğu açıktır. Ancak *kanaatimizce*, toplu iş hukuku boyutu ile işçilerin bu eylemlere katılımını, toplu eylem hakkı ve gösteri grevi içerisinde değerlendirmek gerekir.

Gösteri grevinde (Demonstrationstreik), belirli bir amacın elde edilmesi değil, bir olayı yahut görüşü protesto etmek için iş bırakma eyleminde bulunmaktadır. Genellikle siyasal iktidarın kararlarına veya işverenin tutumuna karşı yapılan bu grevlerde, mücadele greviden farklı olarak, muhatabı baskı altına alarak bir davranışı gerçekleştirmeye yahut bir davranıştan kaçınmaya zorlama amacı söz konusu değildir⁹⁸. Benzer şekilde protesto amacı olan uyarı grevinde (Warnstreik) ise, işvereni bir kararından veya uygulamasından vazgeçirme isteği vardır. Örneğin, iklime zarar veren eyleminden işvereni vazgeçirmek için uyarı grevine gidilebilir yahut bu kararı eleştirmek ve kamuoyunda aleniyet sağlamak için gösteri grevine başvurulabilir. Her ikisi de toplu eylem türleri içerisinde yer aldıklarından sonuçları açısından aynıdır⁹⁹.

İşçilerin sosyal, ekonomik ve mesleki çıkarlarına etkisi olan meselelerde, siyasal iktidar veya işveren politikalarına ilişkin gösteri grevleri, aşağıda Türk hukuku açısından değerlendirilmesinde ele alınacağı üzere, toplu eylem hakkı kapsamında meşru görülmektedir¹⁰⁰. Nitekim yabancı ülkelerde, çalışanların iklim eylemi olarak nitelendirilebilecek protesto örnekleri ile karşılaşmaktadır. Bunların en büyük örneği, zaman zaman işçilerin de katıldığı, *Fridays for Future* (FFF) hareketidir¹⁰¹. Bazı örgütlü topluluklar, FFF hareketini aşarak radikal davranışlar içerisinde bulunmaktadır¹⁰². 20.09.2019 tarihinde “*İklim*

⁹⁸ Gösteri grevi kavramı için bkz. Dilek Dulay Yangın, *İş Mücadelesine Hakim Olan Temel İlkeler*, Onikilevha Yayıncılık, 2021, s. 237.

⁹⁹ Uyarı grevi ve toplu eylem hakkı ile ilişkisi için bkz. Esener/Demir, s. 128.

¹⁰⁰ Dulay Yangın, s. 238. Toplu eylem hakkı kavramı ve sınırları için bkz. Gülsevil Alpagut, “Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları - Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı*, 2016, s. 855.

¹⁰¹ Grimm, 127 vd.

¹⁰² Örneğin *Ende Gelände* isimli bir topluluk, her yıl enerji santrallerini hedef alan eylemler düzenlemekte ve sivil itaatsizlik hakkından faydalanılarak çevre sorunlarını, kapitalizmin eleştirileri ile birleştirmektedir. İklim felaketini önleyebilecek son nesil olduklarını iddia eden *Last Generation* topluluğu, kamuoyundaki tartışmaları eylemlerinin biçimine yansıtarak insanları meydanlara dökmeye odaklanmaktadır. *Extinction Rebellion* topluluğu çeşitli ülkelerde kurdukları iklim kampları ile sivil itaatsizlik yöntemlerini uygulamaktadır. *Greenepeace* ise sürdürülebilir yaşama kendisini adayarak çok sayıda iklim davasının mimarı olmuştur. Çıkarların kolektif temsiline ilişkin bu tür eylemler, *çalışan aktivizmi* başlığı altında

Adaleti için Amazon Çalışanları” grubunun üyeleri, işverenin faaliyetlerinin iklim üzerindeki etkisini azaltmaya çağırmak için Seattle’deki iş merkezinde iş bırakma eyleminde bulunmuşlardır¹⁰³. Sendikaların iklimin korunmasına yönelik eylem çağrıları Almanya’da da yaşanmıştır. *Ver.di* sendikası ile FFF hareketi 03.03.2023 tarihinde birlikte eylem çağrısında bulunmuşlardır¹⁰⁴. *Ver.di* sendikası toplu taşımada uyarı ve gösteri grevlerine, FFF hareketi ise iklim eylemlerine katılım göstermiştir. Tarafların ortak hedefleri, toplu taşımayı iklim dostu hale getirmek ve daha iyi çalışma koşulları yaratmak olmuştur¹⁰⁵.

Bu örnekler üzerinden konuyu ele alan bir görüş, iklimin korunmasına yönelik eylemleri, gösteri grevi başlığı altında değerlendirmektedir¹⁰⁶. Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde, sendikanın taleplerini destekleyen yahut işçilerin memnuniyetsizliğini ifade eden uyarı grevlerine izin verilmektedir¹⁰⁷. Ancak bir toplu iş görüşmesi yok ise, Federal İş Mahkemesi’nin 23.10.1984 tarihli kararına göre işçiler, çalışma ve ekonomik koşulları protesto ediyor olsalar dahi, gösteri grevleri kanun dışı kabul edilmektedir¹⁰⁸. Mahkeme’nin vermiş olduğu nispeten yakın tarihli kararlarda ise toplu eylemler bakımından Federal Almanya Cumhuriyeti’nin, Avrupa Sosyal Şartı m. 6/IV düzenlemesinden kaynaklanan yükümlülükleriyle uyumlu hareket edip etmediğinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁹. Sonuçta Alman hukukunda zararın

da tartışılmaktadır. Bkz. Dzida/Reinbach, s. 183.

¹⁰³ Basında söz konusu eyleme, 25’ten fazla şehirde ve 14 ülkede 1.800’den fazla Amazon çalışanın katıldığı belirtilmiştir, (<<https://www.bbc.co.uk/news/business-56641847>>; <<https://edition.cnn.com/2019/09/20/tech/amazon-climate-strike-global-tech/index.html>>; <<https://www.iklimhaber.org/amazon-calisanlari-sirketin-iklim-politikalarini-protesto-ediyor/>>, Erişim Tarihi 18 Ekim 2024).

¹⁰⁴ Stöckert, s. 434.

¹⁰⁵ Bkz. <<https://taz.de/Protest-von-Fridays-for-Future-und-Verdi/!5916338/>>, Erişim Tarihi 18 Ekim 2024.

¹⁰⁶ Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 108. İklimin korunmasına yönelik eylemler, politik grev başlığı altında da ele alınmıştır. Bkz. Grimm, 128-129. Genel olarak politik grev hakkında detaylı bilgi için bkz. Ayan, 265 vd.

¹⁰⁷ Grimm, 128.

¹⁰⁸ Karar için bkz. BAG, 23 Ekim 1984, 1 AZR 76/76, *NJW* 1979, s. 237. Benzer şekilde, (salt) siyasi grevler ve yetkili bir sendikanın kararı olmaksızın gerçekleştirilen eylemler de kanun dışıdır. Bkz. Dzida/Reinbach, s. 183; Stöckert, s. 434-435.

¹⁰⁹ BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, *NZA*, 2003, s. 740; BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, *NZA*, 2007, s. 994. Kararların, grev hakkı ve iklim eylemleri bakımından değerlendirilmesi için bkz. Grimm, 128. Federal Anayasa Mahkemesi’nin 14.11.1995 tarihli kararında (BverfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – *BVerfGE* 93, s. 352 vd.), sendikal kuruluşlara ait tüm faaliyetlerin, Alman Anayasası’nın 9. maddesinin kapsamına girdiği belirtilmiştir. Öğretide, çalışma ve ekonomik koşullarla ilgili gösteri grevinin hukuka uygunluğunu ortaya koyabilmek için, Mahkeme’nin değerlendirmesinin, gösteri grevlerine genişletmenin mümkün olabileceği ifa-

meydana gelmeyeceği alanda gösteri grevi düzenlenmesi için girişimde bulunulabileceği, örneğin işçilerin birkaç saatliğine FFF eylemine katılabileceği ve fesih gibi yaptırımların uygulanmasının ölçülülük ilkesini ihlal edeceği belirtilmektedir¹¹⁰.

Alman hukukunda iklim eylemlerinin Anayasa'nın 20. maddesinin 4. paragrafı anlamında sivil itaatsizlik (direnme hakkı) ile gerekçelendirilip gerekçelendirilemeyeceği ele alınmıştır. Bu hüküm, özgür demokratik temel düzene (Anayasaya) yönelik saldırıları engellemeyi amaçlamaktadır¹¹¹. Özgür demokratik düzenin, iklim krizi sonucunda büyük ölçüde yaşanmaz hale gelmiş bir ülkede uygulanamayacağı açıktır. Temel düzen ihmal yolu ile de yok edilebileceğinden, iklim krizi için önlemleri almayanlara karşı sivil itaatsizliğin yöneltilebilmesinin Alman hukuku açısından mümkün olduğu söylenmektedir¹¹².

2. Türk Hukukunda Gösteri Grevlerine Yaklaşım

Türk hukukunda iklimin korunmasına yönelik kolektif eylemlerin yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Bu eylemler, toplu iş hukuku bakımından ele alındığında, STSİK m. 58/III uyarınca *yasa dışı grev* türleri içerisinde ele alınmaya müsaittir¹¹³. Genel bir tanıma göre "*yasal grev için aranan koşullar gerçekleşmeden yapılan greve yasa dışı grev denir*". Şüphesiz bir grevi yasa dışı kılan bazen onun izlediği amaçtır¹¹⁴. Ancak iklimin korunmasına yönelik eylem kararı alan sendikaların/işçilerin bu davranışına hukuken saygı duyulmalıdır. Bunun için meselenin toplu eylem hakkı içerisinde mütalaa edilmesi gerekir.

Türk hukukunda toplu eylem hakkı ile ilgili sadece AY. M. 90/son fıkrası ve onayladığımız kimi uluslararası anlaşmalardaki hukuksal durum ve yargı kararları bulunmaktadır¹¹⁵. Gösteri grevleri başta olmak üzere, iklimin

de edilmiş; ayrıca bu yaklaşımın, iklim politikasını ve geçim kaynaklarımıza yönelik tehdidi (iklim krizini) protesto eden bir gösteri grevi için de geçerli olması gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 109.

¹¹⁰ Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 109.

¹¹¹ Hüküm şu şekildedir: "*Bütün Almanlar, temel düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs eden herkese karşı, başka bir çare mümkün olmadığı takdirde, direnme hakkına sahiptir*". Anayasa metni için bkz. <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>, Erişim Tarihi 30 Ekim 2024.

¹¹² Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 110.

¹¹³ Aktay/Özdemir Ertürk s. 305.

¹¹⁴ Akyiğit, s. 674.

¹¹⁵ Yargıtay, toplu eylem hakkına ilişkin vermiş olduğu kararlarda Anayasa'ya ve tarafı ol-

korunmasına yönelik eylemleri tümüyle reddetmekten ziyade, anlam ve sınırlarını tespit ederek makul ölçülerde kabul etmek isabetlidir¹¹⁶. Nitekim bu tür eylemler, ülkenin bölünmez bütünlüğüne aykırı olmadığı, işyeri barışını bozmadığı ve işçiler üzerinde baskı oluşturmadığı sürece, demokratik bir ifade tarzı olarak kabul edilmelidir. İklimin korunmasına yönelik eylemler, toplu eylem hakkının kullanılmasında olduğu gibi, olsa olsa meşru bir talebin kamuoyuna açıklanmasıdır. *Kanaatimizce* sırf bu sebebe dayanarak işveren, geçerli bir fesih yoluna dahi başvuramaz. Nitekim UÇÖ Uzmanlar Komitesi'nin ve Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'nin kararlarında işçilerin siyasal iktidarın politikalarını ve bu yöndeki kararlarını protesto etmek için toplu iş bırakma eylemlerini ölçülülük ilkesine uyması ve zarar meydana getirmemesi koşuluyla ifade özgürlüğünün kolektif kullanımı olarak benimsemektedir¹¹⁷. Bu bakımdan *kanaatimizce* geniş çerçevede, işçilerin menfaatlerini ilgilendiren ekonomik ve sosyal sorunlara bağlı olan iklimin korunması düşüncesini içeren hareketlerin, ifade özgürlüğünün meşru kolektif kullanımı olarak görülmesi mümkündür¹¹⁸.

Diğer taraftan, Türkiye'nin tarafı olduğu Avrupa Sosyal Şartı'nın, yine Türkiye tarafından çekince konulmuş 6/IV hükmü gereğince, toplu eylem hakkına açık bir temel konulmuştur¹¹⁹. Bahsedilen düzenlemeye göre, “*üye devletler grev hakkı dahil toplu eylemde bulunma hakkı tanınır*”. Keza AB Temel Haklar Şartı'nda da çalışanların çıkarlarını korumak amacıyla grev dahil toplu eylem hakkı tanınmıştır (m. 28). Ancak bu hakkın kullanımı ölçülülük ilkesine bağlanmıştır (m. 52). Nihayet bu eğilim Türk yargı kararlarına da yansımıştır. Başvurulan toplu eylemin süresi katılımcı sayısı, barışçıl olması ve işverene zarar verme kastı içermemesi bakımından, ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığı yönüyle değerlendirilmektedir¹²⁰. Sonuçta, toplu iş hukukunda

duğumuz uluslararası sözleşmelere vurgu yapmaktadır. Bkz. Şahlanan, s. 628; Sur, s. 442. Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımının detaylı bir tahlili için bkz. Berna Öztürk, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev Toplu Eylem Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı”, *Çalışma ve Toplum*, 4 (51), 2016, s. 1822.

¹¹⁶ Dulay Yangın, s. 242-43.

¹¹⁷ Akyiğit, s. 675; Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 470. İfade özgürlüğü temelli örgütlenme özgürlüğü için bkz. Deniz Ugan Çatalkaya, “Demokratik ve Barışçıl Toplu Eylem Hakkının Kullanılması İş Sözleşmesini Fesih Nedeni Olabilir mi Sorusuna Yanıt Arayışı: Yargıtayın Zorlu Görevi”, *Çalışma ve Toplum*, 3 (78), 2023, s. 2072.

¹¹⁸ Nelerin toplu eylem hakkı kapsamında meşru amaç olarak benimsenebileceği hakkında bkz. Ugan Çatalkaya, s. 2086.

¹¹⁹ Türkiye tarafından çekince konulmuş Avrupa Sosyal Şartı'nın 6. maddesinin 4. fıkrası ile toplu eylem hakkına yönelik önemli bir eleştiri hakkında bkz. Ekmekçi/Yiğit, 817-818.

¹²⁰ Arıcı, s. 369; Şahlanan, s. 628. Yargıtay'ın dayanışma grevlerinin yapılabileceğini ifade eden

iş mücadelesi alanında ölçülülük ilkesi geçerlidir. Öyle ki, iklimin korunmasına yönelik eylemlerde de başvurulacak araçlar gerekli, orantılı ve son çare olmalıdır. Başvurulan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında uygun denge bulunmalıdır. Bu hak, kötüye kullanılmamalıdır. Ancak eylemin ölçülülük ilkesine aykırı görüldüğü hallerde, işçilerin bu yüzden işten haklı sebeple çıkarılmaları, STİSK m. 70/I gereğince kabul görmektedir¹²¹.

İşçiler bakımından sosyal ekonomik yaşamı derinden etkileyen, gün geçtikçe olumsuz etkileri ağırlaşan ve çalışma koşulları ile ilgisi bulunan iklim değişikliği/krizi sorununda iklim eylemlerinin hukuka uygunluğunu, yukarıdaki koşullarla benimsenebileceği, diğer bir deyişle hukuka uygun olduğunun kabul edilebileceği *kanaatindeyiz*. Ayrıca belirtmeliyiz ki, yürürlükte toplu iş sözleşmesi varken, eylemlerin yeni bir toplu iş sözleşmesi bağitlanması amacıyla yapılmaması, salt iklimin korunmasından ve çalışma koşullarına etkisinden kaynaklanan amacın benimsenmesi, dirlik borcuna aykırılık yaratmayacaktır¹²². İşçilerin böylesine önemli olan konuda suskun ve tepkisiz kalmalarını, aksi halde iklim değişikliğine bağlı olarak çalışma koşullarının ağırlaşmasını, hatta mesleklerini kaybetmelerini kabullenmek, isabetten yoksun olacaktır¹²³.

III. İKLİMİN KORUNMASINDA İŞÇİLERE ORTAK KARAR ALMA HAKKININ TANINMASI

Toplu iş sözleşmelerine ve eylemlere başvurulmasının yanında iklim krizinin çözümünde daha farklı iş hukuku araçlarından faydalanılmak isteniyorsa, şüphesiz ki bu, işyerinde işçilerin yönetime katılımı ile olacaktır¹²⁴. Çünkü

kararı için bkz. Yargıtay 22. HD, 31145/9461, T. 25.04.2017; grev dışı iş bırakma eylemlerinin hukuki koşullarının vurgulandığı bir karar için bkz. Yargıtay 7. HD, 30086/17046, T. 20.10.2016. Bu konuda önemli mahkeme kararları için bkz. Öztürk, s. 1824.

¹²¹ Eğer bir olay toplu eylem hakkının koşulları oluşmadan yapılan bir eylem ise yasal yaptırım haklı nedenle fesih olmalıdır. Bkz. Şahlanan, s. 631; Aktay/Özdemir Ertürk, s. 306. Toplu eylem ve iş sözleşmesinin fesih hakkı arasındaki ilişki için bkz. Ugan Çatalkaya, s. 2084.

¹²² Buna karşılık öğretilerde, toplu eylem hakkı kapsamında eylemlerin hukukiliği kabul edilebilir olsa da, toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan çalışma koşullarını değiştirmeye yönelik eylemlerin, dirlik borcunu ihlal edeceği belirtilmiştir. Bkz. Duygu Çelebi Demir, “Toplu İş Sözleşmesi Açısından Dirlik Borcu (Barış Yükümlülüğü) ve Dayanışma Grevinin Dirlik Borcunu İhlal Edip Etmediği Sorunu”, *Çalışma ve Toplum*, 2 (81), 2024, s. 519.

¹²³ Türk hukuku açısından da toplu eylem hakkının ölçülülük ilkesi başta olmak üzere belirli koşullar altında kabul edilebileceği görüşü için bkz. Akyiğit, s. 676; Tuncay/Savaş Kutsal/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 475; Dulay Yangın, s. 242. Bu hakkın tesisi için içtihatların yetersiz oluşu ve hukuk güvenliği açısından yasal düzenlemenin yapılması gerektiği konusunda bkz. Şahlanan, s. 631.

¹²⁴ Gerçekten öğretilerde de ifade edildiği üzere iklim değişikliği sonucunda “adil geçiş süreci”,

iklim krizi gibi menfaatlerin dengelenmesi sorununu gündeme taşıyan meselede, dengeleme sorunu ile başa çıkmanın diğer bir yolu da katılım hakkıdır¹²⁵. İklim-merkezli yönetim çerçevesinde, işçilere ortak karar alma hakkının tanınması gerekmektedir. İşyerinde iklim-merkezli yönetimden anlaşılması gereken, çalışma koşullarının belirlenmesinin yanında, çevreyi ve iklimi etkileyecek işyeri karar alma süreçlerine katılım yetkisinin işçilere tanınmasıdır.

Alman hukukunda yasa koyucu 2001 yılında İşyeri Teşkilatı Yasası (BetrVG) yaptığı değişiklikle (BetrVG § 89 Abs. 3) işyeri kurullarını (Betriebsrat), çevrenin işyeri düzeyinde korunması (Betrieblichen Umweltschutzes) konusunda yetkilendirmiş¹²⁶; ancak ortak karar alma hakkı ve eylem seçenekleri açıkça ortaya konmamıştır¹²⁷. Bu eksiklik öğretide eleştirilmiştir¹²⁸. İşyeri kurulu üyelerinin çevrenin ve iklimin korunmasında ifade özgürlüklerinin bulunduğu kabul edilmekte ve BetrVG § 74 Abs. 3 hükmünde bulunan (politik faaliyette bulunma) yasağına tabi olmadıkları belirtilmektedir¹²⁹. BetrVG § 80 Abs. 1 Nr. 9 düzenlemesi uyarınca çevrenin işyeri düzeyinde korunmasını teşvik etmek için işyeri kuruluna verilen yükümlülük dikkat çekmektedir¹³⁰.

Öğretide, çevrenin işyeri düzeyinde korunmasında işyeri kurullarının, işverenden talep edebilecekleri konusunda bazı örnekler verilmiştir: İşyeri kurulları işverenden, işçileri toplu taşımaya teşvik etmek için ücretsiz ulaşım kartlarının sağlanmasını, işyeri kantininde organik gıdaların kullanılmasını, vejetaryen/vegan yemeklerin menüye dahil edilmesini, bireysel emeklilik yatırım politikaları çerçevesinde çevre dostu (karbon nötr) şirketlerin tercih edilmesini, işyeri otoparkının kullanımında elektrikli araçlara ücretsiz park

ancak etkin bir diyalog ortamı ve sosyal tarafların sürece aktif katılımı ile mümkün olacaktır. Bkz. Yardımcıoğlu, s. 489.

¹²⁵ Roschmann, s. 1193; Neubach, s. 200. Yönetime katılma kavramı için bkz. Cevat Gökhan Erbaş, *Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması*, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 21.

¹²⁶ Düzenleme ile “işyeri düzeyinde çevrenin korunması” (betrieblichen Umweltschutzes) tedbirleri vurgulanmaya başlamış, böyle bir hedef ilk kez iş mevzuatında belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre çevrenin korunması, çalışanlara ve organizasyona yönelik önlemlerin yanında binalar, tesisler, çalışma koşulları ve iş süreçleri ile ilgili olarak çevreyi korumaya hizmet eden tüm önlemleri içerir. Bkz. Erbaş, s. 100.

¹²⁷ Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 49.

¹²⁸ Dzida/Reinbach, s. 183; Wolfgang Däubler, “Klimawandel – ein Thema für den Betriebsrat?”, *NZA*, 2020, s. 1155.

¹²⁹ Alman hukukunda işyeri kurulu üyelerinin politik faaliyet yasağı hakkında geniş bilgi ve çevre koruma politikalarına yönelik faaliyetlerin yasağın kapsamı dışında kalması hakkında bkz. Ayan, s. 211.

¹³⁰ Däubler, *Klimawandel*, s. 1155.

imkânı sağlanmasını (içten yanmalı motorlu araçlardan ücret alınmasını) ve dizel işyeri araçlarının benzinli veya hibrit olanlarla değiştirilmesini talep edebilir¹³¹.

Türk hukukunda ise Alman hukukunda olduğu gibi benzer niteliklere sahip bir kurulun oluşturulması öngörülmediğinden; farklı bir deyişle oldukça dar bir alanı kapsayacak şekilde iş sağlığı ve güvenliği kurulları ile yıllık ücretli izin kurulları çerçevesinde düzenlendiğinden, çevrenin ve iklimin korunması konusunda işçilerin işveren ile ortak karar alma hakkının bulunmadığı açıktır. *Kanaatimizce* bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir; örneğin çevre ve iklim koruma kurullarının işyeri düzeyinde oluşturulmasının yasal temeli oluşturulmalı, en azından iş sağlığı ve güvenliği kurullarına, çevrenin korunması için de yetki ve yükümlülükler verilmelidir¹³².

İklim krizinin ciddiyeti karşısında asıl olması gereken işyeri düzeyinde iklim koruma kurulunun oluşturulmasıdır. Eğer Türk hukukunda ortak karar alma hakkı tesis edilecek olursa, bazı unsurların tasarım içerisine dahil edilmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi, işçilerin bilgi edinme hakkıdır. Kurul, iklimin korunmasında teşvik edici rolünü yerine getirebilmek için işveren ve çalışanlarla iletişim kurabilecek konumda olmalıdır. İkincisi, danışma hakkıdır. İşverenin çevreyi ve iklimi etkileyebilecek bir karar almadan önce kurula danışma yükümlülüğü bulunmalıdır. Ancak bu yükümlülük işverenin yönetim hakkından kaynaklanan işletmesel karar alma özgürlüğünü tünüyle ortadan kaldıracı özelliğe sahip olmamalıdır. İklim koruma kurullarına salt söylem yetkisi değil, hem iklimin korunması hem de çalışma koşulları ile ilgili meselelerde, işvereni uzlaşmaya zorlayabilecek, itiraz ve teklif verme gibi yetkilerin verilmesi isabetli olacaktır.

Türk hukukunda kanun koyucu tarafından işçilerin işveren ile ortak karar alma hakkının Alman hukukunda olduğu gibi etkili şekilde oluşturulmaması durumunda ise, çevrenin ve iklimin işyeri düzeyinde korunmasında geriye iki farklı seçenek kalacaktır. Bunlardan birincisi, daha önce bahsettiğimiz gibi, toplu iş sözleşmelerindeki iklim dostu düzenlemeler olacaktır. İklim dostu düzenlemelerin içerisinde, çevrenin ve iklimin işyeri düzeyinde korunması ve işyeri (iklim) kurullarının oluşturulması mümkündür. Farklı bir deyişle, toplu iş sözleşmesi özerkliği sayesinde, yeni bir ortak karar alma mekanizmasının te-

¹³¹ Dzida/Reinbach, s. 183; Däubler, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, s. 61; Neubach, s. 200.

¹³² Türk hukukunda iş sağlığı ve güvenliği kurullarının özellikleri ve katılım düzeyi hakkında bkz. Erbaş, s. 164.

sis edilmesi noktasında yasak yoktur. İkincisi ise 6356 sayılı STİSK m. 27'de düzenlenen *işyeri sendika temsilciliği* kapsamında işçilerin yönetime (dolaylı) katılması olacaktır¹³³. Çünkü ikili sosyal diyalog, iklim değişikliğinin etkisinin işyerinde hafifletilmesine dönük tedbirlerin şekillenmesinde önemli bir rol oynayabilecektir¹³⁴.

SONUÇ

İklim krizine yönelik çözüm önerileri ilk kez kamu hukuku içerisinde ortaya çıkmış, ne zaman ki kamu hukuku karakterli çözüm önerilerinin yetersiz olduğu anlaşılmış, o zaman özel hukuk içerisinde de çözüm aranmaya başlamıştır. Hem özel hukuk hem de kamu hukukunun karakterini içerisinde taşıyan iş hukukunun, iklim değişikliğiyle mücadelede etkili rol oynaması mümkündür. Bu çerçevede çalışma kapsamında cevabını aradığımız soru, iklimin korunmasında, toplu iş hukuku araçlarının kullanılıp kullanılmayacağı olmuştur.

İklim değişikliğinin ortaya çıkardığı sosyal riskler ve çalışma yaşamına dair sorunlarla ilişki içerisinde oluşu, işçi sınıfının sorunları ve çalışma koşullarının geleceği içerisinde iklim krizinin yer alması, toplu iş hukukunun iklimin korunmasında öne çıkmasının sebepleri olmuştur. İklimin korunmasında toplu iş hukuku araçlarından faydalanılması gerektiği bizce açıktır. Bunların içerisinde özellikle düzenleme aracı olarak toplu iş sözleşmeleri, toplu eylem aracı olarak gösteri grevleri ve iklimin korunmasında işçilere ortak karar alma hakkının tanınması gelir.

İlk olarak düzenleme aracı olarak toplu iş sözleşmeleri, normatif ve borç doğurucu kısımlarında ihtiva edecekleri iklim dostu hükümler ile iklim değişikliğinin kaynağını oluşturan işletmelerin çevreye duyarlı şekilde iktisadi faaliyetlerine devam edebilmesini sağlayabilir. Böylelikle iklim krizinden etkilenen işçilerin çalışma koşulları korunmuş ve iyileştirilmiş olur. Ayrıca yargıyı meşgul edecek iklim davaları, toplu iş sözleşmelerindeki iklim dostu

¹³³ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 896. İşyeri sendika temsilcileri konusunda detaylı bilgi için bkz. Narmanlıoğlu, s. 262-63.

¹³⁴ İkili sosyal diyalog bağlamında işyeri sendika temsilcilerinin STİSK m. 27/III gereğince iklimin korunması ve adil geçiş sürecinde kilit rol oynaması hakkında bkz. Yardımcıoğlu, s. 499. Bununla birlikte, yazarın belirttiği gibi, işyerinde yetkili sendikanın bulunmadığı işyerlerinde işyeri sendika temsilcileri de olmayacağından, iklimin korunması konularına katılımın yeterli düzeyde gerçekleşmemesi sorunu ortaya çıkacaktır. Bu noktada *kanaatimizce*, toplu iş sözleşmelerinde, işçilere farklı mekanizmalarla katılım hakkı sağlayan iklim dostu hükümlerini önemi daha da artacaktır.

hükümlere uyan işverenler açısından, yargısal bir risk olmaktan çıkabilir.

İkinci olarak iklim krizinin kolektif bir etki ile herkesi ilgilendiriyor oluşu, iklim değişikliğine karşı demokratik toplu eylem hakkına başvurunun temel gerekçesini oluşturmaktadır. Farklı bir deyişle herkes gibi işçiler de hem siyasal iktidarın hem de işverenlerinin çevreye ve iklime zarar veren davranışlarını ve politikalarını protesto etme hakkına sahiptir. Bu noktada toplu eylem hakkının kullanımı ön plana çıkmakta olup Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası belgelerde işaret edilmiş ve içtihatlarla belirlenmiş toplu eylem hakkının koşulları, iklime yönelik işçi eylemleri için de uygulanmalıdır.

İklimin korunmasında işçilere işverenleri ile bir ortak karar alma hakkının tanınması, toplu iş hukuku araçları ile iklimin korunmasında üçüncü önemli basamaktır. Türk hukukunda, Alman hukukunda (BetrVG § 89 Abs. 3) olduğu gibi çevrenin, dolayısı ile iklimin korunmasında işyeri kurullarına verilmiş yetki ve yükümlülükler bulunmamaktadır. Eksikliğin giderilmesi adına işyeri iklim kurullarının oluşturulması yasal düzenlemelerle hukuki statüye kavuşturulmalı yahut toplu iş sözleşmelerinde iklim dostu hükümler ile taraflarca kararlaştırılmalı veya en azından iş sağlığı ve güvenliği kurullarına çevrenin ve iklimin korunmasına yönelik yetki ve yükümlülükler tanınmalıdır.

Sonuçta disiplinler arası bir bakış açısıyla, acilen ihtiyaç duyduğumuz ekolojik dönüşüm için verilen çabalara, toplu iş hukuku cephesinden katkı sunulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aktay N/Özdemir Ertürk O, *Toplu İş Hukuku*, 4. Bası, Lykeion, 2024.
- Akyiğit E, *Toplu İş Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Alçık Engürülü M, “AIHM’in Çevre İçtihadının İklim Değişikliği Davalarına Uygulanabilirliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72 (3), 2023, s. 1007-1054.
- Alp M, *Çalışanların İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (Whistleblowing)*, Beta Yayınevi, 2013.
- Alpagut G, “Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları - Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı*, 2016, s. 855-79.
- Arıcı K, *Türk İş Hukuku II - Toplu İş İlişkileri Hukuku*, Gazi Kitabevi, 2022.
- Atıl Kaya Ö, “İklim Değişikliği Davaları”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (2), 2023, s. 501-29.
- Ayan H A, *İşçinin Politik Görüş ve Faaliyetlerinin İş İlişisine Etkisi*, Adalet Yayınevi, 2024.
- Başbuğ A/Yücel Bodur M, *İş Hukuku*, 5. Bası, Beta Yayınevi, 2018.
- Baysal B, “Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı Perspektifinden İklim Krizi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (1), 2024, s. 257-68.
- Canbolat T, *Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri*, Beta Yayınevi, 2012.
- Çakan S, “Hak Temelli İklim Değişikliği Davaları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (213), 2024, s. 24-42.
- Çelebi Demir D, “Toplu İş Sözleşmesi Açısından Dirlük Borcu (Barış Yükümlülüğü) ve Dayanışma Grevinin Dirlük Borcunu İhlal Edip Etmediği Sorunu”, *Çalışma ve Toplum*, 2 (81), 2024, s. 493-528.
- Çelik N/Caniklioğlu N/Canbolat T/Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri*, 36. Bası, Beta Yayınevi, 2023.
- Däubler W, “Klimawandel – ein Thema für den Betriebsrat?”, *NZA*, 2020, s. 1155-60.
- Däubler W, *Klimaschutz und Arbeitsrecht*, Bund Verlag, 2023. (Klimaschutz und Arbeitsrecht)
- Doğan S/Doğan E/Tüzer M, “Küresel Isınma ve İklim Değişikliği: Bilimsel Uzlaşmadan Politik Ayrışmaya”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal*

Bilimler Dergisi, 3 (39), 2020, s. 1453-1484.

Dulay Yangın, D, *İş Mücadelesine Hakim Olan Temel İlkeler*, Onikilevha Yayıncılık, 2021.

Dzida B/Hubertus R, “Arbeitsrecht im Zeichen des Klimawandels Nachhaltige Herausforderungen für Beschäftigte und Unternehmen”, *ArbRB*, 2022, s. 181-184.

Ekmekçi Ö/Yiğit E, *Toplu İş Hukuku*, 6. Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2024.

Erbaş C G, *Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması*, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Esener T/Ender D, *Toplu İş Hukuku - Toplu İş Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, 2019.

Frenz W, “Klimaschutz und EU-Grundrechte”, *EuR*, 3 (23), 2022.

Giesberts L/Wolfgang H, “Climate Change in Court”, *KlimaRZ*, 2023, s. 84-92.

Göpfert B/Stöckert S, “„ESG“ (Environmental Social Governance) – ein Thema für die betriebliche Mitbestimmung?”, *NZA*, 2022, s. 452-457.

Grimm D, “Streik für das Weltklima”, *KlimaRZ*, 2023, s. 127-129.

Gülver E, “Impacts of Climate Change on the Working Life and New Problems Arising with Social Risks”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, (127), 2020, s. 6-14.

Hensiek J, “Klimawandel, Artensterben und betrieblicher Gesundheitsschutz”, *ARP*, 2022, s. 305-310.

Janda C, “Sozialstaat for Future”, *ZRP*, 2021, s. 149-153.

Kahl W, “İklimin Korunması ve Temel Haklar (Klimaschutz und Grundrechte)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (çev. Zeynep Nihal Aydınoglu), 25 (2), 2023, s. 1103-1129.

Köybaşı S, *İklim Değişikliğine Karşı Yeşil Anayasacılık*, Onikilevha Yayıncılık, 2023.

Merfert M/Schubert E, “Klimawandel und Auswirkungen auf das „System Arbeit“”, *ARP*, 2022, s. 226-31.

Mücl P, “CSR, ESG und Arbeitsrecht – Ein Überblick”, *ArbRAktuell*, 2022, a.303-307.

Mülayim B O, “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13 (146), 2018, s. 24-39.

Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku II - Toplu İş İlişkileri*, 3. Bası, Beta Yayınevi,

2016.

- Neubach B, “Gemeinsam mehr Klimaschutz im Arbeitsalltag umsetzen”, *ARP*, 2022, s. 192-200.
- Öztürk B, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev Toplu Eylem Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı”, *Çalışma ve Toplum*, 4 (51), 2016, s. 1793-1836.
- Reichel M E/Cedric C M, “Betrieblicher Umweltschutz als Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Umweltrecht”, *RdA*, 2004, s. 101-107.
- Roschmann C, “İklim Değişikliği ve İnsan Hakları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (çev. Engin Fırat), 70 (4), 2021, s. 1155-98.
- Schlacke S/Grotefels S, “Rechtliche Herausforderungen der Klimaanpassung”, *ZUR*, 2023, s. 257-259.
- Stöckert S, “Gewerkschaftsaktivismus – Vom Zusammenschluss mit Fridays for Future bis zum Arbeitskampf im virtuellen Raum”, *ArbRAktuell*, 2023, s. 434-440.
- Sur M, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 11. Bası, Turhan Kitabevi, 2024.
- Sümer H H, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Şahlanan F, *Toplu İş Hukuku*, Onikilevha Yayıncılık, 2020.
- Tuncay A C/Savaş Kutsal B/Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Toplu İş Hukuku*, 8. Bası, Beta Yayınevi, 2023.
- Ugan Çatalkaya D, “Demokratik ve Barışçıl Toplu Eylem Hakkının Kullanılması İş Sözleşmesini Fesih Nedeni Olabilir mi Sorusuna Yanıt Arayışı: Yargıtayın Zorlu Görevi”, *Çalışma ve Toplum*, 3 (78), 2023, s. 2069-2120.
- Ünal Adınır C, *İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler*, 2. Bası, Onikilevha Yayıncılık, 2023.
- Vey C, “Mögliche Auswirkungen des Klimawandels auf das Arbeitsverhältnis – Ein Ausblick”, *SPA*, 2020, s. 161-64.
- Weller M P/Höbl T/Seemann C, “Klimaneutralität im Privatrecht”, *ZEuP*, 2024, s. 575-609.
- Yardımcıoğlu D, “İklim Değişikliğinin Çalışma Hayatına Etkileriyle Mücadele: Adil Bir Geçiş İçin Toplu İş Hukuku Düzenlemelerinden Yararlanılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26 (1), 2024, s. 467-511.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

AFET YÖNETİMİ; DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE İDARENİN SORUMLULUĞU

DISASTER MANAGEMENT; POSITIVE OBLIGATION OF THE STATE
AND LIABILITY OF THE ADMINISTRATION

Süheyla Suzan GÖKALP*  

Melike ÇOLAKOĞLU KAPLAN**  

ÖZET

Ülkemiz doğal afetler sebebiyle yüksek risk grubundaki ülkeler arasında bulunmaktadır. Türkiye deprem, heyelan, sel, çığ gibi pek çok doğa kaynaklı afetle karşı karşıya kalmaktadır. Doğal afetler; bireylerin yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi en önemli temel haklarını etkileyebilmekte ve bu konuda devlete düşen önemli yükümlülükler bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vermiş oldukları ihlal kararları yol gösterici niteliktedir. Hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri idarenin mali sorumluluğudur. Anayasa'nın 125. maddesi ile idare vermiş olduğu zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Doğal afetler sebebiyle idari yargı kararlarında idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulduğuna ilişkin pek çok karar bulunmaktadır. İdarenin doğal afet sırasında ve sonrasında işlemleri ile mücbir sebep teşkil eden olayların idarenin sorumluluğuna etkisi tartışılmış ve yeni bir sorumluluk anlayışının kabul edilmesi gerektiği öngörülmüştür. Ayrıca

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-Posta:** suheyla.gokalp@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-6487-9868

** **Arş. Gör.**, Muğla Sıktı Koçman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/MUĞLA, **E-Posta:** melikeank.mc@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-8567-3858, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1562909.

- **Atıf Şekli / Cite As:** Gökalp S S/ Çolakoğlu Kaplan M, "Afet Yönetimi; Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu", *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.111-158.
- **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.



sorumluluğun tartışılması gereken en önemli hususlarından biri idarenin denetim ve gözetim yetkisini yerine getirmemesi ve yapı denetim şirketlerine devretmesidir. Bu husustaki Anayasa Mahkemesi kararı da önem arz etmektedir. Çalışmamızda idarenin doğal afetler nedeniyle sorumluluğu konusu mevzuat, idari yargı ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmiş, idarenin sorumluluğuna ilişkin öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Afet yönetimi, İdarenin sorumluluğu, Devletin pozitif yükümlülüğü, Yaşam hakkı, Anayasa mahkemesi

ABSTRACT

Our country is among those at high risk of natural disasters. Turkey faces various nature-related disasters such as earthquakes, landslides, floods, and avalanches. Natural disasters can significantly impact fundamental rights, such as the right to life and property, and the state has important obligations in this regard. The violation decisions made by the European Court of Human Rights and the Constitutional Court are guiding in these matters. One of the key elements of the rule of law is the financial liability of the administration. According to Article 125 of the Constitution, the administration is obliged to compensate for the damages it causes.

Numerous administrative court decisions have held the administration responsible for service defects related to natural disasters. The administration's actions during and after natural disasters, as well as the impact of force majeure events on its liability have been discussed, leading to the proposal for a new understanding of liability. Additionally, one of the most critical issues regarding liability is the administration's failure to fulfill its supervisory and oversight duties and its delegation of these responsibilities to building inspection companies. The Constitutional Court's ruling on this matter is also significant. In our study, we examined the administration's liability for natural disasters within the framework of legislation, administrative judiciary decisions and Constitutional Court rulings, and presented recommendations to address the administration's liability.

Keywords: Disaster management, Administrative liability, State's positive obligations, Right to life, Constitutional court

EXTENDED ABSTRACT

Turkey is considered a high-risk region in terms of earthquakes and other natural disasters due to its geography. Natural disasters such as floods, landslides and earthquakes occur frequently in our country causing considerable damage. With today's technology, states are expected to be able to predict natural disasters and take precautions accordingly. In this context, disaster management is one of the fundamental responsibilities of the state. The administration must effectively fulfill its role in disaster management. Otherwise, the issue of the administration's liability will inevitably arise. The liability of the administration is outlined in Article 125

of the Constitution. From a doctrinal perspective, the administration's liability is categorized into two types: faulty liability and flawless liability. Service fault is examined under the title of faulty liability. For service fault to occur, the administration must either fail to perform an action it is obligated to undertake, perform it late, or execute it incompletely. In order for the administration's faulty liability to be invoked within the scope of disaster management, first of all, the administration must have a duty concerning the situation in question and must have performed this duty defectively. The issue of force majeure should also be examined within the scope of the administration's service fault. For an incident to be considered within the scope of the administration's liability, it must be unpredictable, unpreventable and caused by external factors beyond the administration's control. However, with today's technology, it will be more difficult than in the past for the administration to be relieved of its liability due to force majeure. Because with scientific advances, the administration can now predict which natural disaster may occur in which region and take the necessary precautions. The disaster legislation imposes numerous duties on the administration. Among the most important is the duty of inspection. The administration is responsible for ensuring that the necessary precautions are taken before disasters occur, such as verifying that buildings comply with legislation and that urbanization adheres to zoning laws. However, it is seen that the administration has transferred its basic duty, the inspection duty, to private companies in our country. This transfer of responsibility has sparked significant debate. In our view, the inspection of such matters, being a basic public service, should be carried out by public personnel. Turkey has experienced many natural disasters in the past and it has been observed that the administration has not fulfilled its duties determined by the legislation before and after these disasters. As a result, many lawsuits have been filed against the administration. The cases were mostly full jurisdiction cases filed for damage compensation. The Council of State determined the duties of the administration within the scope of disaster management in these cases brought before it and listed them in the text of the decision. According to the European Convention on Human Rights, the state is obliged to protect the right to life and property of the individual. In this respect, states must prevent or overcome with minimum damage natural disasters that harm many rights of individuals, especially life and property. In this context, issues found problematic in terms of disaster management against Turkey were brought before the European Court of Human Rights. The Supreme Court stated that the state can protect many rights of individuals, especially the right to life and property, by implementing disaster management correctly and that the state will have a positive obligation in this context. As a country frequently affected by natural disasters, Turkey's administration bears heightened responsibility. The five-year development plans, which serve as roadmaps for the administration, have repeatedly outlined the necessary measures for disaster management and listed duties that are scientifically sound. However, it is disheartening to see that the same propositions are reiterated in every development plan, repeated every five years. Because the administration keeps giving itself the same tasks every time, but it does not seem to make any real progress.

The earthquake disaster of 2023 has also proven how far behind we are in terms of disaster management and our inadequacy in terms of coordination. As a result, the administration should protect the life and property rights of individuals, fulfill its duties determined by the legislation, and above all, ensure that its inspection duties are not neglected.

GİRİŞ

Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre doğal afet, “*İnsan eliyle önlenemeyen sel, fırtına, deprem, dolu vb. felaketlerin her biri*” olarak ifade edilmiştir¹. Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) tarafından hazırlanan Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğünde² “Doğa kaynaklı afet (natural disaster)”; “*Deprem, sel, heyelan, çığ, kuraklık, fırtına, dolu, hortum, göktaşı düşmesi vb. gibi oluşumu engellenemeyen jeolojik, meteorolojik, hidrolojik, klimatolojik, biyolojik ve kaynağı dünya dışında olan tehlikelerden kaynaklanan doğa olaylarının sonuçları*” olarak tanımlanmıştır.

Çeşidi ve kaynağı bu kadar fazla olan doğal afetlere ve özellikle depreme engel olmak mümkün olmadığından, bir doğal afetin oluşması halinde meydana gelebilecek can ve mal kayıplarını en aza indirmek amacıyla afet öncesi, afet sırasında ve sonrasında yürütülecek kamu hizmetlerine ilişkin idarenin sorumluluğunun tartışılması ve öneriler getirilmesi önem arz etmektedir. Söz konusu kamu hizmetlerinin hukuki denetimine ilişkin uyuşmazlıklarda verilen idari yargı kararları incelendiğinde, idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. İdarenin doğal afet sırasındaki ve sonrasındaki işlemleri ile mücbir sebep teşkil eden olayların, idarenin sorumluluğunu kaldırıp kaldırmayacağı idari yargı mercilerince tartışılmış, bu konuda belirli bir içtihat oluşmuştur. Söz konusu yargı içtihadının değerlendirilmesi ile mücbir sebep gerekçesinin değişmesi ve yeni bir sorumluluk anlayışının kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, afet yönetimine ilişkin devletin sorumluluğuna ilişkin faaliyetler, Anayasa Mahkemesinin (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatlarında, “Devletin Pozitif Yükümlülüğü” bağlamında ele alınmaktadır.

Günümüzde, devletin bu yükümlülüğünü artıracak önemli bir sorun da ‘iklim değişikliği’ olarak karşımıza çıkmaktadır. Bütün sektörleri etkileyen ve

¹ <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim tarihi 2 Ekim 2024.

² <<https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>>, Erişim tarihi 30 Eylül 2024.

küresel bir sorun olarak dikkat çeken iklim değişikliği, pek çok doğal afeti de tetiklemektedir. İklim değişikliği; su döngüsünde ve yağışlardaki dengesizlik ve sapmalar, su baskınları, tayfun, fırtına, hortum vb. meteorolojik olaylarda artışlar gibi sonuçlara neden olmaktadır. Bu çerçevede belirtilmelidir ki, kuraklık ve susuzluk, orman yangınları, tarımsal ürünlerde azalma, vektör kaynaklı hastalıklarda artış, deniz seviyesinin yükselmesi gibi doğal afetler iklim değişikliğinden kaynaklanmaktadır. Küresel bir sorun olarak iklim krizinin etkilerinin tüm dünyada daha fazla hissedilmesi, doğal afetlerin görülme sıklığı ve biçiminin değişmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla, “ekolojik kriz çağı” olarak adlandırılan bu süreçte, küresel ölçekte doğal afetlerle tüm dünya ülkeleri daha fazla karşılaşabilmektedir. Bu nedenle, afet yönetimi ve çevresel güvenlik arasındaki ilişkiye daha fazla önem verilmeye başlanmıştır.

Makalede doğal afetlerden kaynaklanan zararlarda idarenin kusur sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeler yapılmış, idari yargı kararları yorumlanmıştır. Diğer yandan anılan sorunlar nedeniyle, temel haklar bağlamında özellikle yaşam hakkı ve mülkiyet hakkı tartışılmıştır. Bu çerçevede, devletin pozitif yükümlülüğü bağlamında ele alacağımız temel hakların, bundan sonra yargı kararlarında daha fazla yer alması öngörülmektedir. Bu kapsamda, çalışmamızda AİHM ve AYM'nin konuya ilişkin kararları da incelenmiştir.

I. KÜRESEL RİSK ENDEKSİ VE TÜRKİYE'DE DOĞAL AFETLER

Türkiye; deprem, heyelan, sel, çığ gibi birçok doğa kaynaklı afetin yanı sıra jeopolitik konumu nedeniyle beşerî kaynaklı afet diyebileceğimiz, insani krizlerle de sıkça karşı karşıya kalabilen bir ülkedir. İnsani krizlerin ve afetlerin risklerini ölçmek ve sıralayabilmek amacıyla oluşturulan risk yönetimi endeksine göre Türkiye, Küresel Risk Endeksi'nde³ 4.9 (daha

³ “Risk Yönetimi Endeksi, kısaca INFORM, ilk kez 2012 yılında modellenmiştir. Endeks, 191 ülkedeki insani krizleri ve afetlerin risklerini ölçmeyi ve sıralayabilmeyi amaçlamaktadır. INFORM endeksi Kurumlar Arası Risk, Erken Uyarı, Hazırlık Referans Grubu Komitesi ve Avrupa Komisyonu iş birliğiyle hazırlanmaktadır. Birleşmiş Milletlerin birçok ajansı (UNICEF, WFP, UNHCR, OCHA, UNDP, UNFPA gibi) INFORM'un partner kuruluşu olarak ifade edilmektedir. INFORM, insani krizler ve afetler konusunda karar vermeyi desteklemek için bir dizi niceliksel, analitik ürün geliştirmektedir. Bunlar, afet yönetimi döngüsünün farklı aşamalarında, özellikle iklim uyumu ve afet önleme, hazırlık ve müdahale kararlarının alınmasına yardımcı olmaktadır. INFORM, küresel düzeyde kullanım için metodolojiler ve araçlar geliştirmekte ve ayrıca bunların yerel düzeyde uygulanmasını desteklemektedir.”

önce 5.0) endeks puanı ile “yüksek risk” grubundaki ülkeler arasında bulunmaktadır⁴. Doğa kaynaklı afetler bakımından en yüksek riski 9,3 puan ile deprem taşımaktadır. Yerinden edilmiş insanlar, 9,3 risk puanı ile dikkat çeken bir diğer sorun olup, bu durumda iç karışıklıklardan kaçarak Türkiye’ye gelen Suriyelilerin etkisinden söz edilebilmektedir⁵. Ayrıca en yüksek risk puanını taşıyan deprem doğal afetinin de ülkemiz açısından vahim sonuçları acı deneyimlerle yaşanmıştır⁶.

Bu çerçevede, yüksek risk grubunda yer alan ve sık sık yıkıcı afetlerin yaşandığı ülkemizde, afet yönetimine gereken önemin verildiğini söylemek mümkün değildir. Karşı konulması mümkün olmayan ve fakat verdiği zararı azaltmanın mümkün olduğu doğal afetler konusunda, devletlerin ve bireylerin afet yönetimi hakkında bilgili ve hazırlıklı olması gerekmektedir. Doğal afetlerin etkileri, artan nüfus yoğunluğu, sanayileşme ve özellikle kentleşme/yapılaşma ile yakından ilgilidir. Bu çerçevede yıllardır uygulanan siyasi ve ekonomik rant amaçlı, hatalı ve denetimsiz yapılaşma politikalarına dikkat çekmek ve önerilerde bulunmak önem arz etmektedir.

Temel amacı ulusal ve uluslararası düzeyde insani yardım eylemlerinin amaçlarına hizmet etmek olan “Acil Olaylar Veritabanı” (Emergency Events Database - EM-DAT)⁷ afete hazırlık konusunda karar vermeyi rasyonelleştirmenin yanı sıra, güvenlik açığı değerlendirmesi ve öncelik belirleme için nesnel bir temel sağlamayı da hedeflemektedir. Söz konusu veri tabanının raporlarında; acil bir durumun afet olarak nitelendirilebilmesi için; mevcut afette ondan fazla kişinin yaşamını yitirmesi, yüz ya da daha fazla kişinin olaydan etkilenmiş olması ve/veya ilgili devletin olağanüstü hâl bildiriminde veya uluslararası yardım çağrısında bulunması şartlarından en az

Bakış Dergisi, Bursa Sanayicileri ve İş İnsanları Derneği (BUSİAD), 160, 2023/2, s.11.

⁴ <https://www.afad.gov.tr/kurumlar/afad.gov.tr/35429/xfiles/turkiye_de_afetler.pdf>, Erişim tarihi, 2 Ekim 2024, s.3.

⁵ <https://www.afad.gov.tr/kurumlar/afad.gov.tr/35429/xfiles/turkiye_de_afetler.pdf>, Erişim tarihi, 2 Ekim 2024, s.3

⁶ 6 Şubat 2023’te dokuz saat arayla meydana gelen, merkez üsleri sırasıyla Kahramanmaraş’ın Pazarcık ve Ekinözü ilçesi olan, 7,8 M_w ($\pm 0,1$) ve 7,5 M_w büyüklüklerindeki iki deprem sonucunda Türkiye’de resmî sayılara göre 50 binden fazla kişi hayatını kaybetmiş ve 130 binden fazla kişi ise yaralanmıştır. Depremlerin ardından büyüklüğü 6,7 M_w ‘e kadar varan yaklaşık 14.000 artçı sarsıntı gerçekleşmiştir.

⁷ İlk desteğini Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ve Belçika Hükümeti’nden alarak oluşturulan Afet Epidemiyolojisi Araştırma Merkezi (CRED), 1988’de Acil Durum Olayları Veri tabanını (EM-DAT) başlatmıştır.

birinin gerçekleşmesi gerekmektedir⁸. EM-DAT, 1900'den günümüze dünyada yirmi iki binden fazla kitlesel felaketin oluşumu ve etkileri hakkında temel verileri içermektedir. Veritabanı; BM kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, sigorta şirketleri, araştırma enstitüleri ve basın ajansları dahil olmak üzere çeşitli kaynaklardan elde edilen verilerin derlenmesiyle oluşturulmaktadır⁹. Anılan veriler ülkemiz afet yönetimi açısından da yol göstericidir.

Afet yönetimi; afetlerin meydana gelmesinin engellenmesi, meydana gelmesi halinde ise mevcut zararların en aza indirilmesi, afet sonrası oluşan durumlara çabuk ve etkili şekilde müdahale edilmesi, afetzedeler için daha güvenli ortam oluşturulması ve toplumun her kesiminin katılmasıyla birlikte verilen mücadele olarak ifade edilmektedir¹⁰.

Afet yönetiminde uygulanagelen aşamalar; afete anında müdahale, kurtarma, afet sonrasında ise iyileştirme. Ancak yaşanan afetler bu uygulamaların yetersizliğini göz önüne sermiş ve yalnızca afetten sonra değil, afetten önce de hazırlıklı olunması gerektiği anlaşılmıştır. Bu çerçevede ortaya çıkan modern afet yönetimi; geleneksel afet yönetiminin yanında teknolojik ilerlemelerle, verilerin analizini, koordinasyon ve iletişimden de faydalanılmasını içermektedir¹¹.

II. TÜRKİYE'DE AFET YÖNETİMİ

Modern anlamda afet yönetimi; afetin önlenmesi ve zararlarının azaltılabilmesi için afetlerin iyi tanınması, risklerinin bilinmesi, tehlike ve risk gerçekleşmeden evvel gerekli önlemlerin alınması için herkesçe verilen mücadeledir. Bu mücadelede sade bir vatandaşın, tüm kamusal makamlara kadar herkes görevlidir ve sorumluluk sahibidir¹².

Afet, az gelişmiş ya da gelişmekte olan devletleri ekonomik açıdan ve kaynak kaybı sebebiyle diğer ülkelere nazaran daha çok etkilemektedir. Meydana gelen bu kaynak kaybı halihazırda zor durumda olan devletleri

⁸ Nur Sinem Partigöç, "Afet Risk Yönetiminde Yapay Zekâ Kullanımının Rolü", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 15(4), 2022, s.402.

⁹ <<https://www.emdat.be/>>, Erişim tarihi, 30 Eylül 2024.

¹⁰ Gülcan Azimli Çilingir, "Türkiye'de Afet Yönetimi ve İdarenin Sorumluluğu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s.32.

¹¹ Özlem Tümer, "Doğal Afetlerde Afet Yönetimi ve Risk Azaltmada Yerel Yönetimlerin Rolü", *Fiscaoeconomia*, 8(3), 2024, s.1509.

¹² Tevfik Erkal/ Mehmet Değerliyurt, "Türkiye'de Afet Yönetimi", *Doğu Coğrafya Dergisi*, 14(22), 2009, s.153.

afetlere karşı daha savunmasız hale getirmektedir. Bu açıdan özellikle bu gibi ülkelerde afet risklerini azaltmaya yönelik çalışmaların yapılması daha fazla önem arz etmektedir¹³. 6 Şubat 2023 tarihli Maraş merkezli depremdeki doğrudan fiziksel hasarlara odaklanan Küresel Hızlı Afet Sonrası Hasar Tahmini (GRADE) Raporunda, 1,25 milyon kişinin orta ile şiddetli hasar veya binanın tamamen çökmesi nedeniyle geçici olarak evsiz kaldığı öngörülmüştür. Raporda ayrıca tahmini hasarların %81'inin yaklaşık 6,45 milyon kişinin (Türkiye'nin toplam nüfusunun yaklaşık %7,4'ü) yaşadığı Hatay, Kahramanmaraş, Gaziantep, Malatya ve Adıyaman illerinde meydana geldiği vurgulanmıştır¹⁴.

Afetlerin yönetilmesinde hangi aşamaların olduğu literatürde belirtilmektedir. Bunlar; afetten önce, afetin olduğu esnada ve afet sonrası olmak üzere üç aşamaya ayrılabilceği gibi; zarar azaltma, önceden hazırlık, kurtarma ve ilk yardım, iyileştirme ve yeniden yapım aşamaları olarak da farklı bir bakış açısı ile ayrıma tabi tutulmaktadır¹⁵. Afet yönetimine uluslararası yaklaşımda, afet öncesi risk azaltmaya özellikle öncelik verildiği anlaşılmaktadır¹⁶. Ancak ülkemizde bu yaklaşımın uygulamaya geçirilemediğini, kurumsal ve yasal düzenlemelerle kamusal faaliyetlerin, kamu hizmetini alanların hak ve menfaatlerini gözetecek şekilde kamu politikasına dönüştürülemediğini görmekteyiz.

A. Yasal ve Kurumsal Yapı

Ülkemizde doğal afetlerle ilgili yasal düzenlemelerin ve kurumsal yapılanmanın etkili ve yeterli olup olmadığı hususu, genellikle büyük afetler sonrasında tartışılmaktadır. Diğer yandan ise doğal afet meydana geldikten sonra gerekecek acil yardımlar için kalıcı olamayan çözümlere odaklanılmaktadır. Ancak çok net olarak anlaşılmıştır ki, yürürlüğe giren hukuki düzenlemeler ve harekete geçirilmesi gereken kurumlar sistematik olarak belirlense de ortaya çıkan sorunların acil olarak çözülmesi mümkün

¹³ Gülcan Çilingir Azimli/ İlke Örcen Güler, "Afet Politikalarında Risk unsuru ve Afet Mevzuatında Risk Yönetimi", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 3(1), 2020, s.154.

¹⁴ <<https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2023/02/27/earthquake-damage-in-turkiye-estimated-to-exceed-34-billion-world-bank-disaster-assessment-report>>, Erişim tarihi 30 Eylül 2024.

¹⁵ Hayriye Şengün, "Afet Yönetimi Sistemi ve Marmara Depremi Sonrasında Yaşanan Sorunlar", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s.161.

¹⁶ Bülent Özmen/Tolga Özden, "Türkiye'nin Afet Yönetim Sistemine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme" *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 49, 2013, s.6.

olamamaktadır. Meydana gelen her doğal afet sonrasında, güncel problemlere yüzeysel çözüm getirmeye çalışan kamu kurumları, akılcı ve kalıcı kamu hizmeti getirmekte zorlanmışlardır. Bu sebeple de yaşanan her yeni doğal afet, yeni hukuki düzenlemelerin ve kurumların ortaya çıkmasına neden olmuştur¹⁷. Sonuç olarak, mevzuatta bir eksiklik olmadığı, uygulamada kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin sorunların yaşandığı hususu dikkat çekicidir.

Mevzuatımızda afet yönetimi ile ilgili olarak 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun ile 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun¹⁸ önemli bir yer tutmaktadır. Deprem (yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman¹⁹ ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirlerle yapılacak yardımlar hakkındaki 7269 sayılı Kanun, doğrudan afetler sebebiyle kamu kurumlarının yetki ve görevlerini düzenlemektedir.

Öte yandan, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 3. maddesinde; herhangi bir sahanın, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılmayacağı; 9. maddesinde; Bakanlığın imar planı yapma ve onaylama yetkisi düzenlenmiş bunlardan birinin de gerekli görülen hallerde, umumi hayata müessir afetler dolayısıyla yapılması gereken planlar olduğu; 21. maddesinde; istisnalar dışında yapı ruhsatiyesi alınmasının mecburi olduğu, 28. maddesinde; fenni mesullerin ve yapı müteahhitliğinin görev ve sorumluluklarını; 30. maddesinde; yapı kullanma izin belgesi alınması zorunluluğu ve sorumlulukların neler olduğu; 32. maddesinde; ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapıların belediye veya valilikçe durum tespiti yapılarak mühürlenip yıktırılabilceği yönünde

¹⁷ Oktay Ergünay, "Afet Yönetiminde Kurumsal Yapılanma ve Mevzuat Nedir? Nasıl Olmalıdır?", *İstanbul Depremini Beklerken Sorunlar ve Çözümler Bildiriler Kitabı*, 20 Eylül 2008 CHP İstanbul Deprem Sempozyumu, 2008, s.97.

¹⁸ 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da afet, acil durumlar ve sivil savunmaya ilişkin hizmetlerin ülke çapında etkili bir şekilde yürütülebilmesi için gereken tedbirlerin alınması ve olaylar meydana gelmeden önce hazırlık ve zarar azaltma, olay esnasında yapılacak müdahale ve sonrasında gerçekleştirilecek iyileştirme çalışmalarını yürüten kurum ve kuruluşlar arası koordinasyonun sağlanması ve gerekli politikaların üretilmesi ve bunların uygulanmasını sağlamak amaç olarak belirlenmiştir.

¹⁹ Yer altı madenciliğinin önemli sorunlarından bir olan tasman, yeraltından cevherin çıkarılması ile oluşan boşluğun üzerinde tabakaların göçmesiyle zemin içi ve yeryüzünde oluşan üç boyutlu deformasyon etkisidir.

düzenlemelere yer verilmiştir.

7269 sayılı Kanun Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na pek çok görev ve sorumluluk yüklemiştir. Bahse konu kanun ile bakanlık; bir afet meydana geldiğinde bu afetin genel hayata etkili olup olmadığını belirlemekle, Cumhurbaşkanınca belirlenecek afete maruz bölgelerde yeniden yapılacak, değiştirilecek, tamir görececek yapıların tabi olacağı teknik şartları tespit etmekle yükümlü kılınmıştır.

4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK)'nın 792/İ maddesiyle bakanlığın bağlı kuruluşu olarak; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde kentsel dönüşüm uygulamalarını yürütmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli Kentsel Dönüşüm Başkanlığı kurulmuştur. Bu başkanlık söz konusu CBK 792/S maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı kararı ile şirket kurabilecek ya da kurulmuş şirketlere ortak olabilecektir.

7269 sayılı Kanuna dayanılarak 24.02.2022'de "Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği" çıkarılmıştır. Yönetmeliğe göre; afet ve acil durum müdahale hizmetleri hazırlık, müdahale ve ön iyileştirme çalışmalarını kapsayacak şekilde planlanacaktır. Planlama yapılırken hizmetler tam ve eksiksiz olarak yürütülecek, hizmet bütünlüğü korunacak ve hizmetler arası etkileşim dikkate alınacaktır. Planlama; afetlere müdahale esnasında karşılaşılabilecek riskler, olması muhtemel afet türleri ve yaşanabilecek en kötü koşullar dikkate alınarak oluşturulacak varsayımlara göre yapılacaktır. Planlama çalışmalarında gelişen teknoloji ve edinilen tecrübeler de dikkate alınacaktır.

Yönetmelikteki en önemli hususlardan biri de "Türkiye Afet Müdahale Planı"na (TAMP)²⁰ yer verilmesidir. Bahse konu planın afet öncesi, sırası ve sonrasında yapılacak müdahalelerin temel prensiplerini içerdiği belirtilmektedir. Planda afet ve acil durumlar sırasında müdahalede bulunacak grupların ve koordinasyon birimlerinin görev ve sorumlulukları da yer alacaktır. Yönetmeliğin 14. maddesinde afet ve acil durumlara hazırlığın idarece nasıl yapılması gerektiği açıklanmıştır. Müdahalede bulunacak bakanlıkların, kurum ve kuruluşların, AFAD ile koordine bir şekilde hazırlıklarını sürdüreceği

²⁰ Türkiye Afet Yönetim Planı (TAMP), Türkiye'de yaşanabilecek her tür ve ölçekteki afet ve acil durumlara etkin müdahale için görev alacak, kamu kurumları, özel sektör, sivil toplum kuruluşları ve gerçek kişileri kapsamaktadır. Entegre planlama yaklaşımı ve modüler yapısıyla afet sırasındaki operasyon risklerini en aza indirecek bir sistemi içermektedir.

ve yeterli sayıda personeli görevlendireceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin 22. maddesinde kurumlara verilen sorumluluklar açıkça sıralanmıştır. Hangi kurumun hangi konuda hazırlık yürüteceği belirtilmiştir. Ayrıca AFAD'ın görev ve sorumlulukları tek tek açıklanmıştır.

Diğer yandan TAMP'da yerel düzeyde afetlere müdahale açısından belediyelere verilen yetkilerin artırılmasının daha faydalı olacağı belirtilmiştir. Yaşanması muhtemel olayların sıralanması, yerel idarelerin, AFAD'ın koordinasyonunda arama kurtarma operasyonlarındaki görevlerinin artırılması uygun olacaktır. Bu anlamda edinilen tecrübeler doğrultusunda AFAD'ın afetlere müdahale sırasında denetleyici ve düzenleyici kurum niteliğine sahip olması beklenmektedir²¹.

6 Şubat depremlerinden sonra 21.03.2023 tarihinde “Afet Yeniden İmar Fonunun Kurulması Hakkında Kanun” kabul edilmiştir. Bahse konu fon; meydana gelen depremler sonrasında afet bölgelerinde yapılacak iyileştirmeler için kullanılacak kaynakların sağlanması ve yönetilmesi amacıyla Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlı olarak kurulmuştur. Fon, afet yönetimi sırasında kriz yönetiminden, iyileştirme aşamasına geçişi kolaylaştırmayı amaçlamaktadır²². Afet Yeniden İmar Fonunun Yapısı ve İşleyişi Hakkında Yönetmelik'e göre fon, kamu tüzel kişiliğini haizdir. Fonun yönetim kurulu; Hazine ve Maliye Bakanı başkanlığında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, Tarım ve Orman Bakanı, İç İşleri Bakanı, Ulaştırma ve Altyapı Bakanı ile Strateji ve Bütçe Başkanından oluşur²³.

Türk afet yönetimi sistemi mevzuat açısından yeterli düzeyde olup, afet mevzuatının genel olarak afet sonrasındaki krize müdahaleye odaklandığı görülmektedir²⁴. Ancak meydana gelen Maraş depremi ile net bir şekilde kamu kurumlarının yetkilerini kullanma açısından sorun olduğu anlaşılmıştır. Kurumlar üzerlerine düşen görevleri yerine getirememiş, kurumlar koordine olamamış, yeterli personel bulunamamış, özellikle saatlerin ve hatta dakikaların önemli olduğu arama kurtarma ve ilk yardım faaliyetleri açısından geç kalınmıştır. Afet yönetiminin ilk aşamasında afetlerin tanımlanması ve

²¹ Cafer Yılmaz, “Yerel Yönetimlerin Afet ve Acil Durum Yönetimindeki Yeri: Gaziantep Büyükşehir Belediyesi Örneği”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 23(3), 2024, s.1210.

²² Öznur Akduman, “Türk Afet Mevzuatının Bütünleşik Afet Yönetimi Açısından İncelenmesi”, *İdealkent*, 16(45), 2024, s. 1771.

²³ RG Tarih: 02.02.2024, RG Sayısı: 32448.

²⁴ Akduman, s.1773.

risklerinin belirlenmesi, bu doğrultuda meydana gelebilecek afet sonrasında ne gibi zararların oluşabileceğinin ortaya koyulması açısından önem teşkil etmektedir²⁵.

Bu kapsamda afet yönetiminde yürürlükteki mevzuat ve hazırlanan eylem planlarında ilgili kamu kurumlarının hangi sorumlulukları olduğu açıkça yer almaktadır. İlgili kamu kurumlarının bu kapsamda görevlerini yerine getirmesi ve afet meydana gelmeden önce hazırlık yapması, ilgili kamu kurumları ile koordinasyonu sağlaması, sonrasında ise gerekli ilk yardım ve kurtarma çalışmalarını yürütmesi gerektiği çok açıktır. Diğer taraftan afet meydana geldiğinde büyük hasarın meydana gelmesini önleyecek şekilde afete dirençli kentler²⁶ oluşturulması en önemli afet politikasıdır. Aktif bir afet yönetimi için; sistemin iyi işlemesine yönelik kurumsal yapılanmanın ve faaliyet kapasitesinin hem merkezi hem de yerel düzeyde önem verilmesi gereken konuların başında geldiği kabul edilmektedir²⁷. Bunun yanı sıra afet yönetimi için yalnızca afet sonrası müdahale yeterli olmamakta, afet öncesinde alınacak önlemler ile afet zararlarının azaltılması için hazırlık, müdahale ve iyileştirme aşamalarının da tüm olarak uygulanması gerekmektedir²⁸. Bu hususta bir deprem ülkesi olan Japonya'nın aldığı önlemler rehber niteliğindedir. Japonya afetlerin önlenmesinde afet öncesi tahmin ve haber alma sistemini benimsemiştir. Ülkede okyanus tabanında sismik uyarı sistemi kurulmuştur ve bu sayede meydana gelebilecek şok dalgaları öncesinde ülke haberdar olmuş ve her yıl yaşanması muhtemel depremlerde binlerce kişinin yaşamı kurtulmuştur²⁹. Esasen her ülkenin afet yönetimi, geçmişinde yaşadığı afetleri göz önünde bulundurarak önlem alması sonucunda farklı şekilde gelişmektedir³⁰.

Yaşadığımız yıkıcı depremler dikkate alınarak, hazırlanacak erken uyarı sistemleri ve risk haritaları da afet bölgelerinin afet için daha hazırlıklı

²⁵ Çilingir Azimli/ Örçen Güler, s.154.

²⁶ Dirençli kent, gelecekte meydana gelebilecek çevresel, ekonomik, kamusal veya sosyal kaynaklı şoklar karşısında sistemlerini olumlu yönde dönüştürebilen, şokları bertaraf edebilen, bunlara önceden hazırlıklı olan ve olumsuz koşulların üstesinden gelebilme becerisine sahip kentler olarak tanımlanmıştır. <[https://www.oecd.org /en/topics/climate-and-resilience-in-cities.html](https://www.oecd.org/en/topics/climate-and-resilience-in-cities.html)>, Erişim tarihi 17 Kasım 2024.

²⁷ Partigöç, s.402.

²⁸ Akduman, s.1773.

²⁹ Erkal/Değerliyurt, s.155.

³⁰ Erkal/ Değerliyurt, s.153.

olmasını sağlayacaktır³¹. Ülkemiz açısından karar alacak ve uygulayacak makamların maalesef merkeziyetçi ve hiyerarşik bir yapı içerisinde olması, yerel yönetimlerin afet yönetiminde aktif olarak yer almaması önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonuç olarak, merkezi idare ile yerel yönetimler arasında gerekli ve yeterli koordinasyon ve iş birliğinin sağlanması zorunludur.

Ülkemizde afet yönetimi kültürünün oluşturulması açısından halkın bilinçlendirilmesi de önem arz etmektedir. Bu nedenle, afet zararlarının azaltılması ve afetlere karşı daha hazırlıklı olunması için sistematik, planlı ve sürekli şekilde halk eğitimi programları yapılmalıdır. Toplumda mevcut olmayan zarar azaltma kültürünün oluşması için bu husus elzemdir³².

Diğer yandan afet yönetimiyle ilgili görevli personelin sık sık yer değiştirmesi sebebiyle buldukları bölgelerin afet profiline, risklerine ve afet müdahale planlarına hâkim olmamaları da sorun teşkil etmektedir. Yeni yasa ve alt düzenlemelerin çıkarılması afet kaynaklı zararların azaltılması için yeterli değildir. Bu çerçevede, görev ve yetki verilen kamu kurumlarının bahse konu bu görevleri yerine getirebilmeleri için daha fazla mali kaynağa da ihtiyaçları bulunmaktadır.

Esasen mevzuatımız genellikle afet sonrasında neler yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak doğal afetleri engelleyecek ve zararlarını en aza indirecek hukuki düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Zira, kimi doğal afetleri engellemek mümkün değilse de etkilerini en aza indirmek ve hasarı en aza indirmek mümkündür. Örneğin iklim krizi nedeniyle ortaya çıkabilecek doğal afetler bilim çevrelerince ortaya konulmakta ve nasıl engellenmesi gerektiğine ilişkin tedbirler ifade edilmektedir. Bu nedenle modern afet yönetimine uymayan, yalnızca afet sonrası faaliyetleri kapsayan mevzuat yerine, afet öncesi risk ve tehlikeleri azaltmaya yönelik tedbirleri içeren bir mevzuat elzemdir³³. Ancak, ülkemiz afet yönetiminde genel politika, afet gerçekleşikten sonra meydana gelen zararların devletçe karşılanması ve acil olarak yaraların sarılmasıdır. Afetzedeler zararlarının devletçe karşılanmasını bekledikleri için bu aşamada yerel yönetimlerin ve halkın katılımı sınırlanmaktadır. Afet yönetiminde merkezi idarenin tek

³¹ Çilingir Azimli/Örçen Güler, s.156.

³² Ergünay, s.102.

³³ Gonca Kozanoğlu, *Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2020, s.105.

zarar karşılayıcı olması anlayışından ziyade halkın, yerel yönetimlerin ve sivil toplum kuruluşlarının da katılımının teşvik edilmesi gerekmektedir³⁴. Bu çerçevede AKUT, AHBAP gibi sivil toplum örgütleri ülkemizdeki bütün depremlerde halkın yaralarını sarmak için gönüllü olarak çok büyük başarılarla imza atmışlardır.

B. Afet Yönetimi ve Mekânsal Planlama

Ülkemizdeki afet yönetiminin eksikliklerinden biri de mekânsal planların hazırlanması öncesinde bölgesel olarak afet riskleri ve tehlikelerini belirten haritaların uygun şekilde hazırlanmamasıdır. Bu haritalar hazırlanmadığı sürece bölgesel olarak hangi arazinin ne şekilde kullanılması gerektiği bilinmeyecek olduğu için afet riski artmaktadır. Yerel yönetimlerin bahse konu bu tip haritaların hazırlanmasında ve yerel açıdan zarar azaltıcı başka politikaların belirlenmesi ve uygulanmasında etkin rol oynaması gerektiği açıktır³⁵.

Mekânsal planların³⁶ hazırlanması hususunda en yetkili kurum Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı bünyesinde yer alan Mekânsal Planlama Genel Müdürlüğü'dür. 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 102. maddesi ile bu genel müdürlüğe yerleşme, yapılaşma ve arazi kullanımına yön veren, her tür ve ölçekte fiziki planlara ve uygulamalara esas teşkil eden üst ölçekli mekânsal strateji planlarını ve çevre düzeni planlarını ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yaparak hazırlamak, hazırlatmak, onaylamak ve uygulamanın bu stratejilere göre yürütülmesini sağlamak ve özellikle afet yönetimi ile ilgili olarak risk yönetimi ve sakinim planlarının³⁷ yapılmasına ve onaylanmasına ilişkin kuralları belirlemek ve izlemek, plana esas jeolojik ve jeoteknik etütleri yapmak, yaptırmak ve onaylamak görevleri verilmiştir.

³⁴ Ergünay, s.101.

³⁵ Ergünay, s.102.

³⁶ 3194 sayılı İmar Kanunu madde 6/1: Mekânsal planlar, kapsadıkları alan ve amaçları açısından Mekânsal Strateji Planlarına uygun olarak; "Çevre Düzeni Planları" ve "İmar Planları" kademelerinden oluşur. İmar planları ise nazım imar planı ve uygulama imar planı olarak hazırlanır. Her plan bir üst kademedeki plana uygun olarak hazırlanır.

³⁷ Sakinim planları doğrudan afet yönetimi ile ilgili olup mevzuatımızda henüz düzenlenmemiştir. Sakinim planlaması; fiziki-ekonomik-sosyal bütünlüğün öngördüğü karar ortamını sağlamak üzere kabul edilen bir planlama çeşididir. Bu planlamanın amacı kaynakları ve can-mal varlığını tehlikelerden sakınmaktır. Sakinim planlaması, bir imar ya da arazi planlaması değildir ve mevzuatımızda düzenlenmesi önem arz etmektedir. Bu konuda bkz: Murat Balamir, "Afet Politikası, Risk ve Planlama", *TMMOB Afet Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, TMMOB Yayınları, 2007, s.36.

Amacı; fiziki, doğal, tarihi ve kültürel değerleri korumak ve geliştirmek, koruma ve kullanma dengesini sağlamak, ülke, bölge ve şehir düzeyinde sürdürülebilir kalkınmayı desteklemek, yaşam kalitesi yüksek, sağlıklı ve güvenli çevreler oluşturmak üzere hazırlanan arazi kullanım ve yapılaşma kararları getiren mekânsal planların yapımına ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek olan “Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği”ne 6 Şubat depremlerinden sonra 2024 yılının Haziran ayında afet yönetimine ilişkin önemli hükümler eklenmiştir.

Yönetmelik’in Genel Planlama Esasları başlıklı 7. maddesinde, yönetmeliğe göre hazırlanacak her tür ölçekteki mekânsal planların hazırlanma ilke ve esasları belirtilmiş, 1. fıkranın (ğ) bendine göre planlarda; doğa kaynaklı deprem, sel/taşkın, kütle hareketi (heyelan, çığ, kaya düşmesi, obruk, vb.), tsunami, yangın gibi afetler ile insan ve teknoloji kaynaklı endüstriyel/kimyasal kazalar, kitlesel göç vb. tehlikelere yönelik olarak; ilgili kurum ve kuruluşlarca üretilen bilgi, belge, analiz, etüt ve haritalar, jeolojik ve hidrolojik yapıya ilişkin bilgiler, doğa kaynaklı veriler, varsa iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine ilişkin etkilenebilirlik ve risk analizleri, meteorolojik verilerin ve bulguların analizleri ve il afet risk azaltma planlarında öngörülen öneri ve önlemlerin esas alınması sağlanmalıdır. 8. maddenin 10. fıkrasında; deprem, sel/taşkın, kütle hareketi (heyelan, çığ, kaya düşmesi, obruk ve benzeri), tsunami, yangın ve benzeri gibi doğal afet tehlikeleri ve iklim değişikliği kaynaklı riskler ile insan kaynaklı kitlesel göç, endüstriyel/kimyasal kazalar ve benzeri gibi diğer kentsel risklerin yüksek olduğu yerleşmeler veya yapıları kentsel çevre için gerekli görülmesi halinde kentsel risk analizleri veya afetlerden sakınım planlaması çalışmaları yapılması öngörülmüştür. Buna göre; afet, iklim değişikliği veya meteorolojik olay kaynaklı tehlikeler ve riskler ile diğer kentsel tehlike ve riskler için yapılmış risk azaltıcı tedbirler, il afet riski azaltma planlarındaki önlem ve öneriler riskin niteliğine göre plan kararlarında ve/veya plan notlarında, plan açıklama raporunda esas alınır.

Ayrıca, mekânsal strateji planlarında deprem, sel/taşkın, kütle hareketi (heyelan, çığ, kaya düşmesi, obruk ve benzeri), tsunami, yangın ve benzeri doğal afet zararlarının; iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine ilişkin etkilenebilirlik ve risk analizleri gibi kentsel tehlike ve risklerin; insan ve teknoloji kaynaklı veya endüstriyel/kimyasal kaza risklerinin; il afet riski azaltma planlarındaki önlemlerin; varsa kitlesel göç risklerinin ve benzerlerinin analiz edilerek risk yönetiminin ve sakınım planlarının tanımlanması ve bunlara ilişkin önlemlerin stratejik düzeyde yansıtılması zorunludur. (Yönetmelik madde 14/1-b)

Bunun yanı sıra çevre düzeni planları hazırlanırken afet tehlike ve risklerinin azaltılmasına ilişkin mevcut raporlar ve jeolojik etütlerin, iklim değişikliğine ilişkin etkilenebilirlik ve risk analizlerinin, meteorolojik verilerin plan kararlarında esas alınması gerekir (Yönetmelik madde 19/1-h). Yine aynı şekilde çevre düzeni planlarının hazırlanması sürecinde planlama alanı sınırları kapsamında diğer hususların yanı sıra deprem, sel/taşkın, kütle hareketi (heyelan, çığ, kaya düşmesi, obruk vb.), tsunami ve benzeri gibi doğal afet tehlikesi altındaki yerleşime uygun olmayan alanlar ile afete maruz bölgeler, ilgili kurumlarca belirlenmiş olan diri/aktif fay hatları, varsa endüstriyel/kimyasal kaza riski taşıyan alanlar, kitlesel göçe konu olabilecek yerler, yangın tehlikesi altındaki alanlar, iklim değişikliğinin ve meteorolojik olayların olumsuz etkilerine maruz alanlar konusunda ilgili kurum ve kuruluşlardan veriler elde edilir; bu veriler kapsamında analiz, etüt ve araştırmalar yapılır (Yönetmelik madde 19/2-i)

İmar planı ilkeleri başlıklı 21. maddeye göre; insan sağlığı ve güvenliği üzerinde doğrudan veya dolaylı olumsuz etkileri olan enerji nakil hatları, dere koruma kuşakları, taşkın risk alanları, deprem, kütle hareketi (heyelan, çığ, kaya düşmesi, obruk vb.) gibi afet tehlikesi altındaki alanlar, endüstriyel kaza veya kitlesel yangın riski taşıyan alanlar, aktif fay zonları için belirlenen fay sakinim zonları/tampon bölgeler ve benzeri alanlara ilişkin kurum ve kuruluş görüşleri ile bunlar için alınması gereken önlemler imar planı kararlarına, plan notlarına, plan açıklama raporlarına yansıtılır. İmar planlarında afet ve acil durumlarda ihtiyaç duyulabilecek açık alan, yol ve diğer mekânsal ihtiyaçlar gözetilir.

Planların hazırlanması sürecinde yerleşilebilir alanların belirlenmesi amacıyla, kurum ve kuruluşlardan alana ilişkin toplanan doğal ve fiziki bilgilerin alana özgü yapılan etütler ile diğer tüm veriler birlikte değerlendirilmek suretiyle, gerek duyulan ölçeklerde halihazır haritalar üzerinde üst üste çakıştırılması ile eşik analizi hazırlanır. Eşik analizinde; topografik, jeoloji-jeoteknik, hidrojeolojik yapı özellikleri ile arazi kullanımı, tarım ve orman alanları, içme suyu havzaları, sit ve diğer koruma alanları, hassas alanlar, kıyı, altyapı, doğal ve fiziki veriler ile afet tehlikeleri analiz edilerek bir arada değerlendirilir. İmar planlarının hazırlanması sürecinde eşik analizinin yapılması zorunlu olup, plan kararlarının oluşturulmasında temel plan altlığı olarak kullanılır. (Yönetmelik madde 23)

Nazım imar planları ve uygulama imar planları hazırlanırken planlama alanı sınırları kapsamında diğer hususların yanında deprem, sel/taşkın, kütle

hareketi (heyelan, çığ, kaya düşmesi, obruk ve benzeri), tsunami ve benzeri gibi afet tehlikesi altındaki yerleşime uygun olmayan alanlar, afet duyarlılık ve tehlike derecesi yüksek olan alanlar ile afete maruz bölgeler, aktif/diri fay hatları için belirlenen fay sakinim zonları/tampon bölgeler, yangın, kitlesel göçler, varsa endüstriyel/kimyasal kazalar gibi kentsel risklere ilişkin risk yönetimi ve sakinim planları, varsa iklim değişikliğinden etkilenebilirlik ve risk analizleri, meteorolojik parametrelerin analizleri, etüt ve araştırmalar yapılıdır. (Yönetmelik madde 23/6-d, Yönetmelik madde 24/10-i)

Koruma amaçlı imar planlarının hazırlanması aşamasında tespit edilen sorunların çözümü ve tarihi, kültürel, doğal çevrenin yaşanabilir ve sürdürülebilir biçimde korunabilmesi için alana özgü stratejiler ile gerektiğinde tescilli kültür varlıkları ile sit alanları içindeki faaliyetlerin ve yapı stokunun deprem, sel baskını, heyelan, yangın, kaya düşmesi vb. afetlere karşı daha dayanıklı ve güvenli hale getirileceğine ilişkin hedefler, stratejiler ve uygulama esasları belirlenir. (Yönetmelik madde 27/1-c)

Bütünleşik kıyı alanları planlarının hazırlanması sürecinde ise diğer hususların yanı sıra afet tehlikeleri (deprem, sel, heyelan, kaya düşmesi, su baskınları, tsunami, vb.) konusunda ilgili kurum ve kuruluşlardan veriler elde edilir. Bu veriler kapsamında deniz, akarsu, göl, gölet ve kara tarafındaki etkileşim bölgelerine ilişkin analiz, etüt ve araştırmalar yapılıdır. (Yönetmelik madde 29/2-b)

Afetler açısından önem arz eden imar planlarının belediyelerin inisiyatifine göre hazırlanması, doğal afetlerin tehlike ve risklerinin göz önünde bulundurulmaması da ülkemizde afet yönetimi açısından sorun teşkil etmektedir. İmar mevzuatı gereğince teknik personel tarafından denetlenmesi gereken bu binaların kanuna uygun şekilde denetlenmemesi, deprem bölgesi olan ülkemizde meydana gelen depremlerde daha fazla can ve mal kaybına sebebiyet vermektedir³⁸.

Bunun yanı sıra, inşa edilecek yapıların hem yapım öncesinde hem de yapım sırasında hukuka uygun şekilde idarece denetlenmesi gerekmektedir. Mevzuatla öngörülmüş denetim yükümlülüğüne, yerel yönetimlerce göz yumulması, yönetmeliklerin göz ardı edilmesi afet sonrasında çok fazla can ve mal kaybı yaşanmasına sebep olmuştur. İdarenin temel görevlerinden olan denetim hususunda donanımlı ve yeterli personele sahip olmaması yapı

³⁸ Ergünay, s.100.

denetimi açısından sorun teşkil etmektedir³⁹.

İmar düzenlemeleri hususunda merkezi idarenin, yerel yönetimler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki yetkisi tam olarak kullanılamamaktadır. Deprem nedeniyle can ve mal kayıplarının çok fazla olmasının nedeni; kaçak inşaatların yapılması, kaçak katların veya bölümlerin eklenmesi ve bu konuda devletin denetim yetkisini yeterince kullanmamasıdır⁴⁰.

AYM, 1999 depreminden sonra vermiş olduğu bir kararda yapı denetim şirketleri ile ilgili olarak; *“İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir.”*⁴¹ hükmünü kurmuştur. Bu gerekçeler ışığında yapı denetim şirketlerinin yaptıkları işlemlerin anayasaya aykırı olmadığı belirlenmiştir. Ancak idarenin bu karar doğrultusunda binalar hakkında yapı denetim şirketlerinden yalnızca yardım alması beklenirken idare; denetim yetkisini deyim yerindeyse tamamen bu yapı denetim şirketlerine devretmiştir. İdarenin asli ve sürekli görevi olan denetim görevini özel şirketlere uygulamada devretmesi hukuka aykırıdır.

Bu çerçevede, yapı denetimi ile ruhsat ilişkisini iyi kurmak gerekmektedir. Bilindiği üzere yapı denetimi; idarenin yaptırım gücü sebebiyle yerine getirmek zorunda olduğu kolluk faaliyetleri kapsamındadır. Ruhsat ise yapılan denetimin mevzuata uygun olduğunu gösteren bir izin belgesidir ve denetimden ayrı düşünülmesine olanak bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesine göre; devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ile diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Bu çerçevede kolluk faaliyetleri içinde yer alması nedeniyle yapı denetimi ve bunun sonucu

³⁹ Ergünay, s.102.

⁴⁰ Âdem Esen, “Afet Zararlarının Azaltılması Bağlamında Avrupa Konseyinin Türkiye’de Yerel Yönetimler Hakkındaki İzleme Komitesi Raporu Üzerine Düşünceler”, *Avrasya Dosyası*, 15(1), 2024, s.12.

⁴¹ AYM, E.2001/377, K.2002/59, KT. 26.06.2002, RG. Tarih/Sayı 09.11.2002/24931, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

olan ruhsat verme yetkisinin özel kişilere devredilmesi durumunda; devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bu kamu hizmetini, ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütmesi gerektiği hükmüne aykırı düşmektedir.

Dava konusu düzenlemeyle idarenin 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre yapı denetim yetkisi halen sürmekte ise de bu hizmetin özel kişilere gördürülmesi, Anayasanın 128. maddesine aykırıdır. Zira yapı denetimine ilişkin özel kurallar getiren söz konusu yönetmelik hükmü ile İmar Kanunu'nun ilgili kuralları çatışmaktadır.

Görüldüğü üzere, doğrudan idare tarafından yürütülmesi gereken denetimlerin özel kişilere devri sebebiyle doğal afet zararları doğmaya devam etmiş, idarenin sorumluluğu gün geçtikçe artmıştır. Yapı denetim firmalarına devredilen binaların denetimi gereğince yapılamamış ve maddi manevi zarar meydana gelmiştir. 1999 depreminden sonra kimi iyileştirme çalışmaları yapılmış ve pek çok yeni düzenleme yürürlüğe girmiştir. Bu açıdan ilgili kamu kurumlarının (idarenin) yetki ve görevlerinde artış olmuştur. Ancak bu tarihten itibaren 2011 Van, 2020 Elâzığ, 2020 Ege Denizi ve 2023 Kahramanmaraş Depremleri olmuş ve iyileştirmeleri içeren bu mevzuatın çözüm getiremediği görülmüştür. 1999 Depreminden sonra geçen yirmi dört yılda ülkemizde afet yönetimi adına olumlu bir gelişmenin yaşandığını söylemek mümkün değildir. 1 Ocak 2024'te Japonya'da, ülkemizde 2023 yılında yaşanan deprem ile aynı büyüklükte (7.6) meydana gelen depremde sadece iki yüze yakın kişi hayatını kaybetmiş, çok az maddi zarar yaşanmıştır⁴². Bir deprem ülkesi olan Japonya, hazırlıklı davrandığı ve halkını bilinçlendirdiği için bu denli büyük bir depremi çok az maddi ve manevi zararlarla atlattır.

Sonuç olarak, mevzuattan kaynaklanan görev ve sorumluluğun yerine getirilip getirilmediğinin tespiti idarenin denetim görevini yerine getirmesi ile mümkün olacaktır⁴³. Bu açıdan örneğin imar planına ya da deprem yönetmeliğine uygun olmayan yapıların inşasına izin verilmesi halinde idare denetim görevini yerine getirerek yaptırım uygulama yetkisini kullanmak zorundadır. Aksi takdirde yaşam hakkını korumak ve devamını sürdürmekle pozitif olarak yükümlü olan idarenin sorumluluğuna gidilmesi kaçınılmaz olacaktır.

⁴² <<https://www.bbc.com/turkce/articles/cqq19e39p9xo>>, Erişim tarihi 12 Kasım 2024.

⁴³ Süheyla Suzan Gökalp, "Çevre Sorunları, Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu", *Memleket Siyaset Yönetim* (MSY), 17(38), 2022, s.296.

Danıştay'ın bu hususta verdiği kararlarda⁴⁴; yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı, imar planları ve inşaat ruhsatlarının hangi idarelerce verildiği, yapıların imar açısından denetlenmesi hususu özellikle aranmaktadır. Yüksek Mahkeme ayrıca, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı ve ikamet için yasaklanmış afet bölgelerinin tespit ve ilan edilip edilmediğini, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini, projelendirme esaslarının ülkenin deprem haritalarını hazırlamak konusunda idarelerin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediğini, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığını irdelemekte ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığını araştırmaktadır.

Bu çerçevede vurgulanması gereken husus; idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığı hususunun ortaya konulmasıdır. Sonuç olarak deprem nedeniyle maddi manevi zarar meydana getiren olaylarda ilgili idarelerin hukuki sorumluluklarının ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede depremi bir mücbir sebep olarak görmek ve bu doğrultuda idarenin kusurunun kalkacağını kabul etmek mümkün değildir.

İmar planlarının öneminin vurgulandığı bir Danıştay kararında; “1/5000 ölçekli nazım imar planı açıklama raporuna göre Adana ili, deprem riskleri açısından hassas bir konumdadır. Türkiye'nin deprem bölgelerini gösteren haritada genel olarak ikinci derece deprem bölgesi içinde, kısmen de üçüncü derece deprem bölgesi kuşağında yer aldığından imar planı kararları bu fiili durum gözetilerek belirlenmesi gerekmektedir.”⁴⁵ gerekçesine yer verilmiştir. Söz konusu kararda açıkça vurgulandığı üzere, imar planlarında afet bölgelerinin gözetilmesi ve bu doğrultuda gerekli önlemlerin riskin niteliğine göre plan kararlarında ve/veya plan notlarında, plan açıklama raporunda yer alması gerekir.

C. Afet Yönetimi ve Beş Yıllık Kalkınma Planları

Beş Yıllık Kalkınma Planlarında, afet yönetimi başlığı altında kamu kurumlarına önemli görev ve yetkiler verilmiş, gelecek dönem için ne gibi iyileştirmeler yapılacağı, afet meydana gelmesi ihtimali için hangi önlemlerin alınacağı, afet sonrasında ise arama kurtarma, ilk yardım faaliyetlerinin

⁴⁴ D11D, E.2005/1353, K.2007/6248, KT. 29.06.2007, Karar Yayınlanmamıştır (KY).

⁴⁵ D6D, E.2016/3879, K. 2020/6616, KT. 02.07.2020, KY.

koordinasyonu ile ilgili hedefler belirtilmiştir.

2014 ile 2018 yılları arasını kapsayan Onuncu Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda; "*politikalar*" başlığı altında, akıllı uygulamaların afet yönetiminde kullanılacağı belirtilmiştir. Kentlerde dengeli şehirleşmenin, barınma ihtiyaçlarının karşılanması açısından sağlıklı ve güvenli olarak ilerlemesi gerektiği belirtildikten sonra; afetlere dayanıklı olacak şekilde, çevreye duyarlı yaşam alanlarının inşa edilmesinin tasarlanması gerektiğinden söz edilmiştir. Ülkemizde sık sık meydana gelen afetler için afet yönetiminin geliştirilmesi, afet öncesinde risk azaltma uygulamalarının tehlike ve risk haritaları hazırlanarak imar planları ve yerleşim yerlerinin belirlenmesi açısından önemli olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, afet riski altında bulunan şehirler için altyapının yenileneceği, mekân kalitesinin yükselteceği hükme bağlanmıştır. Planda yer alan "*afet yönetimi*" başlığı altında ise; öncelikle durum analizi yapılmıştır. Durum analizinde; afet sonrası politikalardan ziyade afet öncesinde risk azaltıcı politikaların benimsenmesinin önemli olduğu, afet hususunda görev yapan kurumların arasındaki koordinasyonun sağlanması için il müdürlüklerinin kurulduğu, 2012 yılında Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanunu'nun çıkarıldığı ve bu sayede afetten etkilenmesi muhtemel yapıların mevzuata uygun şekilde düzeltileceği, afetlerde görev yapan kurumlar arasındaki koordinasyonun, STK'lar arasında da sağlanacağı, iletişim ağının güçlendirileceği, geçmiş kalkınma planı döneminde Afet Sigortaları Kanunu'nun çıkartıldığı ve bu Kanun ile afet sebebiyle meydana gelen maddi zararların tazmin edilebileceği, afet öncesi risk azaltmanın ve afet sonrasında iyileştirmenin nasıl yapılacağı ile ilgili kılavuz niteliğinde olan Ulusal Deprem Stratejisi ve Eylem Planı ile Ulusal Afet ve Acil Durum Müdahale Planı hazırlandığı ve son olarak yerel düzeyde de afet yönetiminden sorumlu makamların güçlendirileceği belirtilmiştir⁴⁶.

Onuncu Beş Yıllık Kalkınma Planında afet yönetiminin amaç başlığı altında; kişilerin bilinç düzeylerinin artırılması gerekliliği, sağlam yapılaşmanın önemli olduğu, afet risklerinin belirlenmesi ve alınan önlemler açısından denetimin sıklaştırılacağı belirtilmiştir. Plan, afet esnasında yapılan müdahalelerin etkinliğinin artırılacağını vaat etmiştir. Bu açıdan kendilerine yetki verilen kurumların sorumluluklarının tekrar gözden geçirileceği, afetler açısından önem arz eden imar planlarının hazırlanması açısından ise; afet risklerinin belirlenmesinden sonra imar planlarının hazırlanacağı

⁴⁶ T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Beş Yıllık Kalkınma Planı (2014-2018), 2013, s.140.

belirtilmiştir⁴⁷.

Afet sonrasında ise iyileştirme çalışmalarının hızla yürütülmesi gerektiği, afet sonrası kullanımda olacak hastane, okul, yurt gibi yaşam alanları ve elektrik, su, doğalgaz gibi altyapıların güçlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Amaç ve hedefler kısmında en çok önem verilmesi gereken binaların ve altyapıların afetlere dirençli olarak inşa edilmesi ve bu inşaların denetiminin bağımsız, ehil ve yetkili kişi ve kurumlarca yapılacağı hususu karşımıza çıkmaktadır⁴⁸.

2019-2023 yıllarını kapsayan On Birinci Kalkınma Planı da benzer tespitler ve amaçlar üzerinde durmuştur. Şehirleşme başlığı altında; afet riskinin göz önünde bulundurularak şehir planlarının yapılacağı, konut başlığı altında konut yapımının kaliteli, sağlam ve afetlere dayanıklı şekilde yapılacağı belirtilmiştir. 11. Kalkınma Planında (2019-2023), “Yaşanabilir Şehirler, Sürdürülebilir Çevre” başlığı altında yer verilen Afet Yönetimi konusunun, “yaşam kalitesi” teması içinde ele alınması önemlidir. Bu bölümde, kalkınma ve refah göstergeleri içinde yaşam mekanlarını afetlere dayanıklı, çevreye duyarlı, kültürel değerleri esas alan bir yaşam alanı öngörüldüğü anlaşılmaktadır⁴⁹.

Anılan planda, kentsel dönüşüm başlığı altında, afet yönetimi hakkında pek çok maddeye yer verilmiştir. Bunlar arasında; afet riski altındaki bölgelerde yer alan yapıların dönüştürüleceği, afet açısından riskli alanların tespit edilmesi ve ilanında kullanılan standartların geliştirileceği, yerleşim alanlarının kentsel dönüşüme girmesi açısından afet riskinde, nüfus, can ve mal kaybı, rezerv alanının mevcudiyeti gibi konular baz alınarak sıralama yapılacağı belirtilmiştir. İstanbul’da meydana gelmesi beklenen büyük deprem için fay hatlarına yakın bölgelerin öncelikle kentsel dönüşüme sokularak güçlendirileceği, altyapı sistemlerinde de kentsel dirençliliğin arttırılacağı, tüm Türkiye’de kentsel dönüşüm uygulamaları açısından imara açılacak alanlar için bölgenin afet geçmişi, afet riski ve tehlikesinin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Özellikle depremler için önem teşkil eden imar planlarında afet riskleri ve tehlikelerinin göz önünde bulundurulacağına yer verilmiştir. Afet yönetimi başlığı altında; afet sonucunda meydana gelebilecek can ve mal kayıplarının

⁴⁷ T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Beş Yıllık Kalkınma Planı (2014-2018), 2013, s.140.

⁴⁸ T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Beş Yıllık Kalkınma Planı (2014-2018), 2013, s.140.

⁴⁹ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2019-2023), 2019, s.157.

azaltılması için afete karşı toplumun bilincini arttırmak ve afetlere dayanıklı yerleşim yerlerini oluşturmak amaç olarak belirtilmiştir⁵⁰.

Meydana gelebilecek afet türlerine göre şehirlerin ayrıma tabi tutulması gerektiğini belirten planda, afet risk azaltma çalışmalarının tüm ülkede iş birliği içerisinde yürütüleceği belirtilmiştir. Yine afet risk ve tehlikelerinin azaltılması amacıyla afet türleri dikkate alınarak Afet Risk Azaltma Planı'nın hazırlanacağı öngörülmüştür. Afet risk haritalarının afet türlerine göre hazırlanması gerektiğine yer verildikten sonra, Onuncu Kalkınma Planına benzer şekilde afet sonrası müdahalede önemli olan okul, hastane, yurt gibi binaların ve enerji, doğalgaz ve su gibi altyapının güçlendirilmesine öncelik verileceği belirtilmiştir. Yine önceki kalkınma planında da öngörülen İstanbul depremi için meydana gelebilecek can ve mal kayıplarını azaltmak amacı ile risk azaltma, yapıların dayanıklılığını artırma çalışmaları yapılması gerektiğine yer verilmiştir⁵¹.

Afet yönetiminin aktifliğini artırmak amacıyla görevli kuruluşlar arasında koordinasyon ve iş birliğinin sağlanması amaçlanmıştır⁵².

Afet sonrasında en temel ihtiyaçlardan biri olan haberleşmenin devamlılığının sağlanması için dayanıklı altyapının kurulacağı, afet ve acil durumlarda görevli olan kurumların kapasitelerinin güçlendirileceği, toplumun farkındalığının artırılacağı, son olarak yerel düzeyde afet yönetiminde yetkili ve sorumlu olan makamların teknik ve yönetim açısından güçlendirileceği politika olarak belirlenmiştir⁵³.

Afet yönetimi hakkında olması gerekenleri On Birinci Kalkınma Planında ayrıntı ile kendisine hedef olarak koyan ve devlet, ne yazık ki afet olması halinde kendi koyduğu bu hedeflere asla ulaşamamıştır. Bu açıdan yetkili olan kamu kurumlarının, bahse konu bu kalkınma planında yer verilen hedefleri yerine getirememesi sebebiyle kanaatimizce sorumlu da tutulması gerekmektedir.

⁵⁰ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2019-2023), 2019, s.171-172.

⁵¹ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2019-2023), 2019, s.171.

⁵² T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2019-2023), 2019, s.172.

⁵³ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2019-2023), 2019, s.172.

6 Şubat 2023 Maraş merkezli deprem sonucunda; 1999 depreminden itibaren hiçbir gelişme yaşanmadığı, yetkili kamu kurumlarının sürekli hedef belirlediği ve fakat bunların hiçbirisine uymadığı anlaşılmıştır⁵⁴.

2024-2028 yıllarını içeren On İkinci Kalkınma Planında ise On Birinci Kalkınma Planı'na benzer başlıklar öngörülmüştür. Afetlere dirençli yaşam alanları, sürdürülebilir çevre başlığı altında afet yönetimine yer verilmektedir. *“Yerleşim yerlerinin ve toplumun afetlere karşı dirençliliğinin artırılması, afet risk ve zararlarının azaltılarak can ve mal kayıplarının asgari düzeye indirilmesi, afet yönetiminin tüm süreçlerinin etkin bir şekilde yürütülmesi, toplumun ve tüm kuruluşların afet farkındalığının artırılması”* temel amaç olarak kabul edilmiştir⁵⁵.

Yukarıda açıklandığı üzere, son dönemdeki Beş Yıllık Kalkınma Planlarında hep benzer görev ve sorumluluklardan bahsedildiği ve geleceğe yönelik aynı perspektif düşüncenin hâkim olduğu görülmektedir. Bir afet ülkesi olan Türkiye için son kalkınma planlarında, afet yönetimi başlığı altında kamu kurumlarına pek çok görev ve sorumluluk verildiği ancak, idarenin kusur sorumluluğunu gerektiren bu yetki ve görevlerin yerine getirilmesinde aksamaların, eksikliklerin ve gecikmelerin olduğu anlaşılmaktadır.

III. DOĞAL AFETLER VE DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Pozitif yükümlülük, devletlerin yargı yetkisi dahilinde bulunan bireyleri koruma yükümlülüğüdür⁵⁶. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde öngörülen pozitif yükümlülükler, insan haklarının etkin bir şekilde devamını sağlamak, temel hakların üçüncü kişilerce ihlalini engellemek ve haklardan etkin şekilde faydalanmak için devletlerin alması gereken önlemlere ilişkindir⁵⁷.

⁵⁴ Depremde can kaybı 50.399 olmuştur ve yaklaşık 2 milyon kişi bulunduğu konumdan göç etmek zorunda kalmıştır. Gıda, barınma ve sağlık açısından sorunların devam ettiği deprem bölgesinde, depremden 2 ay geçmiş olmasına rağmen halen insani koşulların sağlanamaması, salgın hastalıkların da ortaya çıkması açısından bölge halkını endişelendirmektedir. <<https://www.bbc.com/turkce/articles/c6pzgx3yz52o>>, Erişim Tarihi 30 Eylül 2024. Günümüzde ise nerdeyse 7 ay geçmişken bölgede halen su sıkıntısı yaşanmaktadır. <<https://www.bbc.com/turkce/articles/cpv76145v2lo>>, Erişim Tarihi 30 Eylül 2024.

⁵⁵ T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2024-2028), 2023, s.200.

⁵⁶ Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, İnsan Hakları El Kitapları No:7, Avrupa Konseyi, 2007, s.14.

⁵⁷ Yüksel Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin genel içtihadına göre devletler, pozitif yükümlülükleri sebebiyle kişilerin güvence altına alınması gereken haklarını korumak için bazı önemli tedbirleri almakla yükümlüdürler⁵⁸.

Bu çerçevede belirtilmelidir ki; doğal afetler açısından öncelikle yaşam hakkını korumakla yükümlü olan devletin gerekli tedbirleri alması ve hakkın devamını sağlaması gerekmektedir.

Türk hukuku açısından kamu kurumlarına afetleri tahmin etmek ve önlemek için pek çok görev ve sorumluluk yüklendiği yukarıda vurgulanmıştır. Ülkemizde afet yönetiminin etkin olması için yalnızca İmar Kanunu değil, Kat Mülkiyeti Kanunu, sigorta kanunları gibi ilgili konularda da değişiklikler ve düzenlemeler yapılmalıdır. Yerel yönetimlerin sorumluluklarının yürütülmesi açısından, afet ve risk yönetimi hizmetlerini yerine getirebilmesi için finansal desteğe ihtiyacı olduğu ve bu konuya daha çok önem verilmesi gerektiği açıktır⁵⁹.

Anayasa'da tanımlanan hak ve özgürlükler tüm bireyler bakımından güvence altındadır. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği başlıklı 12. madde gereğince “(...) temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder”. Anayasa'nın “hakkın kötüye kullanılmasına” ilişkin 14. maddesinin ikinci fıkrası ise Anayasa hükümlerinden hiçbirinin devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağını ifade ederek hem bireylere hem de devlete hitap etmektedir. Bu bağlamda söz konusu hükümler, temel hakların etkin kullanımı noktasında kamusal makamlara düşen pozitif yükümlülükler ile temel hakların yatay ilişkilere uygulanmasının normatif dayanaklarından birini oluşturmaktadır.

A. Yaşam Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Doğal afetler bireylerin yaşam haklarını doğrudan etkilemektedir. Yaşam hakkı; en temel korunması gereken hak olduğundan dolayı, devletin yaşam hakkını koruma hususunda asli bir görevi bulunmaktadır. Yaşam hakkı uluslararası ve ulusal metinlerde de koruma altındadır ve AİHS ne göre “Her

7(27), 2010, s.113.

⁵⁸ Akandji-Kombe, s.7.

⁵⁹ Ergünay, s.105.

kişinin yaşama hakkı hukukun koruması altındadır". Diğer yandan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde ise "Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır" ifadesi ile yaşama hakkı koruma altına alınmıştır. AİHS'nin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkı yalnızca kasten yok edilme ile devletin sorumluluğu kapsamına girmemektedir. Devlet aynı zamanda ihlali ile ya da kusuru ile kişinin yaşamının sona ermemesini de sağlamakla yükümlüdür⁶⁰. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır. Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların gerekse diğer bireylerin ve kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶¹.

Afet risk haritaları, planlar ve bilimsel tahminler sayesinde hangi yörede hangi afetin gerçekleşeceğini öngörme gücüne sahip olan kamu kurumlarının elbette doğal afetler açısından önemli sorumluluğu ve yükümlülüğü bulunmaktadır⁶².

Yaşam hakkına ilişkin AYM'ne yapılan bir bireysel başvuruda; "Devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının gerçekleştiği durumlarda Anayasa'nın 17. maddesi, Devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, yaşam hakkını korumak için oluşturulan yasal ve idari çerçevenin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir." kararı verilmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında, Anayasa'da koruma altına alınan yaşam hakkı için devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu, elindeki tüm imkanlarla yaşam hakkını koruması ve hak ihlallerine ilişkin eylemlerin cezalandırması gerektiğini belirtmiştir⁶³. Karardan da anlaşıldığı üzere devlet,

⁶⁰ Ayşe Özkan Duvar, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(2), 2018, s.662.

⁶¹ AYM, Serpil Kerimoğlu vd. Başvurusu, BN.2012/752, KT. 17.09.2013, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

⁶² Melike Çolakoğlu Kaplan, *İdari Yargı Kararları Kapsamında Deprem Nedeniyle İdarenin Kusur Sorumluluğu*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2024, s. 85.

⁶³ AYM, Serpil Kerimoğlu vd. Başvurusu, BN.2012/752, KT.17.09.2013, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>.

devletçe alınmadığına, çöplüğün patlama ihtimali öngörüldüğü halde bahse konu bölgenin boşaltılmaması sebebiyle başvurucuların yaşam ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁶. Doğal afet olmasa da büyük bir zarara neden olan çöplük patlamasında devlete görev ve sorumluluk yüklenmesi, idarenin öngördüğü bir olay için tedbir almasının beklenmesi, doğal afetler açısından benzerlik göstermektedir. İdare doğal afet kapsamında sayılmayan ancak bilimsel olarak öngörülebilir (metan gazı sıkışması) çöplük patlaması için kusuru ile sorumlu tutulmuştur. Aynı şekilde öngörülebilir bir doğal afet sebebiyle de sorumlu kabul edilmektedir.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, devlete negatif ödevlerin yanı sıra pozitif ödevlerin de yüklenildiğini ortaya koymaktadır. Bu konuda öncelikle pozitif yükümlülükler kapsamında devletin, yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını koruması açısından; kamu görevlilerinin, diğer bireylerin ve hatta kişinin kendi eylemlerinin sebep olduğu riskleri kapsayacak şekilde koruma ödevi bulunduğu Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulanmıştır⁶⁷. Devlet, öncelikle yaşam hakkına yönelen tehdit ve risklere karşı caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler yapmalı ve bununla da yetinmeyerek gerekli idari tedbirleri almalıdır. Bu ödev bireyin yaşamını her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten koruma yükümlülüğünü kapsamaktadır. Bu doğrultuda mevzuatta yer verilen yasal ve idari tedbirler, yaşam hakkına yönelik ihlalleri önlemeyi sağlayacak nitelikte olmalıdır. Bu yükümlülük, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her durum için geçerlidir.

B. Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Devletlerin; doğal afetler sonucu meydana gelen zararlara ilişkin olarak kişilerin adil yargılanma haklarını koruma bağlamında da yükümlülükleri mevcuttur. Örneğin; 17.08.1999 tarihinde meydana gelen Kocaeli/Gölcük Depremi sonucu kullanılmayacak şekilde ağır hasar alan konutunun yetkililerce yıkılması sonucu uğradığı zararın tazmini için açtığı davanın makul sürede sonuçlandırılmaması ve lehine hükmedilen tazminat miktarının azlığı nedeniyle Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerinin ihlal edildiğini ileri süren başvurucunun davasında, Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın ve

⁶⁶ AİHM, Öneriyıldız/Türkiye, BN.48939/99, KT.30.11.2004. (Çeviren: T.C. Adalet Bakanlığı), <<https://www.ana.yasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

⁶⁷ AİHM, Öneriyıldız/Türkiye, BN.48939/99, KT.30.11.2004. (Çeviren: T.C. Adalet Bakanlığı), <<https://www.ana.yasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

AİHS'nin "Adil Yargılanma" başlıklı maddelerine dayanılmıştır⁶⁸.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasına göre; "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" Anayasa'nın "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" kenar başlıklı 141. maddesinin dördüncü fıkrası ise: "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" hükmünü getirmektedir. AİHS'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı; "*Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.*"

AİHS hükmü ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, T.C. Anayasa'sının 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, hem Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan hem de AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve hakları, Anayasa'nın 36. maddesi çerçevesinde değerlendirmektedir⁶⁹.

Yukarıda zikredilen depremden ağır hasar alan konut nedeniyle bireysel başvuruda bulunulan uyuşmazlığa ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında; somut başvurunun dayanağını oluşturan "makul sürede yargılanma hakkı"nın yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamı içerisinde olduğunu, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, Anayasa'nın 141. maddesinin de Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerekir. Bunun yanı sıra, makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması olup, hukuki uyuşmazlığın çözümünde

⁶⁸ AYM, Şerban Şahin Başvurusu, BN. 2013/7223, KT. 26.06.2014, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

⁶⁹ AYM, Şerban Şahin Başvurusu, BN. 2013/7223 KT.26.06.2014, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

gerekli özenin gösterilmesini gerektirmektedir. Bu durum, yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerektiği Yüksek Mahkemece karara bağlanmıştır⁷⁰.

C. Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesinin, mülkiyet hakkının kullanılmasını; devlet müdahalesine karşı korumakla birlikte, mülkü koruma yükümlülüğünün; özel kişilerin müdahalelerinin engellenmesi mükellefiyetini de içerdiği açıktır. Anayasa'nın 35. maddesi de benzer düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. Sözleşme'nin ilk cümlesi herkese mülkünden barışçıl yararlanma hakkı verirken, Anayasa daha geniş şekilde mülkiyet hakkını tanımaktadır. Düzenlemelerin ikinci cümleleri ise kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabileceğini ya da kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılacağını hüküm altına almaktadır⁷¹. Anayasa'nın 35. maddesine göre, kişilerin mülkiyet hakları ancak kanunla öngörülmüş usullerle ve kamu yararı uyarınca sınırlanabilir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği, kişilerin mülkiyet haklarına getirilen sınırlamanın, hakkın özüne dokunmaması ve ulaşılmak istenen kamu yararı ile bireyin sınırlandırılan hakkı arasında adil bir dengenin kurulması gerekir. Bu kapsamda tartışılması gereken “Ölçülülük İlkesi”; “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre; “*elverişlilik*” öngörülen müdahalenin, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, “*gereklilik*” ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, “*orantılılık*” ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesini ifade etmektedir⁷².

Bu konudaki önemli bir bireysel başvuruda, başvuru, Kocaeli/Gölcük Depremi sonucu orta hasarlı (onarılabilir) durumda olan konutunun Valilikçe, enkaz kaldırma işinin ihale edildiği şirket tarafından ağır hasarlı zannedilerek

⁷⁰ AYM, Güher Ergün vd. Başvurusu, BN. 2012/13, KT.02.07.2013, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

⁷¹ AYM, Mehmet Akdoğan vd. Başvurusu, BN.2013/817, KT.19.12.2013, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/k-ararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

⁷² AYM, Mehmet Akdoğan vd. Başvurusu, BN.2013/817, KT.19.12.2013, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

yıkılması üzerine açtığı tam yargı davasının uzun sürmesine bağlı olarak zararının geç tazmin edilmesi, buna ilave olarak aradan geçen zamanda konut fiyatlarının yükselmesi ve satın alma gücünün düşmesi nedeniyle eline geçen tazminatın gerçek zararını karşılamaktan uzak kaldığını belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi anılan başvuruda sonuç olarak onarılabilir durumdaki orta hasarlı konutun idarece yıktırılması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahale nedeniyle başvurucunun uğradığı zararın geç tazmin edildiğini, mahkemece başvurucu lehine hükmedilen tazminat bedelinin geç tazmini nedeniyle enflasyon oranlarına bağlı olarak başvurucunun gerçek zararını karşılamaktan uzak kaldığını, bahsedilen değer kaybı oranı dikkate alındığında bu durumun başvurucu üzerinde aşırı ve orantısız bir yüke sebep olduğunu belirterek, başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁷³.

Sonuç olarak, yukarıda belirtilen haklar kapsamında, devletin sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usuli yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal afet sonucu ortaya çıkan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun, etkin bir şekilde uygulanmasını güvence altına almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelerini sağlamaktır.

IV. DOĞAL AFETLER VE İDARENİN SORUMLULUĞU

İdare mevzuat ile kendisine tanınan görev ve yetkileri kullanırken kimi eylemleri ile tazmin gerektirecek zararlar meydana getirmektedir. Afet yönetimi kapsamında idarenin sorumluluğunun anlaşılabilmesi için öncelikle idareye mevzuat tarafından hangi görev ve yetkilerin tanındığını açıklamak gerekmektedir.

5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve

⁷³ AYM, Abdulhalim Bozboğa Başvurusu, BN.2013/6880, KT.23.03.2016, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024. Benzer yönde bkz: AYM, Rabia Nur Yazıcı ve Selma Kocapiçak Başvurusu, BN. 2016/9528, KT.09.06.2020. AYM, Ömür Kınay Başvurusu, BN. 2015/4686, KT.19.02.2019, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024. AYM, Mehmet Ali Emir ve Diğerleri Başvurusu, BN.2014/16482, KT.17.01.2019, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>>, Erişim tarihi 10 Kasım 2024.

Görevleri Hakkında Kanun'da; “afet ve acil durumlar ile sivil savunmaya ilişkin hizmetlerin ülke düzeyinde etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli önlemlerin alınması ve olayların meydana gelmesinden önce hazırlık ve zarar azaltma, olay sırasında yapılacak müdahale ve olay sonrasında gerçekleştirilecek iyileştirme çalışmalarını yürüten kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonun sağlanması ve bu konularda politikaların üretilmesi ve uygulanması” amacıyla kurulan Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı ile Afet ve Acil Durum Yüksek Kurulu, Afet ve Acil Durum Koordinasyon Kurulu ve Deprem Danışma Kurulu'nun görev ve sorumlulukları belirlenmiştir.

7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'da Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın, yönetmelik hazırlama, afetin tekrar yaşanması muhtemel bölgenin tespiti ve hasarlı yapıların yıkılması gibi görevleri sıralanmıştır. Söz konusu Kanun ile yerel yönetimlere de afet bölgesi içerisindeki riskli yapıların yıktırılması görevi verilmiştir. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ise; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın riskli kabul edilecek yapıların tespiti ile afette zarar gören ve yeniden inşası mümkün olan araziler için kıymet takdirini yapma görevleri verilmiştir. Mülki amirlere ise yetkileri dahilindeki alanlarda inşa edilen yapıların mevzuata uygun olup olmadığının denetleme yetkisi verilmiştir.

İdarenin sorumluluğunun saptanması açısından kamu kurumlarının doğal afetle ilgili olarak hangi yetkiye sahip oldukları, sorumluluklarının niteliği ve derecesi ilgili bütün yargı içtihatlarında vurgulanmaktadır. Söz konusu kararlarda; depremde bir yapının hasara uğramasının pek çok etkene bağlı olduğu belirtilerek, bu etkenler arasında; yapının bulunduğu zeminin jeolojik durumu, yapının inşa esnasındaki denetimi, yapının fiziksel ve mimari tasarımı, meydana gelen depremin odak derinliği ve ne kadar sürdüğü, şiddeti tespit edilmektedir. Yapının ve insanların depremden korunması ile toplumun bilinçlenmesi ve kamu kurumlarının üzerlerine düşen görevleri yerine getirmeleri arasındaki ilişki çok net biçimde ifade edilmiştir⁷⁴.

Van Depremi sonrasında yerel mahkemece verilen bir kararda, büyükşehir ve ilçe belediyesinin; “...dava konusu bölgenin içinden geçen Başkale Fay Hattı ve afet riskli olabilecek bölgeyi tespit etmediği”⁷⁵ hususuna değinilmiştir.

⁷⁴ Van 3. İdare Mahkemesi, E. 2021/1092, K. 2022/1451, KT. 31.05.2022, KY.

⁷⁵ Van 3. İdare Mahkemesi, E. 2021/1092, K. 2022/1451, KT. 31.05.2022, KY.

Bu kapsamda, büyükşehir belediyesinin “plan yapma” görevini yerine getirmediği vurgulanarak, bu çerçevede hizmet kusuru işlediği ve sorumlu olması gerektiği belirtilmiştir. Karara göre; projersiz ve denetimsiz inşa edilen dava konusu yapıların tahmini inşa tarihinde yürürlükte olan düzenlemelere uygun olmamasına rağmen, Belediyeler tarafından denetiminin yapılmadığı hükme bağlanmıştır. Bu hususta, Van Büyükşehir Belediyesi ve İlçe Belediyesi olan Başkale Belediyesi’nin sorumluluklarının bulunduğu karar verilmiştir⁷⁶. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 7.maddesinin 1-u bendi uyarınca, “ *İl düzeyinde yapılan plânlara uygun olarak, doğal afetlerle ilgili plânlamaları ve diğer hazırlıkları büyükşehir ölçeğinde yapmak; gerektiğinde diğer afet bölgelerine araç, gereç ve malzeme desteği vermek; itfaiye ve acil yardım hizmetlerini yürütmek; patlayıcı ve yanıcı madde üretim ve depolama yerlerini tespit etmek, konut, işyeri, eğlence yeri, fabrika ve sanayi kuruluşları ile kamu kuruluşlarını yangına ve diğer afetlere karşı alınacak önlemler yönünden denetlemek, bu konuda mevzuatın gerektirdiği izin ve ruhsatları vermek.*” belediyelerin afet yönetimi kapsamında önemli görevleri bulunmaktadır. Yerel mahkeme mevzuatta yer verilen bu görevleri yerine getirmeyen Van Büyükşehir Belediyesi ve Başkale İlçe Belediyesini hizmet kusuru ile sorumlu kabul etmiştir. 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’un 3. maddesi de ilan edilen afet bölgelerinde yeniden yapılacak, değiştirilecek, büyütülecek veya esaslı tamir görecek resmi ve özel bütün yapıların tabi olacağı teknik şartları içeren yönetmeliğe aykırı inşa edilen yapıların denetimini sağlamayan belediyelerin sorumlu olacağını düzenlemiştir.

Bunun yanı sıra kararda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının da sorumluluğu açıkça vurgulanmıştır. Kararda; “*Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın ... Deprem bölgelerinde (Van İli) gerçekleştirilecek yapı üretimi için belli kurallar oluşturulmuş olduğu ve böylece mevzuat oluşturma açısından görevini yerine getirdiği değerlendirilmekle birlikte, dava konusu yapının bulunduğu bölgede afet sonrası oluşan hasarlar göz önünde bulundurulduğunda denetim görevini tam olarak yerine getirmediği...*”⁷⁷ hükme bağlanmıştır.

Bunun yanı sıra kararda; “*AFAD’ın dava konusu mahallenin bulunduğu bölgeyi “Muhtemel Afet Bölgesi” olarak belirlemediği, afet önleme ve afete*

⁷⁶ Van 3. İdare Mahkemesi, E. 2021/1092, K. 2022/1451, KT. 31.05.2022, KY.

⁷⁷ Van 3. İdare Mahkemesi, E. 2021/1092, K. 2022/1451, KT. 31.05.2022, KY.

hazırlık konularında ilgili çalışmaları ve koordinasyonu sağlamadığı kuruluş ve göreve geldiği yıl olan 2009 yılından sonra gerekli ilgili kanunda belirtilen sorumlulukları yapmadığı”⁷⁸ belirtilmiştir.

Söz konusu yargı kararlarında, öncelikle 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun ile 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanuna atıfta bulunulmakta ve hangi kamu kurumuna hangi görevin verildiği araştırılmaktadır. Yargı içtihatlarında bu tespitlerden sonra, yer seçimi, yapı özellikleri, proje ve uygulama denetimi hususlarında görevini tam olarak yerine getirip getirmediğine göre idarenin sorumluluğunun tespitine yer verilmektedir⁷⁹.

Sonuç olarak, yargı kararlarında bir afet ülkesinde idarenin üzerine düşen görevleri yerine getirmesinin önemi üzerinde durulmakta, can ve mal kayıpları sebebiyle idare tazmin açısından sorumlu tutulmaktadır.

A. Hizmet Kusuru

Yukarıda belirtildiği üzere, afet yönetimi kapsamında idarenin; meydana gelebilecek doğal afetler öncesinde kişilerin en az zararla kurtulabilmesi için gerekli teknik, yasal ve idari tüm önlemleri alma sorumluluğu, hem mevzuatta hem de yargı kararlarında açıklanmıştır. Afet sırasında ise; haberleşme ve ulaşım imkanlarını tekrar sağlama, boşaltma ve tahliye, kişilerin hasarlı konutlardan uzaklaştırılması işlemlerini yürütmek, geçici barınma alanlarını oluşturmak, kişilerin yiyecek, içecek, giyecek ihtiyaçlarını temin etmek, güvenlik tedbirlerini almak, zaman kaybetmeden hasar tespit çalışmalarını başlatmak, afet sonrasında meydana gelebilecek yangın, bulaşıcı hastalık, patlama gibi ikinci nitelikteki doğal afetleri önlemek görevleri bulunmaktadır. Sonuç olarak idare, öncelikle doğal afeti önlemeli, sonrasında ise arama, kurtarma ve iyileştirme işlemlerini yerine getirmelidir⁸⁰.

İdarenin kendisine mevzuat ile yüklenen görev ve yetkileri sebebiyle kimi eylemleri yerine getirmemesi halinde, zararı kişiselleştirmeden kurum olarak karşılaması fikrine dayanan hizmet kusuru ile doğrudan kişiye atfedilebilen kişisel kusur yargı kararlarında da yer almaktadır.

⁷⁸ Van 3. İdare Mahkemesi, E. 2021/1092, K. 2022/1451, KT. 31.05.2022, KY.

⁷⁹ Van 3. İdare Mahkemesi, E. 2021/1092, K. 2022/1451, KT. 31.05.2022, KY.

⁸⁰ Bülent Özmen/Murat Nurlu/Kerem Kuterdem/Ahmet Temiz, “Afet Yönetimi ve Afet İşleri Genel Müdürlüğü”, *Kocaeli Deprem Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı*, 2005, s.1473.

İdarenin sorumluluğu kavramının temelinde hukuk devleti ilkesi yer almaktadır. Hukuk devleti ilkesi, idarenin kusura dayanan sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır.

1982 Anayasası'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu öngörülmüş, eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. İdari yargı sistemimizde; hukuka aykırı tesis edilen işlem iptal edilebileceği gibi, idare hukuku alanında hakkı ihlal edilmiş kişilerin haklarının yerine getirilmesi ya da zararın giderilmesi için tam yargı davası yolu öngörülmüştür.

İdare hukukunda mali sorumluluk, meydana gelen zararın idarenin mali hesabından zarar gören kişiye aktarılması diğer bir ifadeyle bu zararının tazmin edilmesi amacını taşımaktadır⁸¹.

Danıştay'ın yaptığı tanımlamaya göre hizmet kusuru; *“idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilatın yapısında, personelinde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi gözetim ve denetiminin yapılmaması, hizmete yönelik araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik, sakatlık halleridir”*⁸².

Danıştay diğer bir kararında; *“Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmekteyse veya bu faaliyet beklenen hizmet gerekleriyle bağdaştırılmayacak nitelikteyse idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulü zorunludur. Kişilerin can ve mal güvenliğini korumakla görevli olan İdare, üstlendiği kamu hizmetini gereği gibi yerine getirmek, hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli teşkilatı kurmak, her türlü araç ve olanağı hizmete hazır bulundurmak ve yine doğması olası bazı olayların önlenmesi ve anında bertaraf edilmesi için gerekli önlemleri almak zorundadır”*⁸³ şeklinde bir ifade ile hizmet kusurunu açıklamıştır.

İdare hukukunda kusura dayanan sorumluluk, idarenin yürüttüğü eylem ve işlemler esnasında kusurlu bir davranışla meydana gelen zararın idarece

⁸¹ Muhammed Ali Aydın, *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2016, s.7.

⁸² D10D, E. 2013/5175 K. 2016/1543 KT. 21.03.2016, <<https://legalbank.net>>, Erişim tarihi 29 Eylül 2024

⁸³ D10D, E. 1995/53 K. 1996/1913 KT. 10.04.1996, <<https://legalbank.net>>, Erişim tarihi 29 Eylül 2024.

tazmin edilmesidir⁸⁴.

İdare hukukuna özgü özel bir kavram⁸⁵ olan kusur sorumluluğunda; hizmetin kuruluşu ya da işleyişinde meydana gelen nesnel bozukluk hizmet kusuru olarak nitelendirilmektedir⁸⁶. Aynı şekilde idarenin, personeli ve hizmetin işleyişi üzerindeki denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesi de hizmet kusurudur⁸⁷.

Yürütülen kamu hizmetinin planlamasında, yürütümünde ya da kurulmasında nesnel nitelikteki hasarlı, eksik bir durum mevcutsa, idare kusurlu kabul edilmektedir⁸⁸.

Hizmet kusuru bağımsız nitelikte ve asli bir sorumluluktur. İdari bir işlemde zarar gören kişinin tazmin için başvuracağı ilk sorumluluk idarenin kusura dayanan sorumluluğu, hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluk olacaktır.

Afet yönetiminde hangi eksikliklerin hizmet kusurunu oluşturabileceği yargı kararları ile belirlenmiş ve mevcut olaylara göre değerlendirilmiştir. Danıştay kararlarında, afet yönetimi kapsamında hizmet kusuru oluşturabilecek halleri belirlemiştir. Örneğin; taşkın doğal afeti nedeniyle meydana gelen bir zararda; dere yatağında yerleşime müsaade eden ve taşan derenin bakımı ve yağmur sularının tahliyesi konusunda görevini gereği gibi yerine getirmeyen İSKİ Genel Müdürlüğü ile birlikte sorumluluğu olan davalı belediyenin hizmet kusuru nedeniyle müşterek sorumlu olduğunu karara bağlamıştır. Ayrıca ilgili ilçe belediyesi ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının (mülga Bayındırlık ve İskân Bakanlığı) özellikle imar planlarıyla ilgili olarak yürüttüğü bir kamu hizmetinden kaynaklanan hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir⁸⁹. Bu kararda imar

⁸⁴ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023, s.667.

⁸⁵ Ali Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2023, s.609.

⁸⁶ Lütfi Duran, *Türk İdaresinin Sorumluluğu*, Sevinç Matbaası, 1974, s.26. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 21. Bası, Turhan Kitapevi, 2004, s.341. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, c.1, 13. Bası, Turhan Kitapevi, 2019, s.487. Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınları, 2019, s.384. Yüksel Esin, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları : İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti., 1973, s.27. Aydın, s.91. Kemal Gözler, *İdare Hukuku* c.2, 3. Bası, Ekin Yayınları, 2019, s.1156.

⁸⁷ Tuncay Armağan, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 1997, s.93.

⁸⁸ Duran, s.26.

⁸⁹ D8D, E. 2011/9162, K. 2016/659, KT. 05.02.2016, <<https://legalbank.net>>, Erişim tarihi 30 Eylül 2024.

planlarının yerleşim ile ilgili olarak en üst politika belirleme belgesi olduğu vurgulanmıştır.

Deprem nedeniyle yıkılan bir yapının inşa edilirken kullanılması gerekli malzemenin eksik ve vasıfsız bulunmasından kaynaklandığı ileri sürülen bir uyumsuzlukta; davalı idarenin cami ve minaresinin yapımı ve hizmete alınması konusunda mevzuattan kaynaklanan bir görevinin olup olmadığı, yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı ruhsatı ve ekleri ile yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı hususlarının araştırılması gerektiğine karar verilmiştir. Ayrıca, yapının imar açısından denetlenmesi konusunda sorumlu idarelerin üzerlerine düşen görevleri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol yetkilerini kullanıp kullanmadıkları ayrı ayrı irdelenmiş ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığının belirlenmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Danıştay bu kararında deprem sebebiyle meydana gelen zararlar için hizmet kusuru sayılabilecek halleri tek tek belirtmiştir⁹⁰.

Danıştay kararında haklı olarak vurgulandığı üzere, idarenin (ilgili tüm kamu kurumları) mevzuat gereğince kendisine verilmiş yetki ve görevler dahilinde belirli bir hareket tarzı izleyip izlemediği, hareketsiz kalıp kalmadığı önem arz etmektedir.

Bazı kararlarda deprem; yeri, zamanı, koşulları vs. bakımından yapılacak değerlendirmelerden sonra mücbir sebep olarak kabul edilebilmektedir. Mücbir sebebin ölçütleri öngörülemezlik, önlenemezlik ve dışsallıktır⁹¹. Öngörülemezlik ölçütünün uygulanabilmesi için yer ve zaman açısından olayı öngörmenin mümkün olmaması gerekmektedir. Sonuç olarak, tedbirli ve öngörülü bir idareden beklenen özenin ne olduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Zira, öngörülemeyen doğal olayın yaratacağı zarardan kısmen veya tamamen kaçınma olanağının mümkün olması durumunda, önlenemezlik ölçütünden bahsedilemeyecektir. Meydana gelecek zarardan kaçınmak için idarenin üzerine düşeni yapmaması durumunda hizmet kusurundan sorumlu olacağı pek çok kararda ifade edilmektedir ki, kanımızca da bu yaklaşım doğrudur.

Görüldüğü üzere yargı, mevzuat uyarınca belirlenen görev ve yetkileri göz önünde tutarak doğal bir afet olan depremde, idarece gerçekleştirilecek

⁹⁰ D11D, E. 2006/5120, K. 2008/5262, KT. 13.05.2008, <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>>, Erişim tarihi 30 Eylül 2024.

⁹¹ Gözler, s.1348.

uygulamalarla doğabilecek zararların önlenebileceğini hatta ortadan kaldırılabileceğini hükme bağlamaktadır. Ayrıca depremin yeri, zamanı, koşulları vs. bakımından yapılacak değerlendirmelerden sonra mücbir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceğini araştırmaktadır. Bu çerçevede öngörülmezlik ölçütünün uygulanabilmesi için depremi yer ve zaman olarak tahmin etmenin mümkün olmadığını, ancak; önlenemezlik ölçütü bakımından tedbirli ve öngörülü bir idareden beklenen özeni göstermesi ile deprem nedeniyle ortaya çıkan zarardan kısmen veya tamamen kaçınılabileceğinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Ortaya çıkan zarardan kaçınmak için idarenin gerekeni yapmaması durumunda ise hizmet kusurunun oluşacağı belirtilmektedir⁹².

Danıştay belediyenin de kusurunun araştırılması gerektiğini hükme bağlayan bir kararında; *“Kusur yönünden, davalı belediyenin hukuki sorumluluğunun yanında, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı’nın gerek (varsa) planlamaya, gerek deprem afetinden korunmaya dönük görevleri; yapının müteahhidi ile yapı ve yapıya ilişkin projeler nedeniyle fenni mesuliyet üstlenen kişilerin taşıdığı hukuki sorumluluklar, bu idare ve kişiler yönünden, üstlendikleri görevler ve yapılaşma sürecindeki katkıları yönünden İdare Mahkemesince bir inceleme ve irdeleme yapılmadan, hukuki sorumluluğun dolayısıyla hizmet kusurunun tümünün davalı belediyeye ait olduğu yolunda verilen temyize konu kararda hukuki isabet görülmemiştir”*⁹³ gerekçesi ile idare mahkemesi kararını bozmuştur.

İdarenin denetim ve kontrol yükümlülüğünün konu edildiği bir yargı kararında ise; tazminat istemine konu yapının yer aldığı bölgenin çok riskli deprem kuşağında kaldığının önceden bilindiği ve burada olacak depremin olası sonuçlarının öngörülebilmemesine olanak sağlayacak düzeyde bilgi ve belgeler bulunduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede, depremden doğabilecek zararların önlenmesi, en aza indirilmesi için gerekli yasal tedbirleri almayan, denetim ve kontrol görevlerini yerine getirmeyen, böylece zararın artmasına sebep olan idarenin bu tutum ve davranışının hizmet kusuru sayılabileceği açıktır. *Danıştay’a göre*, meydana gelmesi muhtemel zararı önceden bilebilecek teknik donanıma sahip idarenin bu doğrultuda gerekli önlemleri

⁹² D6D, E.2004/359, K. 2004/1691, KT. 19.03.2004, <<https://legalbank.net>>, Erişim tarihi 30 Eylül 2024.

⁹³ D6D, E. 2007/5698, K. 2009/299, KT. 15.01.2009, KY. Aynı yönde bkz: D6D, E. 2007/8471, K. 2009/292, KT. 15.01.2009, KY.

alması zorunludur⁹⁴.

Diğer bir Danıştay kararında; “*arama ve kurtarma faaliyetlerinin yürütülmesini etkileyecek şekilde haberleşme ve ulaşım hizmetlerinde aksaklıkların olması ve depremin, etkilediği coğrafi alanın büyüklüğü, nüfus yoğunluğu ve oluşturduğu hasarın kamu hizmetlerinin deprem sonrası yürütülen arama ve kurtarma faaliyetleri sırasında bu hizmetin gereği gibi işletilememesi nedeniyle doğan zararlardan; ancak, zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağı bulunduğunun saptanması, bir başka ifadeyle, davacının yakınlarının arama ve kurtarma faaliyetlerinin gereği gibi işletilmemesi sonucunda vefat ettiğinin tespit edilmesi halinde, idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilebilir*” gerekçesi ile afet yönetimi kapsamında yer alan arama kurtarma çalışmaları açısından idarenin hizmet kusuru oluşturabilecek halleri belirlenmiştir⁹⁵. Bu kararda da idarenin bir doğal afet sonrası hangi kamu hizmetini sunması gerektiği üzerinde durularak, bu hizmetin gereği gibi sunulmamasından doğan zarar dolayısıyla sorumlu olacağı vurgulanmıştır.

Ülkemizde gerçekleşen 6 Şubat depremi sonrasında depremden etkilenen bazı bölgelere arama kurtarma faaliyetleri için personelin 72 saat içinde bölgeye ulaşmalarına karşın, gerekli araçların yetersiz olması, idarelerin personel için uygun ortam ve koşulları sağlayamaması afet yönetimindeki yetersizliği gözler önüne sermiştir⁹⁶.

Afet yönetimi açısından afete maruz bölge ilanı da önem arz etmektedir. Afete maruz bölgenin belirlenmesi kararının bilimsel verilere uygun olarak verilmesi gerekirken, buna uygun hareket edilmemesi uyuşmazlık konusu olmuştur. 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’un 2. maddesinde; “*Su baskınına uğramış veya uğrayabilir bölgeler; İmar ve İskan Bakanlığının teklifi üzerine Devlet Su İşlerinin bağlı bulunduğu Bakanlıkça; yer sarsıntısı, yer kayması, kaya düşmesi ve çığ gibi afetlere uğramış veya uğrayabilir bölgeler ise, İmar ve İskan Bakanlığınca tespit ve bunlardan şehir ve kasabalarda meydana gelen ve gelebileceklerin sınırları imar planına, imar planı bulunmayan kasaba ve köylerde de belli edildikçe harita veya krokilere işlenmek suretiyle, afete*

⁹⁴ D14D, E. 2017/32, K. 2018/6646, KT. 14.11.2018, KY.

⁹⁵ D11D, E.2003/2072, K. 2005/5960, KT. 19.12.2005, KY.

⁹⁶ Kazım Baş, “Belediyelerin Afet Yönetimi Kapasitelerinin Değerlendirilmesi”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, 22(54), 2024, s.2109.

maruz bölge olarak Cumhurbaşkanınca kararlaştırılır ve bu suretle tespit olunan sınırlar, ilgili valiliklerce mahallinde ilan olunur.” hükmü ile afete maruz bölgenin hangi kurum tarafından hangi şartlar altında ilan edilebileceği belirtilmiştir.

Türkiye’de deprem kadar olmasa da sel doğal afeti de pek çok zarara yol açabilmektedir. Özellikle iklim krizi sebebiyle yağış deseninin değişmesi sonucunda ve mevcut yapılaşma ve altyapı sorunları nedeniyle sel doğal afeti ile karşılaşılma riski giderek artmaktadır. Meydana gelen sel baskınında davalı idareye ait setin yıkılması sonucunda, davacıya ait ev eşyalarının ve bahçede bulunan ağaçların zarar görmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta; taşkınları engellemek amacıyla yapılan taş bendin sel baskınına önleyecek sağlamlıkta ve kapasitede olmadığı, koruyucu bendin sağlıklı yapılmadığı ve bu nedenle davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğuna karar verilmiştir⁹⁷.

Son dönemde Danıştay tarafından verilen başka bir kararda ise; *“Bu durumda, dava konusu alanda yer kayması riskinin devam ettiği ve afete maruz bölge kararının kaldırılmasının can ve mal kaybına yol açabileceği sonucuna ulaşıldığından, dava konusu 12/05/2020, tarih ve 2520 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Cumhurbaşkanlığı Kararı uyarınca afete maruz bölge olarak belirlenen alanda 7269 sayılı Kanununun 14. maddesi ve 12/07/1993 tarih ve 5986 sayılı Genelge uyarınca yapı ve ikamete izin verilmemesi ve alanda su, elektrik, yol gibi altyapı hizmetleri verilmemesine ilişkin Afet ve Acil Durum Müdürlüğünün... tarih ve E.... sayılı işleminde hukuka aykırılık görülmemiştir.”* gerekçeleri ile idarenin afete maruz bölge ilanı hususunda hassas davranması gerekliliği ve idarenin bu sayede meydana gelebilecek afetler için tedbirli ve hazırlıklı olabileceği belirtilmiştir⁹⁸.

Heyelan sebebiyle uğranılan zarar için açılan bir davada Danıştay; *“İşaretli alanlardaki insanların can ve mal güvenliğinin tehlikeye düşmesi nedeniyle bu bölgeler için Afete Maruz Bölge Kararı alınması, bu alanlarda kalan konutların güvenli bir bölgeye nakledilmesi gerektiğinin belirtilmesi, taşınmazın davalı idarelerce tahliye edilmemesine ve yıkılmamasına karşın, ruhsatlı yapının Afete Maruz Bölge ilan edilen alanda kalması ve yapının kullanılabilmesi için zorunlu olan fen ve sağlık kurallarına uygunluğunu*

⁹⁷ D10D, E. 2013/5820, K. 2016/3001, KT. 30.05.2016, <<https://legalbank.net>>, Erişim tarihi 30 Eylül 2024.

⁹⁸ D6D, E.2020/9115, K.2023/2220, KT.02.03.2023, <<https://legalbank.net>>, Erişim tarihi 15 Nisan 2024.

ytirmesi nedeniyle davacı açısından gerçek bir zararın doğmadığından söz edilmesine olanak bulunmadığı,” gerekçesi ile idarenin hizmet kusuru sayılabilecek eylem ve işlemlerini sıralamıştır⁹⁹.

Davalı idarenin kusurlu bulunduğu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun bir kararında ise; “...bina inşaatının bitmesinden sonra, davacının bir daire satın alarak yerleştikleri binanın, davalı idarenin, inşaat aşamasında yerine getirmesi gereken, denetim ve yaptırım uygulama görevini de içeren hizmetini kusurlu olarak işletmesi sonucu ağır hasara uğradığı anlaşılmıştır. Bu durumda, davalı idare, deprem sonucu ağır hasar gören yapının inşası aşamasında yürütmesi gereken faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmemesi suretiyle ortaya çıkan hizmet kusuru nedeniyle oluşan zararı tazminle sorumlu bulunduğundan”¹⁰⁰ gerekçesi yer almaktadır.

B. Kişisel Kusur

Kişisel kusurda kamu görevlisinin sıfatı, görev araç gereci ya da doğrudan görevi ile alakalı olan kusur bulunmaktadır. Kamu görevlisinin resmi hizmeti yürütmesi esnasında, kamu araç gereçlerini kullanırken diğer bir ifade ile hizmetle ilgili olan bir kusur meydana gelmektedir. Kısaca kişisel kusur kavramında da idarenin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır¹⁰¹.

Kişisel kusurun mevcudiyeti halinde; Anayasanın 129. maddesine ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesine göre; kamu görevlisine rücu edilebilecektir. Kamu görevlisinin salt kusuru bulunduğu hallerde ise doğrudan kamu görevlisi sorumlu kabul edilecek ve dava personel aleyhine adli yargıda açılacaktır¹⁰².

Kişisel kusurun varlığında belirli bir kamu görevlisinin kusurlu hareketinin olması gereklidir. Bu kişinin belirlenmesi ile sorumlu olan idarenin de belirlenmesi mümkün olacaktır. İdari yargı yerlerinde kişisel kusurun bulunup bulunmadığının tespiti zarar gören açısından göz önüne alınması gereken bir husus değildir. Bu durum, idare ile personeli arasında ortaya çıkacak rücu ilişkisi bakımından önem teşkil etmektedir. Kişisel kusur sebebiyle zarara uğrayan, bu zarara yararlandığı kamu hizmeti sebebiyle

⁹⁹ D6D, E. 2013/549, K. 2013/4734, KT. 10.09.2013, <<https://legalbank.net>>, Erişim tarihi 10 Eylül 2024.

¹⁰⁰ DİDDK, E. 2008/106, K. 2012/1433, KT. 08.12.2012, KY.

¹⁰¹ Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 17. Bası, Seçkin Yayınları, 2023, s.580-581.

¹⁰² Çağlayan, s.680.

uğramıştır. Diğer yandan idare, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini ifa eden personelin kişisel kusuru sebebiyle tazminat ödemek durumunda kalarak zarara uğramıştır¹⁰³.

Doğal afetler nedeniyle zarara uğrayan kişilerin açacakları davalarda, sorumlu idarelerin belirlenmesi ve personelinin kişisel kusurunun olup olmadığının araştırılması önem arz etmektedir. Bu açıdan, hakkında soruşturma izni istenilen kamu görevlisinin soruşturulması amacıyla verilen iznin iptali için açılan davada Danıştay; bu kamu görevlisi hakkında; *“kısmen konut, kısmen çocuk parkı olarak ayrılan alana yapılan kaçak cami ve iki blok konut inşaatı hakkında Belediye Encümenince verilen yıkım kararlarını uygulamayarak 3194 sayılı İmar Kanununun 32 ve 42 nci maddelerine aykırı hareket ettiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığından, İçişleri Bakanı tarafından hakkında soruşturma izni verilmesine ilişkin ... gün ve ... sayılı karara karşı yaptığı itirazın reddine”* gerekçesi ile soruşturma izni verilmesini haklı bulmuştur¹⁰⁴.

“Deprem” bölgesi olan ülkemizde mevzuat açısından hiçbir eksiklik bulunmamaktadır. Hatta pek çok ülkeden daha ileride olduğu gözlemlenmektedir. Ancak iş uygulamaya geldiğinde idarenin yetkili personeli üzerinde yeterince denetim yapmadığı, rüşvet, görevi kötüye kullanma, kişisel çıkar gibi kusurlu hareketleri ile suç oluşturan eylemleri hakkında soruşturma izni vermediği ve suç duyurusunda bulunmadığı görülmektedir. Diğer bir deyişle Türkiye’de personel aleyhine dava açılmaması, yetkili ve sorumlu kişilerden hesap sorulamaması, doğal afetler sonrasında ders alınmamasına, beklenenden daha çok zarar görülmesine sebep olmaktadır. Bunun yanı sıra, idarenin sorumluluğu değerlendirilirken, hizmet kusuru kavramı içerisinde özellikle kamu hizmetini yürüten idarenin sorumlu personelinin de kusurlu davranması sonucunda, kişisel kusur kavramı hizmet kusuru kavramından ayrı tutulmamaktadır. Ayrıca bu personelin cezai sorumluluğu nedeniyle gerekli yargılama da çoğu zaman maalesef yapılmamaktadır.

SONUÇ

Türkiye, doğal afet bölgesi olarak kabul edilen ve yüksek risk grubunda yer alan bir ülkedir. Çok sık yıkıcı afetlerin yaşandığı ülkemizde, afet yönetimine ilişkin tartışmalar da devam etmektedir. Ülkemizde çeşidi ve

¹⁰³ Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.583-585.

¹⁰⁴ D2D, E.2000/598, K. 2001/1328, KT.15.05.2001, <<https://karararama.danistay.gov.tr>>, Erişim tarihi 30 Eylül 2024.

kaynağı oldukça fazla olan doğal afetlere ve özellikle depreme engel olmak mümkün değildir. Bu çerçevede en önemli husus, bir doğal afetin oluşması halinde meydana gelebilecek can ve mal kayıplarını en aza indirmek amacıyla afet öncesi, afet sırasında ve sonrasında alınacak tedbirlere ilişkin idarenin görevlerini yerine getirip getirmediğinin tartışılması ve sorumluluğuna ilişkin öneriler sunulmasıdır. Bu kapsamda vurgulamak gerekir ki; bir deprem ülkesi olan Türkiye’de maalesef, risklerinin azaltılması ve afetler olmadan önce önlem alınması yerine, doğal afet meydana geldikten sonra müdahale, zarar giderimi ve iyileştirme faaliyetleri üzerinde daha fazla durulduğu anlaşılmaktadır. Yaşanan kötü deneyimler de bu durumu doğrulamaktadır. Bir doğal afet sonrası yaşanan olumsuzlukların sebebini kamu yönetimindeki eksiklik ve aksaklıkta aramak ve sorumlulardan hesap sormak hukuk devletinin gereğidir. Bunun yerine getirilmesi için, iyi işleyen objektif bir “denetim sistemi”nin kurulması önemlidir. Yetkili kamu idaresi, mevzuat gereğince yürütmekle sorumlu olduğu denetim ve gözetim görevi uyarınca, doğal afetleri önceden öngörmeli, bölgeleri bunun için hazırlamalı, gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamalıdır. İdare görevini yerine getirmeyen kişi ve kurumları tespit etmeli ve yaptırım uygulanmasını sağlamalıdır. Bu husus, “Devletin Pozitif Yükümlülüğü” ve “İdarenin Sorumluluğu” çerçevesinde ele alınmalıdır. Zira doğal afet sonrasında kişilerin bazı temel hakları zarara uğramaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadına göre, devletler pozitif yükümlülükleri sebebiyle kişilerin güvence altına alınması gereken haklarını korumak için yargısal da olabilen kimi tedbirler almakla yükümlüdür. Öncelikle yaşam hakkını doğrudan etkileyen doğal afetlerin engellenmesi ya da zararlarının azaltılması devletin pozitif yükümlülüğüdür. Bunun yanın sıra, doğal afet sonrasında görülen davalardan anlaşılmaktadır ki, zarar görenlerin mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakları da zedelenmektedir.

Diğer taraftan kamu yönetimi (idare), meydana gelebilecek doğal afetler öncesinde kişilerin en az zararla kurtulabilmesi için gerekli teknik, yasal ve idari tüm önlemleri almak zorundadır. Afet sırasında ise; haberleşme ve ulaşım imkanlarını tekrar sağlama, boşaltma ve tahliye, kişilerin hasarlı konutlardan uzaklaştırılması işlemlerini yürütmek, geçici barınma alanlarını oluşturmak, kişilerin yiyecek, içecek, giyecek ihtiyaçlarını temin etmek, güvenlik tedbirlerini almak, zaman kaybetmeden hasar tespit çalışmalarını başlatmak, afet sonrasında meydana gelebilecek yangın, bulaşıcı hastalık, patlama gibi ikincil nitelikteki sorunları önlemekle yükümlüdür. Sonuç olarak idare, öncelikle doğal afeti önlemekle, sonrasında ise arama, kurtarma ve iyileştirme işlemlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

İdarenin mali sorumluluğu ilkesi, meydana gelen zararın idarenin mali hesabından zarar gören kişiye aktarılmasını öngörmekte ve bu zararın tazmin edilmesini amaçlamaktadır. Bu çerçevede karara bağlanmış ve görülmekte olan binlerce dava bulunmaktadır. Birkaç örneğine atıfta bulunduğumuz bu kararlarda; deprem olgusunun doğal bir olay olarak ortaya çıkmasının yanı sıra, idarece gerçekleştirilecek uygulamalarla doğabilecek zararların önlenmesi hatta ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca bazı kararlarda depremin mücbir sebep olduğu kabul edilebilmektedir. Ancak, günümüz teknolojisinde pek çok doğal afetin öngörülebilmesi nedeniyle mücbir sebebin daha dikkatli, ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ve sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak idare doğal afetleri önleyemese bile doğabilecek zararları öngörebilecek araç, gereç ve personele, mevzuatın kendisine verdiği güce sahiptir. Önemli olan bu gücü belli kişi veya grupların çıkarları lehine değil, kamu yararı çerçevesinde yerinde ve zamanında kullanmaktır. Ümit ederiz ki, bu yaklaşımla hareket eden bir kamu yönetiminin hizmet verdiği ve doğal afetlerin yıkıcı sonuçlarının yaşanmadığı bir sisteme kavuşalım.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe J, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler”, İnsan Hakları El Kitapları No:7, Avrupa Konseyi, 2020.
- Akduman Ö, “Türk Afet Mevzuatının Bütünleşik Afet Yönetimi Açısından İncelenmesi”, *İdealkent*, 16(45), s.1753-1784.
- Akyılmaz B/ Sezginer M/ Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 17. Bası, Seçkin Yayınları, 2023.
- Armağan T, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, 1. Bası, Seçkin Yayınları, 1997.
- Atay E, *İdare Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınları, 2019.
- Aydın M, *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2016.
- Azimli Çilingir G, *Türkiye’de Afet Yönetimi ve İdarenin Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Balamir M, “Afet Politikası, Risk ve Planlama”, *TMMOB Afet Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, TMMOB Yayınları, 2007, s.31-45.
- Baş K, “Belediyelerin Afet Yönetimi Kapasitelerinin Değerlendirilmesi”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, 22(54), 2024, s.2098-2116.
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku*, 15. Bası, Seçkin Yayınları, 2023.
- Çilingir Azimli G/ Örçen Güler İ, “Afet Politikalarında Risk Unsuru ve Afet Mevzuatında Risk Yönetimi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 3(1), 2020, s.152-165.
- Çolakoğlu Kaplan M, *İdari Yargı Kararları Kapsamında Deprem Nedeniyle İdarenin Kusur Sorumluluğu*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2024.
- Duran L, *Türk İdaresinin Sorumluluğu*, Sevinç Matbaası, 1974.
- Ergünay O, “Afet Yönetiminde Kurumsal Yapılanma ve Mevzuat Nedir? Nasıl Olmalıdır?”, *İstanbul Depremine Beklerken Sorunlar ve Çözümler Bildiriler Kitabı*, 20 Eylül 2008 CHP İstanbul Deprem Sempozyumu, 2008, s.95-104.

- Erkal T/ Değerliyurt M, “Türkiye’de Afet Yönetimi”, *Doğu Coğrafya Dergisi*, 14(22), 2009, s.147-164.
- Esen A, “Afet Zararlarının Azaltılması Bağlamında Avrupa Konseyinin Türkiye’de Yerel Yönetimler Hakkındaki İzleme Komitesi Raporu Üzerine Düşünceler”, *Avrasya Dosyası*, 15(1), 2024, s.9-37.
- Esin Y, *Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları: İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Balkanoğlu Matbaacılık LTD. Şti., 1973.
- Gökalp S. S, “Çevre Sorunları, Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu”, *Memleket Siyaset Yönetim (MSY)*, 17(38), 2022, s.267-300.
- Gözler K, *İdare Hukuku*, c.2, 3. Bası, Ekin Yayınları, 2019.
- Gözübüyük Ş, *Yönetim Hukuku*, 21. Bası, Turhan Kitapevi, 2004.
- Gözübüyük Ş/ Tan T, *İdare Hukuku*, c.1, 13. Bası, Turhan Kitapevi, 2019.
- Kozanoğlu G, *Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2020.
- Metin Y, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, 7(27), 2010, s.111-132.
- Özkan Duvan A, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 24(2), 2018, s.660-681.
- Özmen B/ Özden T, “Türkiye’nin Afet Yönetim Sistemine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 49, 2013, s.1-28.
- Özmen B/ Nurlu M/ Kuterdem K/ Temiz A, “Afet Yönetimi ve Afet İşleri Genel Müdürlüğü”, *Kocaeli Deprem Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı*, 2005, s.1472-1474.
- Partigöç N, “Afet Risk Yönetiminde Yapay Zekâ Kullanımının Rolü”, *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 15(4), 2022, s.401-411.
- Şengün H, “Afet Yönetimi Sistemi ve Marmara Depremi Sonrasında Yaşanan

Sorunlar”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2019-2023), 2019.

T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2024-2028), 2023.

T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Beş Yıllık Kalkınma Planı (2014-2018), 2013.

T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı, 2019-2023 Stratejik Plan, 2022.

Tümer Ö, “Doğal Afetlerde Afet Yönetimi ve Risk Azaltmada Yerel Yönetimlerin Rolü”, *Fiscaoeconomia*, 8(3), 2024, s.1495-1515.

Ulusoy A, *Türk İdare Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2023.

Yılmaz C, “Yerel Yönetimlerin Afet ve Acil Durum Yönetimindeki Yeri: Gaziantep Büyükşehir Belediyesi Örneği”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 23(3), 2024, s.1187-1213.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068

Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

HÜKÜMET DIŞI ÖRGÜTLERİN İNSAN HAKLARI HUKUKUNA ETKİLERİ: DOĞA HAKLARI İÇİN KÜRESEL İTTİFAK VE ULUSLARARASI DOĞA HAKLARI MAHKEMESİ ÖRNEĞİ

THE IMPACT OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS ON
HUMAN RIGHTS LAW: THE CASE OF THE GLOBAL ALLIANCE FOR
THE RIGHTS OF NATURE AND THE INTERNATIONAL RIGHTS OF
NATURE TRIBUNAL

Cansu KOÇ BAŞAR*  

ÖZET

Devletler ile toplum arasında köprü olma işlevi gören hükümet dışı örgütlerin önemi, iletişimin ve politikanın küreselleştiği, kolektif sorunların çoğaldığı günümüz kamusal yaşamında giderek artmaktadır. Küresel ölçekli sorunlar artarken hükümet dışı örgütlerin de bu sorunları çözme işlevlerinin güçlendiğini görmek ve daha da güçleneceğini söylemek mümkündür. Söz konusu bağlamda çevrenin korunması ve iklim krizi ile mücadele konularında gelişen sivil inisiyatiflerin yürüttükleri faaliyetler ve bu faaliyetler kapsamındaki etkililikleri ise dikkat çekici boyuttadır. Nitekim çevrenin korunması ve iklim krizi ile mücadele gibi konularda devletler ve şirketler yapıcı politikalar üretebilmekle beraber sivil toplumun takibine özellikle ihtiyaç duyan kurumlar pozisyonuna gelmişlerdir. Dolayısıyla eylem amaçlı hükümet dışı örgütler arasında gösterilebilecek olan ve çevrenin korunması amacıyla faaliyet gösteren hükümet dışı örgütler, çevreye ilişkin sorunların artmakta olduğu günümüz toplumlarında etkinliklerini ve etkililiklerini artırmaktadır. Doğa Hakları İçin Küresel İttifak (GARN) ve Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi ise söz konusu durumun önemli bir örneği olarak karşımıza çıkmaktadır.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı/İZMİR, **E-Posta:** cansu.koc@deu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-3597-971X, **DOI:**10.34246/ahbvuhfd.1473451.

- **Atf Şekli / Cite As:** Koç Başar C, “Hükümet Dışı Örgütlerin İnsan Hakları Hukukuna Etkileri: Doğa Hakları İçin Küresel İttifak ve Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi Örneği”, *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.159-196.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / *This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.*

Anahtar Kelimeler: Hükümet dışı örgütler, Doğanın hakları, Doğa hakları için küresel ittifak, Evrensel doğa ana hakları bildirisi, Uluslararası doğa hakları mahkemesi.

ABSTRACT

In today's public life, where communication and politics are globalizing and collective problems are growing, the importance of non-governmental organizations that serve as bridges between states and society is increasing. As global problems increase, it is possible to see that the functions of non-governmental organizations to solve these problems are strengthening and to say that this functions will become even stronger. In this context, the activities carried out by civil initiatives developing in the fields of environmental protection and combating the climate crisis and their effectiveness within the scope of these activities are remarkable. Indeed, while states and companies can produce constructive policies on issues such as protecting the environment and combating the climate crisis, they have become institutions that particularly need the monitoring of civil society. Therefore, non-governmental organizations that can be shown among action-oriented non-governmental organizations and operate for the protection of the environment are increasing their activities and efficiencies in today's societies where environmental problems are increasing. The Global Alliance for the Rights of Nature (GARN) and the International Court of the Rights of Nature stand out as important examples of this situation.

Keywords: Non-governmental organizations, Rights of nature, The global alliance for the rights of nature, Universal declaration of rights of mother earth world people's, International rights of nature tribunal.

EXTENDED ABSTRACT

In today's public life, where communication and politics are globalizing and social problems are increasing, the importance, functions and impact of non-governmental organizations (NGOs) are gradually increasing. In this context, it becomes inevitable that NGOs, as a bridge between the state and society, influence human rights law. Particularly, the significant impact of NGOs in the areas of environmental conservation and climate crisis mitigation is notable. Globalization has led to an increase in global-scale problems such as environmental degradation and climate crisis, highlighting the inadequacy of states or the private sector in addressing these issues, sometimes even contributing to them. Therefore, NGOs, particularly those focused on action and engaged in environmental protection (ENGOS), are enhancing their activities and effectiveness in today's societies where environmental concerns are escalating.

The Global Alliance for the Rights of Nature (GARN) stands as a significant example in this regard. GARN is a global network aimed at promoting the universal adoption and implementation of legal systems that recognize, respect, and enforce the rights of nature. Operating independently of any government and with a non-profit motive,

GARN advocates for a legal framework that acknowledges nature's inherent rights as separate entities deserving of legal protection. By pressuring governments and international human rights organizations to develop policies and laws recognizing nature's rights, GARN serves as an international pressure group. Furthermore, GARN provides governments and international human rights organizations with a roadmap for recognizing and protecting nature's rights, as well as preventing environmental degradation.

The effective initiative of GARN became tangible with the organization of the World People's Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth held in 2010. The conference saw the participation of representatives from over hundred and forty countries, including approximately thirty five thousand civil society organizations, government officials, intellectuals, artists, and scientists. During the conference, the Universal Declaration of the Rights of Mother Earth was adopted.

The Universal Declaration of the Rights of Mother Earth World People's recognizes the independent rights of non-human entities for the protection of human rights. It holds humans responsible for respecting and living in harmony with nature, emphasizing the obligation of all individuals, states, and corporations to respect and coexist with nature, as the well-being of humanity is inherently linked to the well-being of nature. Law possesses the inherent capacity to transform society, and the transformation of law can serve as a powerful catalyst for societal change. Acknowledging nature's laws and asserting nature's rights through legal means would aim to systematically transform universal legal principles.

To defend nature's rights and ensure the implementation of the Universal Declaration of the Rights of Mother Earth World People's, the International Rights of Nature Tribunal has been established. The International Rights of Nature Tribunal will support the efforts of nature rights advocates and the GARN. The International Rights of Nature Tribunal has emerged as an institution operating at the international level. The primary goal of the Tribunal is to promote, strengthen, support, and raise public awareness about the protection of rights of nature.

The International Rights of Nature Tribunal examines issues related to violations of nature rights and environmental degradation, thus preventing the potential ineffectiveness of the Universal Declaration of the Rights of Mother Earth. While the Tribunal's decisions are largely symbolic, some countries have implemented them. Additionally, the Tribunal's decisions are seen as capable of promoting the protection of nature rights and raising awareness in the international community.

In terms of the relationship between civil society and human rights law, GARN and the International Court of Nature are notable examples. For this reason, this article will focus on GARN and the International Court of Nature. Advocacy for the rights of nature led by GARN demonstrates a tendency to expand the subjects of rights within the field of human rights law. The acceptance of independent rights of nature proposes

a new approach within the general framework of human rights law. The feasibility of this proposal is demonstrated through the establishment of the International Rights of Tribunal, its decisions, and the effectiveness of the Tribunal's rulings. With this approach, the study will initially focus on the concept of non-governmental organizations, followed by an analysis of the structure and functioning of the GARN as a non-governmental organization and its advocacy for the rights of nature. In this context, particular emphasis will be placed on the Universal Declaration of the Rights of Mother Earth World People's. In the final stage of the study, the structure and functioning of the International Rights of Nature Tribunal will be examined, along with the analysis of Tribunal decisions and their effectiveness within this context.

GİRİŞ

Hükümet dışı örgütlerin kuramsal çerçevesi değerlendirilirken öncelikle bu kavramının çeşitli şekillerde tanımlandığı, hükümet dışı örgütlere nitelikleri ve işlevleri bakımından farklı değerler atfedilebildiği görülmektedir. Genel bir yaklaşım ile hükümet dışı örgütler ideal, inanç, düşünce, yaşam alanı, fiziksel özellikler gibi benzer değerlere sahip olan insanların bir araya gelmeleri ile belirli hedefler doğrultusunda ve gönüllülük esasına dayalı olarak faaliyetlerini yürüten, kamuoyunu bilinçlendirme ve/veya yönlendirme işlevi üstlenen kuruluşlar olarak tanımlanabilir. Hükümet dışı örgütler ekonomik ve idari olarak bir devlete bağlı olmayan, bu anlamda özerk ve kâr amacı gütmeyen oluşumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Hükümet dışı örgüt kavramı sivil toplum kuruluşu, gönüllü kuruluşlar ya da üçüncü sektör kuruluşları olarak da adlandırılabilir¹.

Ülkemizde hükümet dışı örgüt kavramı özellikle sivil toplum kuruluşu kavramı ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Çeviri itibariyle bakıldığında her iki kavramın da benzeri karşılığının olması, bu kavramların aynı içerikte ve hatta birbirleri yerine kullanılmalarının nedeni olarak görülebilir. Nitekim hükümet dışı örgütleri karşılayan “non-governmental organizations (NGOs)” teriminin tercümesi aynı zamanda sivil toplumun karşılığı olarak da kullanılmaktadır. Bu yönüyle “NGOs” ifadesinin çevirisi olan hükümet dışı örgütler, sivil toplum kuruluşlarını da kapsayacak şekilde, geniş anlamda kullanılan bir kavram olarak

¹ Gökhan Tuncel, “Ulus Devletin Dönüşümünde Hükümet Dışı Örgütlerin Etkisi”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 28(2), 2014, s. 42; Fatma Neval Genç / Ümrân Erdoğan, “Yerel Demokrasi ve Kalkınma Bağlamında Sivil Toplum Kuruluşlarının Rolü: Aydın Örneği”, *Yerel ve Bölgesel Kalkınma: Küresel ve Yerel Bakış Açılırları*, <https://akademik.adu.edu.tr/fakulte/nazilliibf/webfolders/01_1.pdf>, Erişim Tarihi 10 Kasım 2023, s. 173.

karşımıza çıkabilmektedir². Bununla beraber hükümet kavramının ülkemizde dar anlamda kullanılmasından ötürü “NGOs” kavramının sivil toplum kuruluşlarının tam karşılığı olamayacağı düşünülebilir. Buna paralel biçimde hükümet dışı örgüt ifadesinin de benzer değerlere sahip olan insanların bir araya gelmeleri ile belirli hedefler doğrultusunda ve gönüllülük esasına dayalı olarak faaliyetlerini yürüten, kamuoyunu bilinçlendirme ve/veya yönlendirme işlevi üstlenen kuruluşlar şeklindeki tanımın ötesine geçeceği söylenebilir³. Bu çalışmada ise sözü edilen kavramların ayrıntılı bir analizi yapılmayacaktır. Çalışmada Doğa Hakları İçin Küresel İttifak (The Global Alliance for the Rights of Nature / GARN) ve Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi örneği üzerinden NGO’ların uluslararası insan hukuku bakımından etkililiği üzerine odaklanılacağından “hükümet dışı örgüt” kavramının kullanılması uygun görülmüştür.

Hükümet dışı örgütlerin genel itibarıyla kabul edilen ve tespit edilmiş işlevlerinden ilki, kamuoyu oluşturarak bireylerin, toplumların ve konumuz özelinde de belirtmek gerekir ki doğa gibi insan dışındaki canlıların ihtiyaçlarının ve taleplerinin dile getirilmesini sağlamaktır. NGO’ların bir diğer işlevi ise toplum yapısındaki çoğulculuğu sağlamak, korumak ve bu yolla piyasa değerlerine karşı dengeleyici bir unsur oluşturmaktır. Ayrıca NGO’ların kendi oluşumları içerisinde katılımcılığa ve çoğulculuğa dayalı kültürlerinin olması beklenmektedir. Katılımcı ve çoğulcu yapıda olması beklenen NGO’larda gönüllü bireyler bulunacak ve bu anlamda NGO’lar söz konusu yönetim tarzını deneyimlemiş ve çoğulcu bakış açısını edinmiş bireylerin yetişmesi işlevi de görecektir. Ayrıca NGO’lar sosyal refahın sağlanması ve istihdama ilişkin konularda projeler üretmek, destekleyici ve alternatif politikalar sunmak gibi işlevlere de sahip olabilmektedirler⁴. Bu noktada belirtmek gerekir ki NGO’ların bahsi geçen işlevleri, demokratik ve çoğulcu bir yapı içerisinde gelişen ve bu özellikleri kendi yapılarında ve amaçlarında benimseyen kuruluşlar olarak ifade edilebilecek ideal bir tanımdan yola çıkılarak ortaya konulmaktadır.

² İbrahim Yıldırım, *Demokrasi Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim*, Seçkin Yayınları, 2004, s. 53; Nematollah Aghabalaei Fanid, “Hükümet-Dışı Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Yargılamadaki Etkisi (Mahkeme Dostları)”, *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*, 7(4), 2020, s. 2788.

³ İoanna Kuçuradi, “Sivil Toplum Kuruluşları: Kavramlar”, *Üç Sempozyum Sivil Toplum Kuruluşları*, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, Numune Matbaacılık, 1998, s. 24-25.

⁴ Mustafa Talas, “Sivil Toplum Kuruluşları ve Türkiye Perspektifi”, *Türklük Bilimi Araştırmaları*, (29), 2011, s. 392.

Başka bir taraftan işlevleri açısından NGO'ları amaca yönelik, uzmanlık alanı olan ve eylem amaçlı hareket eden NGO'lar olarak sınıflandırmak mümkündür. Amaca yönelik NGO'lar genellikle araştırma enstitüsü, dernek ya da vakıf kimliği ile ortaya çıkmaktadır. Daha çok uluslararası düzeydeki Uluslararası Hukukçular Komitesi, Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Dünya Barış Konseyi gibi NGO'ların amaca yönelik işlevleri belirginleşmektedir. Uzmanlık alanı olan NGO'lar ise genellikle bazı NGO'lar arasındaki koordinasyonu, kontrolü ve verimliliği artırmak amacıyla hareket eden kuruluşlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Eylem amaçlı NGO'lar ise belirli alanlarda uzmanlaşarak hizmet verebilirler ve faaliyet alanlarına göre sınıflandırılırlar. Bu çalışmanın konusu olan çevrenin korunması amacıyla faaliyet gösteren NGO'lar (Environmental NGOs / ENGOs) da eylem amaçlı NGO'lar arasında yer almaktadır⁵.

NGO'lara ilişkin olarak gösterilen işlevlerin sınırlı olmadığını söylemek mümkündür. NGO'ların işlev bakımından sınırları katı bir biçimde çizilmiş değildir. Özellikle kamunun ve özel sektörün bazı sorunlara yeterli ölçüde cevap veremediği alanlarda, NGO'lar bakımından yeni işlevlerin ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir. Nitekim günümüzde devam eden küreselleşme süreci ve neoliberal politikalar kapsamında özelleştirmelerin artmasıyla küçülen devletlerin dışarıda bıraktığı ve özel sektörün de dâhil olmadığı hizmet alanlarının ihtiyaçları NGO'lar tarafından karşılanabilmektedir⁶. Özellikle demokratik değerlerin ve insan haklarının güvence altında olması gereği, bir ihtiyaçlar sistemine işaret etmektedir. İnsan haklarının korunması pek çok yönüyle siyasetin ve politik olanın yalnızca devlete dayalı siyaset üretmenin yetersiz kalabileceğini ortaya koymaktadır. Bu durumda ise NGO'ların insan haklarının korunması üzerindeki etkililiğinin artması söz konusudur. Devletler ile toplum arasında köprü olma işlevi de gören NGO'ların önemi, iletişimin ve politikanın küreselleştiği günümüz kamusal yaşamında giderek artmaktadır⁷.

Söz konusu bağlamda çevreye ilişkin faaliyet gösteren NGO'ların çalışmaları, özellikle dikkat çekici görünmektedir. Esasen çevreyle ilgili devlet dışı aktörlerin, genellikle hükümetten destek görebilmeleri ve dolayısıyla onunla iş birliği yapmaları beklenir. Buna karşın NGO'ların geniş

⁵ Kemal Başlar, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar Vestfalya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum*, Nobel Yayınları, 2005, s. 36-37.

⁶ Yıldırım, s. 73.

⁷ Gülgün Tosun, "Türkiye'de Devlet-Sivil Toplum İlişkisi Bağlamında Demokrasinin Pekışmesi Yönündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım", *Ege Akademik Bakış*, 1(1), 2001, s. 225-228.

bir profesyonel beceri yelpazesine sahip olup bağımsız çalışabilen ve hatta zaman zaman hükümetlerle çatışabilen kuruluşlar olarak bir anlamda koruma mekanizması şeklinde çalıştıkları da görülebilmektedir. Bununla beraber özellikle Batı ülkeleri dışında kalan bazı ülkelerdeki çevreye ilişkin faaliyet gösteren devlet dışı aktörlerin görevleri ise hemen hemen hükümetlerin belirlediği sınırlar içinde halkı bilinçlendirme ve belirli kampanyalar düzenleme gibi daha sınırlı bir role sahip olabilmektedir. Bu tip devlet dışı aktörler ancak uluslararası kuruluşlarca desteklendiklerinde, faaliyetleri bakımından görünür hâle gelebilirler ve kamuoyu oluşturma kabiliyetine sahip olurlar⁸.

Dolayısıyla çevreye ilişkin NGO'ların uluslararası nitelikte faaliyet göstermeleri ya da ulusal düzeyde kurumsallaşmış olsalar dahi uluslararası alanda faaliyet gösteren diğer sivil inisiyatiflerle işbirliği içerisinde olabilmeleri, bu kuruluşların etkililiği açısından oldukça önemli görünmektedir. Nitekim çevreye ilişkin sorunlar günümüzde, insanlığın ortak endişesi hâline geldiğinden küresel ölçekli sorunlar olarak değerlendirilmektedir. Bu sorunlara devletlerin ya da özel sektörün cevap vermede yetersiz kalmaları söz konusu olabilmektedir. Bu noktada özellikle uluslararası nitelikte ve çevreye ilişkin faaliyet gösteren NGO'ların işlevlerinin güçlendiği görülmektedir ve bu işlevlerin daha da güçleneceği söylenebilir.

Çevrenin korunması ve iklim krizi ile mücadele gibi konularda, devletler ve şirketler yapıcı politikalar üretebilmektedir; ancak aynı zamanda devletler ve şirketler sözü edilen konularda sivil toplumun takibine özellikle ihtiyaç duyan kurumlar pozisyonundadır. Dolayısıyla çevrenin korunması amacıyla faaliyet gösteren NGO'lar çevreye ilişkin sorunların artmakta olduğu günümüz toplumlarında, etkinliklerini ve etkililiklerini artırmaktadır. Söz konusu fikir ile yola çıkılan bu çalışmada ilk inceleme konusu, bahsi geçen tespitlerin önemli bir örneğini teşkil eden, çevreye ilişkin konularda faaliyet gösteren ve uluslararası nitelikte bir NGO olan GARN olacaktır.

GARN doğanın haklarını tanıyan, ona saygı gösteren ve doğanın haklarının evrensel olarak benimsenmesini teşvik eden küresel bir ağ olarak karşımıza çıkmaktadır. Ekonomik ve idari olarak herhangi bir devlete bağlı olmayan, kâr amacı gütmeyen ve gönüllülük esasına dayalı olarak çalışmalarını yürüten GARN, doğanın haklarını birey haklarından bağımsız, müstakil haklar olarak

⁸ Jonathan Schwartz, "Environmental NGOs in China: Roles and Limits", *Pacific Affairs*, 77(1), 2004, s. 46.

tanıyan bir hukuk sisteminin oluşturulmasını savunmaktadır. Hükümetleri ve uluslararası insan hakları örgütlerini, doğanın haklarını tanıyan politikaları ve hukuk kurallarını geliştirmeye ve uygulamaya teşvik eden GARN, uluslararası kamuoyunun dikkatini çekmektedir ve konuya ilişkin önemli bir baskı unsuru oluşturmaktadır⁹.

GARN'nin çalışmalarının etkililiği özellikle, GARN ve Bolivya'nın ortak çabalarıyla 19-22 Nisan 2010 tarihlerinde düzenlenen Dünya Halklarının İklim Değişikliği ve Doğa Ana Hakları Konferansı ile somutlaşmıştır. Konferans'a yüz kırktan fazla ülkeden ortalama otuz beş bin sivil toplum örgütü temsilcisi, hükümet yetkilisi, aydın, sanatçı ve bilim insanı katılmıştır. Bu Konferans'ta Evrensel İnsan Hakları Bildirisi örnek alınarak Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi kabul edilmiştir¹⁰.

Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi, insan haklarının korunabilmesi için doğanın insandan bağımsız haklarının tanınması gereğini vurgulamaktadır. Bildiri'de doğayla uyum içinde yaşama ve ona saygı gösterme, tüm insanların sorumluluğu olarak kabul edilmektedir. Buna göre bireyler, devletler ve şirketler doğanın haklarını kabul ederek ve doğa ile uyum içinde yaşamak zorundadır. Nitekim insanlığın refahı, doğanın refahıyla doğrudan ilişkilidir. Bu bakışla doğanın bağımsız haklarını tanıyan ve koruyan yasaları kabul etmek ve hukuki yollarla doğanın haklarını ileri sürmek gerekli görülmektedir. Sözü edilen bu yaklaşım, evrensel hukuki prensipleri sistematik olarak dönüştürmeyi ve geliştirmeyi amaçlamaktadır¹¹.

Doğanın haklarını savunmak ve Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin uygulanmasını sağlamak için ise Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme'nin kurulması ile doğanın haklarını koruyan, doğa hakları savunucularının ve GARN'nin çabalarını destekleyecek, daimi

⁹ The Global Alliance for the Rights of Nature, <<https://www.garn.org/about-garn/>>, Erişim Tarihi 15 Kasım 2023.

¹⁰ Peter Burdon, Earth Rights: The Theory, *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal*, (1), 2011, s. 1; Peoples Conference on Climate Change and Mother Earth Rights, <<https://pwccc.wordpress.com/>>, Erişim Tarihi 7 Eylül 2024; Merthan Özcan, "İklim Değişikliği ve Doğa Ana'nın Hakları Dünya Halklar Konferansı", *Ekosoyalist Dergi*, 10(5), s. 2; Living Law, Giving Nature a Voice, 2018, <<https://www.garn.org/wp-content/uploads/2021/09/Giving-Nature-a-Voice-2.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Eylül 2024, s. 13.

¹¹ Cormac Cullinan, "The Legal Case for the Universal Declaration of the Rights of Mother Earth", <<https://www.garn.org/wp-content/uploads/2021/09/Legal-Case-for-Universal-Declaration-Cormac-Cullinan.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Eylül 2024.

bir uluslararası mahkemenin oluşturulması hedeflenmiştir¹². Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi, doğa hakları ihlallerine ilişkin iddiaları değerlendirmektedir, çevresel tahribat ile ilgili konuları incelemektedir ve Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin etkisiz kalma olasılığının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Mahkeme'nin kararları sembolik olmakla diğer bir deyişle bağlayıcı nitelikte olmamakla beraber bu kararların uluslararası farkındalığı yükselten nitelikte olduğu söylenebilir. Söz konusu fikirle bu çalışmanın bir diğer konusu, Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi olacaktır.

Bahsi geçen bağlamda bu çalışmada sivil toplum ve insan hakları arasındaki ilişkinin GARN ve Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi örnekleri üzerinden somutlaştırılması amaçlanmaktadır. Çalışmada öncelikle GARN'nin yapısı ve işleyişi ele alınacak, ardından Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi ve bu bağlamda GARN'nin doğanın hakları savunusu analiz edilecektir. Çalışmanın devamında ise GARN'nin girişimleri ile kurulan Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin yapısı ve işleyişi ele alınacak ve Mahkeme kararları ile bu kararların etkililiği üzerinde durulacaktır.

I. DOĞA HAKLARI İÇİN KÜRESEL İTTİFAK (GARN)

A. Yapısı ve İşleyişi

GARN, 2010 yılında bir devlete ya da şirkete bağlı olmaksızın sivil bir inisiyatif olarak kurulmuştur. GARN bünyesinde bir ülke ya da bölge ile sınırlı olmaksızın dünyanın birçok yerinden ortak değerlere sahip insanlar yer almaktadır. Bu kuruluş, sürdürülebilir bir gelecek sağlama amacına yönelmektedir ve söz konusu amaçla doğa ile uyumlu bir yaşamı, doğanın başlı başına bir varlık olarak diğer canlılardan ayrı bir şekilde hak sahibi olduğu bir hukuk sistemini savunmaktadır¹³. Bu bağlamda GARN, insan hakları hukuku sistemini geliştirme ve hatta dönüştürme niteliği taşıyacak faaliyetler göstermektedir.

Nitekim günümüz hukuk sistemleri doğayı, genel itibariyle, bir nesne olarak kabul etme eğilimindedir. Çevreye ilişkin haklarla da esasen bir nesne olarak görülen doğanın, bireylere zarar verecek ölçüde tahrip edilmesini

¹² International Rights of Nature Tribunal, History Rights of Nature Tribunal, About us and the history of the RoN Tribunals, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/about-us/>>, Erişim Tarihi 7 Eylül 2024.

¹³ Mehmet Güneş, "Uluslararası Çevre Hukukunda Yeni Arayışlar: Doğanın Hakları Uluslararası Mahkemesi Örneği", *XXI. Asırda Çevre Meselelerine Hukuki Yaklaşımlar Sempozyumu*, II. Başlık.

önlemek amaçlanmaktadır. Günümüzde çevre kirliliği ve iklim krizi ile beraber gelen noktada ise çevre hakkına ilişkin mevcut yasal hükümlerin, doğanın tahribatını engellemekte yetersiz kaldığı açıkça görülebilmektedir. Çevreye ilişkin sorunlar, evrensel boyutta ve nesiller arası bir sorun hâline gelmiştir. Doğanın müstakil haklarını kabul etme fikri, bu geniş çaplı soruna çözüm üretme ve doğanın mahkemelerde talep edilebilecek ve uygulanabilecek haklara sahip bir yasal özne olarak tanınmasını sağlama amacı taşımaktadır. GARN da doğanın korunması ve biyolojik çeşitliliğin sürdürülebilirliği için bu yasal değişimin zorunlu olduğunu savunur. Doğanın müstakil haklarını kabul etme fikri, insan ile doğa arasındaki ilişkiyi yeniden tanımlayan geniş bir sosyoekolojik dönüşüme işaret etmektedir ve mevcut insan hakları hukuku uygulamasının birey merkezli anlayışından farklılaşmaktadır. Bu yaklaşım, insanın doğanın bir parçası olduğu varsayımına dayanır ve toplumun tamamını kapsayan, çevresel sürdürülebilirliği sağlamaya yönelmiş bir değişimi hedefler¹⁴. Tam da bu bakış açısına sahip olan insanlar tarafından kurulmuş olan GARN'nin altı kıtaya yayılmış, doksan dokuz farklı ülkeden üyesi bulunmaktadır ve bu üyeler arasında gönüllü bireylerin yanı sıra pek çok kuruluş da yer almaktadır¹⁵.

Daha önce de üzerinde durulduğu gibi hükümet dışı örgütlerin öncelikli belirleyici özelliğinin ideal, inanç, düşünce, yaşam alanı, fiziksel özellikler gibi benzer değerlere sahip olan insanların bir araya gelmeleri ile belirli hedefler doğrultusunda ve gönüllülük esasına dayalı olarak faaliyetlerini sürdürmeleri olduğu söylenebilir¹⁶. GARN da doğa ve çevre duyarlılığına ve bu anlamda benzer değerlere sahip insanların, gönüllü olarak bir araya gelerek kurduğu bir örgüttür¹⁷. Dolayısıyla GARN, diğer vasıfları ile beraber bu vasfı ile de bir hükümet dışı örgüt özelliği taşımaktadır.

Ayrıca GARN, -çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere- bildiri hazırlamak ve yayımlamak, yayımladığı bildirinini tamamen etkisiz ve soyut bir temenni olarak kalmasını engellemek adına

¹⁴ Constantin Bittner / Daniel Boston / Fabian Scholtes / Steffen Ulrich, *Rights of Nature Challenging the "human-nature" relationship?*, Misereor, 2023, s. 3.

¹⁵ The Global Alliance for the Rights of Nature, <<https://www.garn.org/>>, Erişim Tarihi 8 Aralık 2023; The Global Alliance for the Rights of Nature, Members and Member Organizations, <<https://www.garn.org/our-members/>>, Erişim Tarihi 8 Aralık 2023.

¹⁶ Tuncel, s. 42; Genç / Erdoğan, s. 173; Schwartz, s. 34.

¹⁷ The Global Alliance for the Rights of Nature, <<https://www.garn.org/>>, Erişim Tarihi 8 Aralık 2023; The Global Alliance for the Rights of Nature, Members and Member Organizations, <<https://www.garn.org/our-members/>>, Erişim Tarihi 8 Aralık 2023.

koruma mekanizması oluşturmak gibi faaliyetler göstermektedir¹⁸. Böylece GARN, uluslararası kamuoyunu bilinçlendirme ve yönlendirme işlevi üstlenmektedir ve bunun da ötesinde devletlerin, şirketlerin ve uluslararası toplumun doğa hakları konusunda dikkatini çekmeyi amaçlamaktadır. Söz konusu özellikleri ile GARN'nin eylem amacı ön plana çıkan bir NGO olduğunu söylemek mümkündür.

GARN işleyişinde ise bir ana merkeze bağlı değildir ve belirli bir coğrafi bölgede ve/veya belirli bir konuda faaliyet gösteren birden çok merkez aracılığıyla çalışmalarını yürütmektedir. GARN'nin coğrafi bölge ve/veya konu özelinde birden çok merkez aracılığı ile çalışmasındaki hedef, kuruluşun küresel ölçekli etkinliklerini artırmak ve GARN'nin mevcut üyelerinin benzer dünya görüşlerine sahip diğer kişilerle bağlantı kurmalarını ve işbirliği yapmalarını kolaylaştırmaktır. GARN'nin çalışmalarını yürüttüğü merkezler, belirli bir coğrafi bölgede faaliyet gösteren, belirli özellikleri veya ilgi alanlarını paylaşan GARN üyeleri tarafından kurulmaktadır ve yönetilmektedir. Merkezlerin temel hedefleri; doğa haklarına odaklanan kuruluşlar, topluluklar ve bireyler için özel destek ve ağ oluşturma imkânlarını artırmak, doğa haklarının tanınması ve uygulanması için işbirlikleri kurmak ve ortak stratejiler geliştirmek, yerel ve bölgesel girişimlere destek sağlamak, acil ihtiyaçlara ve eylem çağrılarına yanıt vermek ve temel doğa hakları mücadeleleri için görünürlük sağlamaktır¹⁹.

GARN bünyesinde Eylül 2024 tarihi itibarıyla Gençlik Merkezi, Avrupa Merkezi, Latin Amerika Merkezi, Afrika Merkezi, Yerli Konseyi, Akademik Merkez ve Hukuk Merkezi olmak üzere bölgelere ve ilgi alanlarına göre belirlenmiş yedi merkez bulunmaktadır²⁰. GARN'nin iş akışını sürdüren merkezlerinin ve merkez temsilcilerinin yanı sıra kuruluşun genel işleyişini yürüten ve koordinasyonunu sağlayan icra komitesi²¹ ve danışma kurulu²² da

¹⁸ Özcan, s. 2; Living Law, s. 13; Cormac Cullinan, "Governing People as Members of the Earth Community", <https://www.garn.org/wp-content/uploads/2021/09/Cullinan_GovPeople_EarthCom.pdf>, Erişim Tarihi 9 Eylül 2024, s. 6; International Rights of Nature Tribunal, History of the Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/about-us/>>, Erişim Tarihi 15 Şubat 2024.

¹⁹ The Global Alliance for the Rights of Nature, GARN Hubs, <<https://www.garn.org/hubs/>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2024.

²⁰ The Global Alliance for the Rights of Nature, GARN Hubs, <<https://www.garn.org/hubs/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

²¹ The Global Alliance for the Rights of Nature, Executive Committee, <<https://www.garn.org/executive-committee/#executive-committee-members>>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2023.

²² The Global Alliance for the Rights of Nature, Advisory Board, <<https://www.garn.org/>>

bulunmaktadır.

Görülüyor ki GARN'nin yapısı ve işleyişi, doğa hakları konusundaki geniş vizyonunu ve küresel etkinliğini destekleyen bir temele oturmaktadır. Kuruluşun bu alandaki hedefleri, yalnızca organizasyonun iç yapısını değil, aynı zamanda uluslararası platformda doğa hakları konusunda nasıl bir etki yaratabileceğini de yansıtmaktadır. Bu bağlamda GARN'nin temel belgelerinden biri olan Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi, doğanın haklarına dair savunulan prensiplerin ve amaçların somut bir ifadesi olmuştur. Söz konusu bakışla çalışmanın bu aşamasında Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi, doğanın bağımsız haklarının tanınması ve korunması konusunda ön gördüğü temel önermeler bağlamında detaylı olarak incelenecektir.

B. Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi ve Doğanın Hakları Savunusu

GARN'nin eylem amacını somutlaştıran en etkili girişiminin 19-22 Nisan 2010 tarihlerinde düzenlenen Dünya Halklarının İklim Değişikliği ve Doğa Ana Hakları Konferansı'nın gerçekleşmesi ile ortaya çıktığı söylenebilir. Bu Konferans, GARN'nin ve Bolivya'nın girişimleri ile Cochabamba, Bolivia'ya gerçekleşmiştir. Konferans'a yüz kırktan fazla ülkeden ortalama otuz beş bin sivil toplum örgütü temsilcisi, hükümet yetkilisi, aydın, sanatçı ve bilim insanı katılmıştır²³. Bu Konferans'ta Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi kabul edilmiştir.

22 Nisan 2010 tarihli Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi, giriş bölümü ile dört maddeden oluşmaktadır²⁴. Bildiri'nin giriş bölümünde öncelikle, dünya halkları ve ulusları olarak hepimizin ortak bir kadere bağlı olduğu vurgulanmıştır ve tüm insanların birbirine bağımlı varlıklardan oluşan bölünmez ve yaşayan bir topluluk olarak doğa ananın bir parçası olduğunun göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir²⁵. Bu bağlamda henüz Bildiri'nin giriş bölümünün başlangıcında, üçüncü kuşak haklar olarak ifade edilebilen çevre hakkının da içerisinde yer aldığı kolektif hakların genel bir çerçevesi çizilmektedir.

executive-committee/#advisory-board-members>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2023.

²³ Burdon, s. 1; Özcan, s. 2, Living Law, s. 13.

²⁴ Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi için bkz. Universal Declaration of Rights of Mother Earth World People's, Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth Cochabamba, Bolivia 22 April 2010, <<https://www.garn.org/wp-content/uploads/2021/09/FINAL-UNIVERSAL-DECLARATION-OF-THE-RIGHTS-OF-MOTHER-EARTH-APRIL-22-2010.pdf>>, Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

²⁵ Universal Declaration of Rights of Mother Earth World People's, Preamble, prg. 1.

Nitekim kolektif hakların yalnızca varlığının tanınması değil, fiili olarak kullanılabilmesi ve hayata geçirilebilmesi için hakkın karşılığında talep edilmesi gereken yükümlülükler, genellikle, ulus devletleri aşmaktadır. Bireyler bu haklara ilişkin istemlerini, yalnızca vatandaşı oldukları devlete yöneltmemektedir. Yönelindikleri konular itibariyle kolektif haklar, esasen belirli bir toplumsal yaşam biçimini talep eder niteliktedir. Bu nedenle söz konusu hakların kullanımı, dayanışma ve kolektif çaba gerektirir. Bu dayanışma ve çabayı gösterecek olanlar ise bireyler, birey grupları, devletler, devlet dışındaki kamu kurumları ve özel kuruluşlardır²⁶. Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin giriş bölümünde yapılan ortak kader ve bağlılık vurgusu kolektif hakların belirleyici özelliği olan dayanışma gereksinimini, ortak çaba ihtiyacını ve ortak bir yaşam biçimi oluşturma tercihini vurgulamaktadır.

Bildiri'nin giriş bölümünde ayrıca insan haklarının korunabilmesi için doğa ananın haklarının tanınması ve savunulması gereği üzerinde durulmaktadır²⁷. Bildiri'nin doğa ana başlıklı ilk maddesinde ise doğa ananın yaşayan bir varlık olarak kabul edildiği görülmektedir. İlgili maddede doğa ananın var oluşundan kaynaklanan, kendine ait devredilmez hakları olduğu ifade edilmiştir²⁸. Bildiri'de yaşam hakkı, saygı görme hakkı, insan kaynaklı engellemelere maruz kalmaksızın kendi yaşamsal döngüsünü sürdürebilme hakkı, su hakkı, temiz hava hakkı, sağlık hakkı gibi haklar doğa ananın kendisine ait devredilmez hakları olarak sayılmıştır²⁹.

Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nde esasen henüz Bildiri'nin isminde ortaya konulduğu ve ilk iki maddesinde de açıkça dile getirildiği üzere, insan hakları hukuku kapsamında insan olmayan varlıkların haklarının da insanların çıkarıyla ve haklarıyla eşit derecede önemli olabileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda Bildiri'de doğanın haklarının insanlardan bağımsız olarak ele alınabileceği ortaya konulmaktadır. Bildiri'de doğanın insandan bağımsız bir varlık olarak haklarının tanınması ve korunması,

²⁶ Karel Vasak, "A 30-Year struggle The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *The Unesco Courier*, Unesco, 1977, s. 29; S. Domaradzki / M. Khvostova / D. Pupovac, "Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse", *Human Rights Review*, (20), 2019, s. 425; Marjoleine Y. A. Zieck, "The Concept of "Generations" of Human Rights and the Right to Benefit from the Common Heritage of Mankind with Reference to Extraterrestrial Realms", *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 25(2), 1992, s. 167-168.

²⁷ Universal Declaration of Rights of Mother Earth World People's, Preamble, prg. 5.

²⁸ Universal Declaration of Rights of Mother Earth World People's, Article 1 (1), Article 1 (4).

²⁹ Universal Declaration of Rights of Mother Earth World People's, Article 2 (1).

insanların da haklarının korunmasının bir güvencesi olarak kabul edilmiş ve bu bağlamda insan hakları hukukunun birey merkezli anlayışına farklı bir model sunulmuştur³⁰. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki çevre hakkının kolektif bir hak olarak kabul edilmesinde olduğu gibi, doğanın haklarının insanlardan bağımsız olarak kabul görmesi, çevre hakkının aynı zamanda bireye ait bir hak olmasının önünde engel teşkil etmemelidir. Burada önerilen modelin amacının bireye ait bir hakkı daraltmak ya da kullanılamaz hâle getirmek değil, insan haklarının birey merkezli anlayışının geliştirilmesi ve genişletilmesi olduğu görülmektedir.

GARN'nin kurucuları arasında yer alan Craig M. Kauffman ve Pamela L. Martin, 2018 yılında GARN'nin ev sahipliği yaptığı Uluslararası Doğa Hakları Sempozyumu hakkındaki görüşlerini ortaya koyarken doğanın hakları savunusunun insan hakları hukukuna yeni bir bakış açısı kazandırma amacı taşıdığını açıklamışlardır³¹. Kauffman ve Martin, kanunların toplumların dünya görüşünü yansıttığını ve yeni dünya görüşleri ürettiğini belirtmektedir. Bu yaklaşımla kanunlar, esasen toplumların uygun gördüğü değerler ve tutumlardır. Dolayısıyla hukuk, toplumu dönüştürme potansiyeli taşıyabilir ve hukuku dönüştürmek toplumu dönüştürmenin bir yöntemi olabilir. Doğa yasalarını kabul etmek ve doğanın hakları olduğunu hukuk yoluyla ortaya koymak ise evrensel hukuk kurallarında sistematik bir dönüşümü amaçlamak anlamına gelecektir³².

Sözü edilen yaklaşımları ile Kauffman ve Martin, doğanın hakları savının hukuki bir zemine kavuşması talebini, toplumsal bir bakış açısı değişimi olarak nitelendirmektelerdir. Bu bağlamda Batı merkezli insan hakları hukuku sistemine önemli bir yaklaşım farkı ortaya konulmaktadır ve insan hakları hukukunun birey merkezli anlayışından farklı bir model sunulması bireylerin haklarının korunmasının da daha güçlü bir hâle gelebileceği öne sürülmektedir.

Nitekim Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nde de işaret edildiği üzere insan haklarının korunması, insan dışındaki varlıkların müstakil haklarının olduğunun kabulü ile güçlenebilecektir. Bildiri'de bu bakış açısına uygun olarak insan, doğaya karşı sorumlu tutulmaktadır. Bildiri'de tüm insanların, devletlerin ve şirketlerin doğaya karşı saygı gösterme ve onunla uyum içinde

³⁰ Seth Epstein, "Rights of Nature, Human Species Identity and Political Thought in the Anthropocene", *The Anthropocene Review*, 10(2), 2023, s. 423.

³¹ Craig M. Kauffman / Pamela L. Martin, *The Politics of Rights of Nature: Strategies for Building a More Sustainable Future*, MIT Press, 2021, s. 216-217.

³² Kauffman / Martin, s. 216-217.

yaşama yükümü olduğu vurgulanmaktadır³³ ve aynı zamanda bugün ve gelecekte insanlığın refahının, doğanın refahının sağlanmasına bağlı olduğu dile getirilmektedir³⁴.

Çevrenin korunmasına ilişkin haklar, hem insan hakları hem de insan dışındaki varlıkların hakları olarak nitelendirilmeye uygun görünmektedir. Nitekim biyolojik çeşitliliğin ve doğanın kendisinin korunması, çevreye ilişkin hakların tanınması ile mümkün olmaktadır. Çevreye ilişkin haklar bir insan hakkı olarak değerlendirildiğinde kişisel ve siyasal haklarla ve/veya sosyal ve ekonomik haklarla da ilgili olabilmektedir. Dolayısıyla bu haklar genel itibariyle kolektif haklar olarak sınıflandırılrsa da ortaya çıkan konuya ve dava edilebilirliğe göre bakıldığında, kolektif ya da bireysel hak niteliğinde olabilirler. Çevreye ilişkin haklar tüm insanlığı ya da çoğunluğu ilgilendirebildiği gibi tekil, izole yaşayan ve siyasi olarak güçsüz azınlıkları da özellikle ilgilendirebilir³⁵. Çevreye ilişkin hakları kanunların niteliğine bağlı olarak ve ekonomik kaynaklar ölçüsünde, doğrudan uygulanabilir haklar ya da uygulanması zaman içerisinde gerçekleştirilebilecek aşamalı haklar olarak görmek de mümkün olabilir. Aynı zamanda bu haklar devletin pozitif edimine gerek duyan bir pozitif hak ve/veya devlet müdahalesi olmamasına gerek duyan bir negatif hak olarak da karşımıza çıkabilir. İhlaller ise geçmişte gerçekleşmiş eylemlere ya da henüz bilinmeyen, hatta henüz doğmamış kişilere verilen zararlara ilişkin olabilir ve nesiller arası sorumluluğu gündeme getirebilir³⁶.

Başka bir taraftan bazı çevresel zararların giderilmesi ise mümkün olmayabilir ve dolayısıyla zarar doğmadan geçici tedbirlerin alınması zorunlu olabilir. Özellikle belirtmek gerekir ki nihai olarak çevreye ilişkin hakların başlıca yararlanıcıları, gelecek nesiller olacaktır. Tüm bu çıkarımlar doğrultusunda çevreye ilişkin hakların kendine içkin yapısı nedeniyle sınırları ve odak noktaları belirsiz, geniş kapsamlı kavramlar yoluyla da olsa, insanlar ve içinde yaşadığımız dünya arasındaki ilişkileri tanımladığı söylenebilir³⁷.

Çevre hakkının, çevrenin hakları ya da doğanın hakları olarak kabul

³³ Universal Declaration of Rights of Mother Earth World People's, Article 3 (1).

³⁴ Universal Declaration of Rights of Mother Earth World People's, Article 3 (2) (d).

³⁵ James R. May / Erin Daly, *Dünyada Çevresel Anayasalcılık*, çev. Tolga Şirin / N. Umut Orcan, Ekoloji Kolektifi Derneği, 2018, s. 90.

³⁶ May / Daly, s. 90; Pınar Öztaban Yağcı, *Sürdürülebilirlik Perspektifinde Şirketlerin Sosyal Sorumluluğu ve Fransız Danıştay'ının Yetkisi*, Seçkin Yayınları, 2023, s. 44-45.

³⁷ May / Daly, s. 90.

edilmeyip bireylere bağlı bir insan hakkı olarak formüle edilmesi, çevreyi insan merkezli bir bakış açısıyla değerlendirmek ve çevrenin korunmasını tamamen bireyin kontrolüne bırakmak anlamına geldiğinden özellikle derin ekolojistler tarafından eleştirilmektedir³⁸. Dolayısıyla doğanın haklarını insan haklarından bağımsız olarak kabul etme fikri, ilk kez GARN tarafından dile getirilmiş ya da ilk kez Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nde ortaya konulmuş değildir³⁹. Bununla beraber bir sivil inisiyatif olarak GARN doğa hakları savunucuları, çevre örgütleri, hukukçular, bilim insanları, aktivistler gibi pek çok kesimin dâhil olduğu geniş bir ağ oluşturmaktadır ve bu ağda yer alan bireyler, birey grupları ve kuruluşlar, doğa haklarını desteklemek ve doğal çevrenin korunması için uluslararası düzeyde çalışmalar yapmaktadır. Dolayısıyla GARN, faaliyetlerinin ve savunularının yanı sıra faaliyet alanının genişliği ve faaliyetlerinin etkililiği bakımından da ayrıca dikkat çekicidir.

Doğanın kendisine ait müstakil haklarının yasal düzenlemelerle tanınması, çevresel tahribatın önlenmesi ve iklim krizi ile mücadelede oldukça etkili bir yöntem olabilir; fakat doğanın kendisine ait haklarının olduğunun kabul edilmesi özellikle mağdur statüsü, dava ehliyeti gibi usule ilişkin pek çok soruyu ve sorunu da beraberinde getirecektir. Bu sorular ve sorunlar cevaplanamaz ya da çözülemez değildir; ancak yasal mevzuatta düzenleme yapmak dışında kısa vadede doğanın haklarına ilişkin teşvik edici uygulamalar da geliştirilebilir. Nitekim doğanın müstakil haklarının olduğu fikrini güçlendirmenin yasalarla düzenleme yapmak dışında başkaca etkili yolları da olabilir. Bunlardan biri, “tanıma yolu” olarak adlandırılabilir bir davranış veya eylemin kabul edildiği; ancak o davranış ya da eyleme ilişkin herhangi bir yasal mevzuat veya kurumsal uygulamanın olmadığı yoldur. Doğa Ana Hakları Bildirisi, bu yöntemin açık bir örneğidir. Yine de belirtmek gerekir ki Doğa Ana Hakları Bildirisi’ni hazırlayanlar ve Bildiri’yi savunanlar, nihai olarak bu Bildiri’de yer alan değerlerin belirli ve resmi bir yasal tanıma kavuşmasını hedeflemektedir. Sözü edilen hedef kısa vadede gerçekleşme dahi Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi’nin tümüyle etkisiz kalacağı sonucu ortaya çıkmaz. Nitekim bu Bildiri, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nin 20. yüzyılda insan hakları için oynadığı role benzer bir rolü, doğanın hakları

³⁸ Hakan Olgun / Volkan Işık, “Bir “İnsan Hakkı” Olarak “Çevre Hakkı” ve Türk Hukukundaki Yeri”, *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, 3(1), 2017, s. 36.

³⁹ Örneğin ormanlara, okyanuslara, nehirlere ve diğer tüm doğal varlıklara yasal haklarının verilmesi yönündeki görüşü için bkz. Christopher D. Stone, “Should Trees Have Standing?—Towards Legal Rights for Natural Objects”, *Southern California Law Review*, 45, 1972, s. 456.

bakımından oynayabilir. Nasıl ki Evrensel İnsan Hakları Bildirisi bağlayıcı olmamakla beraber günümüzde de insan haklarının standartlarını belirleyen ve insan haklarına ilişkin pek çok uluslararası belgeye temel oluşturan bir belge ise Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi de doğanın hakları ve doğa ile insanı ayırmayan yeni bir insan hakları perspektifi için standartları belirleyen, ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelere kaynak oluşturabilecek bir belge niteliği kazanabilir. Bu Bildiri, doğa haklarının tanınması ve korunması, çevresel tahribatın önüne geçilmesi gibi konularda hükümetlere ve uluslararası insan hakları kuruluşlarına bir yol haritası sunabilir⁴⁰.

Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin oluşturulma şekli olarak kamuoyundan destek alması ve Bildiri'nin Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi aracılığıyla uygulanması çabası Bildiri'nin yaratabileceği etki konusundaki fikri güçlendirmektedir. Bu kanaatle çalışmanın bu aşamasında, Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi ve Mahkeme'nin kararları ile bu kararların etkililiği üzerinde durulacaktır.

II. ULUSLARARASI DOĞA HAKLARI MAHKEMESİ

GARN tarafından kurulan Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi, doğanın haklarının tanınması çabalarının desteklenmesi ve Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin işlevsiz kalmaması temel amaçları ile çalışmalarını sürdürmektedir. Çalışmanın bu bölümünde öncelikle Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin yapısı ve işleyişi ele alınacak, ardından Mahkeme'nin özellikle uluslararası kamuoyunda önemli derecede farkındalık yarattığı ve bu yolla doğanın hakları savını güçlendirdiği düşünülen kararları üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi tarafından görülen Yasuni ITT Davası, Vättern Gölü Davası ve TIPNIS Davası analiz edilecektir.

A. Yapısı ve İşleyişi

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi Ocak 2014'te GARN tarafından kurulmuştur. Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin kuruluşundaki temel hedef, doğa hakları savunucularının ve GARN'nin çabalarını desteklemektir. Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi uluslararası ölçekte faaliyetlerini sürdüren bir yapı olarak ortaya çıkmıştır. Mahkeme'nin kurulmasındaki fikri altyapıda, doğanın haklarını koruyacak daimi ve uluslararası bir mahkemenin resmi olarak kurulması talebi de yer almaktadır. Uluslararası Doğa Hakları

⁴⁰ Burdon, s. 10.

Mahkemesi'nin öncelikli amacı ise uluslararası alanda doğanın haklarının korunmasının teşvik edilmesi, güçlendirilmesi, desteklenmesi ve bu konuda kamuoyu farkındalığının oluşturulabilmesidir⁴¹.

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi çalışmalarına 5 Aralık 2015 tarihinden itibaren başlamıştır. Mahkeme, yetkilerini Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin Kurulmasına İlişkin Halkın Sözleşmesi'ni imzalayan kişilerden alan bir halk örgütü olarak kurulmuştur⁴². Bu anlamda Mahkeme, bireylerin imzaları ile kurulmuş bir halk örgütlenmesi şeklindeki sivil inisiyatifin yargılama örneği sunma girişimi olarak görülmektedir.

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi Statüsü'nde de Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi, Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin Kurulmasına İlişkin Halkın Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi ile oluşturulmuş bağımsız bir yargı kurumu olarak tanımlanmaktadır⁴³. Burada belirtmek gerekir ki Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi Statüsü'nde kullanılan yargı kurumu ifadesi, sivil inisiyatifin bir mahkeme örneği sunma girişimini ifade etmektedir, yoksa Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi hukuki niteliği itibarıyla bir yargı kurumu değildir. Bu örgütlenmenin “mahkeme” olarak nitelendirilmesi de aynı şekilde sivil inisiyatifin kendi faaliyetlerini ifade etmeye yönelik bir adlandırmadır.

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi en az üç, en fazla ise yirmi üyeden oluşmaktadır. Mahkeme üyeleri en yüksek ahlaki değerlere sahip, yeryüzü topluluğunun korunmasına olan bağlılıkları ve Mahkeme'nin çalışma alanına uygun alanlardaki yetkinlikleri ile tanınmış kişiler arasından seçilir. Bu bağlamda Mahkeme üyelerinin Mahkeme tarafından uygulanan hukuk, yerli halkların kültürü ve hukuku ile Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nde zarar görebileceği belirtilmiş olan biyomların (iklim bölgelerinin) ve ekosistemlerin doğal işleyişi hakkında uzmanlığa sahip kişilerden oluşması beklenmektedir⁴⁴.

Belirli bir coğrafi alan veya biyoma dâhil olan Halkın Sözleşmesi tarafları, o coğrafi alan veya biyoma özgü davaları görmek üzere daire

⁴¹ International Rights of Nature Tribunal, History of the Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/about-us/>>, Erişim Tarihi 15 Şubat 2024.

⁴² Peoples' Convention for the Establishment of the International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/wp-content/uploads/2018/04/Tribunal-Convention.pdf>>, Erişim Tarihi 21 Şubat 2024, Article 1, s. 1.

⁴³ Statute of the International Tribunal of Mother Earth Rights, 4 December 2015, Article 5, s. 1.

⁴⁴ Statute of the International Tribunal of Mother Earth Rights, 4 December 2015, Article 5, s. 3.

oluşturabilmektedir ve kurulacak dairenin üyelerini atayabilmektedir⁴⁵. Mahkeme'nin bir üyesi ise bir veya birden fazla bölge dairesinin üyesi olabilmektedir. Mahkeme üyeleri, Halkın Sözleşmesi taraflarının konferansında kurulan bir seçim kurulu tarafından seçilecektir. Kural olarak Mahkeme üyelerinin ücret karşılığı çalışması söz konusu değildir; ancak Mahkeme bütçesi dâhilinde üyelere ödenek ayrılabilir, günlük ücret ödenebilir ve üyelerin seyahat masrafları karşılanabilir⁴⁶.

Doğa Hakları Mahkemesi'nin işleyişi genel itibariyle, Mahkeme tarafından kabul edilen statü ve prosedür kurallarına uygun olmalıdır. Mahkeme üyeleri (yargıç görevini üstlenenler), daha önce bahsedildiği üzere, dünyanın tüm bölgelerinin temsil edileceği ve en az üç yılda bir toplanacak olan bir seçim kurulu tarafından seçilecektir. Ayrıca Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin Kurulmasına İlişkin Halkın Sözleşmesi'nde de kurulacağı belirtildiği üzere, Mahkeme'nin üyelerine karşı sorumlu olan genel sekreter tarafından yönetilen bir sekreteryası da bulunmaktadır⁴⁷.

Başka bir taraftan Mahkeme yargılamaları bağlamında belirli bir bölge veya ekosistemle ilgili vakaları dinlemek için bölgesel odalar ve sekreteryalar da kurulabilir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ve Avustralya'da dört bölgesel oda kurulmuştur. Bu odalar, resmi hükümet değerlendirmelerinin dışında kalan doğa hakları ihlallerini inceleyip raporlar sunarak doğanın tahribatına izin veren mevcut yasal ve ekonomik sistemleri sorgulamıştır. ABD'de Ekim 2014'te düzenlenen bir doğa hakları mahkemesi, Bay Area Chevron Rafinerisi'nin doğa haklarını ihlâl ettiği yönündeki iddiaları incelemiştir. Aynı dönemde Avustralya'da düzenlenen bir mahkeme, Büyük Set Resifi davasına dair kanıtlar toplayarak bulgularını COP21'de sunmuştur. Avustralya'da 2016'da kurulan Halkların Doğa Hakları Mahkemesi ise bölgesel oda olarak önemli ekosistemlerin korunmasına dair davaları dinlemiştir. Bölgesel odalar, halkın doğa adına sesini duyurabileceği ve yasal sistemlerin çevreyi koruma konusundaki yetersizliklerini eleştirebileceği önemli platformlar olarak işlev görmektedir⁴⁸.

⁴⁵ Peoples' Convention for the Establishment of the International Rights of Nature Tribunal, Article 8 (1), s. 3.

⁴⁶ Statute of the International Tribunal of Mother Earth Rights, 4 December 2015, Article 5, s. 3.

⁴⁷ International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/a-tribunal-for-earth-why-it-matters-by-cormac-cullinan/>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024; Peoples' Convention for the Establishment of the International Rights of Nature Tribunal, Article 4, 5.

⁴⁸ Michelle Maloney, "Building an Alternative Jurisprudence for the Earth: The International Rights Of Nature Tribunal", *Vermont Law Review*, 41(129), 2016, s. 137.

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin Kurulmasına İlişkin Halkın Sözleşmesi'nde, Doğa Savunucusu Ofisi'nin kurulması da öngörülmüştür. Sözleşme'de Doğa Savunucusu ve Doğa Savunucusu Ofisi kavramlarının, savcı ve savcılık görevlerine karşılık gelecek biçimde kullanıldığı söylenebilir. Nitekim Doğa Savunucusu, vakaları incelemek ve soruşturma başlatmak, Mahkeme önünde kamu adına kanıt sunmak ve Mahkeme dışındaki uzlaşma, iyileştirici adalet veya diğer süreçlerde Dünya'yı temsil etmek gibi çeşitli görevlere sahiptir. Mahkeme önüne gelen vakalar, öncelikle bir ön değerlendirmeye tâbi tutulacaktır ve Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin ciddi bir şekilde ihlâl edilip edilmediğini belirlemek için inandırıcı kanıtların olup olmadığı değerlendirilecektir⁴⁹. Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin ihlâl edildiğine dair yasal argümanların tespit edilmesi hâlinde ise bu argümanlar, Doğa Savunucusu tarafından Mahkeme önüne getirilmektedir⁵⁰. Bahsi geçen aşamaların ardından ilgili konu hakkında dava açılması, davanın Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi önünde görülmesi ve neticede Mahkeme tarafından davaya ilişkin karar verilmesi söz konusu olmaktadır. Bu aşamaların seyri ise her bir mahkeme kararına konu olayın kendisine içkin yapısıyla netleşmektedir.

B. Kararları ve Etkililiği

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin kararlarının sembolik olması onun etkisiz olduğu yönünde bir ön yargıyı beraberinde getirmemelidir. Nitekim halk mahkemeleri, 20. yüzyılda da önemli bir yere sahip olmuştur. Halk mahkemelerinin ilk örnekleri arasında 1937'deki Dewey Komisyonu ve 1967'de Bertrand Russell tarafından kurulan Uluslararası Savaş Suçları Mahkemesi bulunmaktadır. Russell Mahkemesi, Vietnam Savaşı'ndaki ABD savaş suçlarını araştırarak insan hakları ihlallerini ortaya çıkarmıştır. 1979'da İtalya'da kurulan Kalıcı Halk Mahkemesi, uluslararası insan hakları yasalarına dayanarak Tibet, Doğu Timor ve El Salvador gibi birçok ülkede insan hakları ihlallerini incelemiştir. Hindistan'da da çevre ve insan hakları ihlallerine karşı halk mahkemeleri düzenlenmiştir. Bu mahkemeler, resmi yaptırım yetkileri olmasa da toplumsal farkındalık yaratma ve hükümetleri

⁴⁹ International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/a-tribunal-for-earth-why-it-matters-by-cormac-cullinan/>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024; Peoples' Convention for the Establishment of the International Rights of Nature Tribunal, Article 4, 5.

⁵⁰ International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/a-tribunal-for-earth-why-it-matters-by-cormac-cullinan/>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024; Peoples' Convention for the Establishment of the International Rights of Nature Tribunal, Article 4, 5.

sorumluluğa zorlama açısından etkili olmuştur⁵¹. Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar da doğa haklarının korunmasını teşvik edebilecek ve uluslararası toplumun farkındalığını artırabilecek niteliktedir. Doğanın haklarını savunan ve daha geniş anlamda doğa merkezli hukuk sistemi üzerine çalışan bireylerin ve kuruluşların giderek büyüyen uluslararası hareketi bu fikrin temel dayanağıdır⁵².

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi, Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin işlevsiz kalması olasılığının önüne geçme amacıyla doğa hakları ihlallerine ve çevresel tahribata ilişkin konuları incelemektedir. Mahkeme'nin kararları sembolik olmakla birlikte Ekvador ve Bolivya gibi bazı ülkelerin bu kararları uygulamaya geçirme eğiliminde olabileceği görülmektedir. Zira Ekvador'un 2008 Anayasası ve Bolivya'nın 2010 tarihli yasaları Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi kararlarının bu ülkelerde uygulanabilmesi bakımından elverişli bir hukuki zemin oluşturmaktadır. Ayrıca ABD'de yerel düzeyde kabul edilen 150'den fazla doğa hakları tüzüğü'nün bulunması da Mahkeme kararlarının öncelikle sözü edilen bu bölgelerde uygulama bulabileceği yönündeki kanaati güçlendirmektedir⁵³.

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi, Eylül 2024 tarihine kadar uluslararası düzeyde Quito Mahkemesi (2014), Lima Mahkemesi (2014), Paris Mahkemesi (2015), Bonn Mahkemesi (2017), Glasgow Mahkemesi (2021) ve Fosil Yakıt Döneminin Sonu (2024) adlarıyla altı kez toplanmıştır⁵⁴. Mahkeme bölgesel düzeyde Şili Mahkemesi (2019) ve Avrupa Mahkemesi (2021) olmak üzere iki kez, yerel düzeyde ise Tren Maya Mahkemesi (2023), Bio-Bio Mahkemesi (2024) ve Yesah Mahkemesi (2024) olmak üzere üç kez toplanmıştır⁵⁵. Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin ele aldığı vakalar

⁵¹ Maloney, s. 139-141.

⁵² Maloney, s. 134.

⁵³ Maloney, s. 133-134.

⁵⁴ International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/quito-tribunal-2014/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/lima-tribunal-2014/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/bonn-tribunal-2017/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/paris-tribunal-2015/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/glasgow-tribunal-2021/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/end-of-fossil-fuels-tribunal-2024/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

⁵⁵ International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/chile-tribunal-2019/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; International Rights of Nature Tribunal,

kapsamında çalışmanın bu kısmında, Mahkeme kararlarının uluslararası toplumda yarattığı farkındalığın ve bu bağlamda insan hakları hukuku alanında oluşturabileceği etkinin belirginleştiği düşüncesiyle Yasuni ITT Davası, Vättern Gölü Davası ve TIPNIS Davası üzerinde özellikle durulacaktır.

1. Yasuni ITT Davası

Quito Mahkemesi'nde kaydedilen bilgilere göre Ekvador, dünyada kilometrekare başına en fazla omurgalı hayvanın bulunduğu, gezegendeki en fazla biyolojik çeşitliliğe sahip olan ülkelerden biridir. Ekvador'da bulunan Yasuni Milli Parkı ise Batı Yarım Küre'de en fazla biyolojik çeşitliliğin bulunduğu yer olarak kabul edilmektedir. Ayrıca Quito Mahkemesi tarafından Yasuni Milli Parkı'nın bilim insanları tarafından kültürel miras olarak görüldüğü ve bu bölgede iklim değişikliğinden kaynaklanan sıcaklık artışının nispeten ılımlı olması dolayısıyla da türlerin gelecekte korunması açısından stratejik bir önem taşıdığı ifade edilmiştir. Bahsi geçen açıklamaları ile Mahkeme, Ekvador'un 15 Ağustos 2013'ten itibaren çoğunlukla Yasuni Milli Parkı içinde yer alan petrol yatakları ITT Bloğu'ndan yararlanma kararını, Park'ın biyolojik çeşitliliğinin korunmasına ve bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehdit olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda Mahkeme önceki deneyimlere de yer vererek ormansızlaşma ve avlanma sorunlarına dikkat çekmiş, ayrıca petrol sızıntısı riskinin göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgulamıştır⁵⁶.

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi ortaya koyduğu bu tespitleri göz önünde bulundurarak Ekvador'un Yasuni Milli Parkı içinde yer alan ITT petrol yataklarından yararlanma kararını, doğa haklarının potansiyel bir ihlâli olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda öncelikle Quito Mahkemesi tarafından Ocak 2014'te Yasuni ITT Davası'nın görülmesi kabul edilmiştir. Yasuni ITT Davası kapsamında Mart 2014 ve Ağustos 2014 tarihlerinde ilgililerin ifadelerinin alındığı iki ek oturum düzenlenmiştir. Ağustos 2014 tarihli Mahkeme kararında, Ekvador Hükümeti'nin doğa haklarını ihlâl ettiğine karar verilmiştir. Mahkeme, Ekvador Hükümeti'nden ITT olarak bilinen bölgedeki tüm madencilik faaliyetlerini durdurmasını istemiş ve Yasuni Milli Parkı'nın

<<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/europe-tribunal-2021/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/maya-train-tribunal-2023/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/bio-bio-tribunal-2024/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/yesah-tribunal-2024/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

⁵⁶ International Rights of Nature Tribunal, Information held in the Tribunal of Quito, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/yasuni-itt-case/>>, Erişim Tarihi 3 Mart 2024.

Ekvador Hükümeti tarafından kullanılmasına yönelik faaliyetler hakkında rapor verecek bir komitenin atanmasına karar vermiştir⁵⁷.

Yasuni ITT Davası kapsamında ilerleyen süreçte, Ekvador Hükümeti politikalarının, Başkan Correa'nın ve onlarla bu dava konusu dâhilinde işbirliği halinde olan tüm kişilerin eylemlerinin, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu belgesi olan Roma Statüsü'nde de yapılması önerilen değişikliklere uygun olarak ekokırım suçuna yol açıp açmadığı değerlendirilmiştir. Bu bağlamda Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi tarafından Yasuni Milli Parkı'nda yer alan petrol rezervlerinin çıkarılmasının küresel etkilerinin olacağı ortaya konulmuş, küresel ortak alanlara önemli ve kalıcı zarar verilebileceği riski açıklanmış ve dolayısıyla söz konusu girişimin ekokırımın bir parçası olacağı belirtilmiştir⁵⁸.

Yasuni Milli Parkı'nın ITT bölgesinde yer alan petrol rezervlerinin çıkarılması çalışması, öncelikle bölgede yaşayan yerli halklar bakımından üzerinde hassasiyetle durulan bir konu olmuştur. Uluslararası kamuoyunda yaşanan farkındalık ise Yasuni Milli Parkı'ndaki çalışmaların küresel ölçekli etkileri bağlamında gelişen birikimi güçlendirmiştir. Yasuni ITT bölgesindeki petrol rezervlerinin çıkarılması çalışmaları dönemsel olarak devam etmiş, çalışma alanı yerli halkların yaşadığı tampon bölgeye kadar genişlemiştir. Bununla beraber bölgede oluşabilecek çevresel tahribata ilişkin endişeler ve bu bağlamda gelişen girişimler de devam etmiş, ayrıca bölgede yapılan ve yapılacak olan petrol rezervlerinin çıkarılmasına ilişkin çalışmanın ekonomik sonuçları da değerlendirilmiştir. Ağustos 2023'te ise Yasuni ITT bölgesindeki petrol rezervlerinin çıkarılması çalışmalarının durulması için bir referandum gerçekleştirilmiştir ve bu referandum petrol çalışmalarının durdurulması yönündeki karar ile sonuçlanmıştır. Referandumda çıkan sonucun oluşan ve oluşabilecek olan çevresel tahribata ilişkin olarak gelişen farkındalık ile ilişkili olduğunu söylemek mümkündür⁵⁹.

2008 Ekvador Anayasası çevreye ilişkin haklar bakımından geniş bir koruma alanı sunmasına rağmen Ekvador'a karşı yürütülen bu davada, ülkenin doğanın haklarını ihlâl ettiği tespit edilmiştir. Bu durum, doğanın

⁵⁷ International Rights of Nature Tribunal, Information held in the Tribunal of Lima, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/yasuni-itt-case/>>, Erişim Tarihi 3 Mart 2024.

⁵⁸ International Rights of Nature Tribunal, Tribunal of Paris, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/yasuni-itt-case/>>, Erişim Tarihi 3 Mart 2024.

⁵⁹ International Rights of Nature Tribunal, Tribunal of Paris, Case presentation, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/yasuni-itt-case/>>, Erişim Tarihi 11 Eylül 2024.

hakları konusundaki uygulama sorununa işaret etmektedir. Bununla beraber yine de Ekvador Anayasası'nın doğanın hakları ile uyumlu olması, sorunların giderilmesi bakımından oldukça önemli bir argümandır. Nitekim Yasuni ITT Davası'nda da ilgililerin bu davaya yaklaşımları, Ekvador'un hukuk sistemini doğa merkezli bir yöne dönüştürme potansiyeli konusunda fikir uyandırmıştır. Doğa haklarının ulusal yasalara dâhil edilmesinin, sivil toplumda ekolojik bir bilincin gelişmesini teşvik ettiğine dair işaretler mevcuttur. Örneğin, 2021 yılında Ekvador Anayasa Mahkemesi'nin doğa haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle Los Cedros Koruma Ormanı'nda madencilik imtiyazlarını iptal eden kararı sivil toplumdaki bilinci geliştirmiştir⁶⁰. Kimi zaman bu durumun tersini görmek de mümkündür, başka bir deyişle bu ilişki karşılıklıdır. Zira sivil toplum farkındalığı da yasal mevzuatı ya da mahkeme kararlarını etkileyebilir. Dolayısıyla sivil toplum farkındalığı ile hukuku geliştirmek ve dönüştürmek mümkün olabilir. Yasuni ITT Davası'nın da Ekvador'daki çevre bilincini derinleştirdiği görülmektedir. 2023'te Yasuni ITT bölgesindeki petrol rezervlerinin çıkarılmasına yönelik yapılan referandum, bu bilincin somut bir sonucu olarak değerlendirilebilir.

Yasuni ITT Davası'nda Quito Mahkemesi'nin verdiği kararların bağlayıcı olmamasına rağmen çevresel farkındalık yaratmadaki etkisi dikkate değerdir. Yasuni ITT Davası yalnızca Ekvador sınırları içinde değil, uluslararası hukuk ve çevre politikaları üzerinde de uzun vadeli etkiler bırakabilir. Kararın, örneğin ekokırım suçunun tanınmasına yönelik tartışmalara katkıda bulunabileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu tür bağlayıcı olmayan kararların uluslararası çevre hareketleri için de dikkate değer etkide adımlar olabileceğini söyleyebiliriz.

2. Vättern Gölü Davası

İsveç'in en büyük ikinci gölü olan Vättern Gölü hakkındaki davada Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi, Vättern Gölü'nün ülke sınırlarını aşan bir su kaynağı olduğunu vurgulayarak bu Göl'ün ve çevresindeki ekosistemlerin, İsveç Devleti ve şirketler tarafından kirletildiğini ortaya koymuştur. Mahkeme, Vättern Gölü'ndeki su ekosistemlerinin, geçmişte gerçekleşen, devam eden ve planlanan birtakım faaliyetler nedeniyle tehdit altında olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, Göl'e ağır metaller sızdıran çinko madeni çalışmasını, nadir toprak mineralleri için planlanan madencilik

⁶⁰ Carlota Houart, "Rights of Nature as a Potential Framework for the transformation of Modern Political Communities", *E-Journal Of International Relations*, 13(1), s. 146-147.

faaliyetlerini, bölgede büyük bir kâğıt fabrikası açılması girişimini ve İsveç Savunma Kuvvetleri'nin hem havadan hem de kıyılardan ağır topçu atışlarıyla Göl'ü askeri tatbikatlar için kullanmasını Vättern Gölü'ndeki su ekosistemlerini tehdit altında bırakan eylemler olarak sıralamıştır⁶¹.

Vättern Gölü Davası'nın üçüncü duruşması 27 Mart 2021'de gerçekleştirilmiştir. Savcı Rebecka LeMoine, karşı tarafların duruşmaya çağırıldığını; ancak çağırılan taraflardan yalnızca birinin kendilerine yanıt verdiğini ve onun da katılımdan çekildiğini belirtmiştir. Savcı Rebecka LeMoine, doğanın hakları savının uygulamaya geçirilmesini güçlendirecek bir açıklama ile Vättern Gölü'nün mağdur olduğunu ve Göl'e karşı yürütüldüğü tespit edilen saldırıların sonlandırılması gerektiğini ifade etmiştir⁶².

Ayrıca Vättern Gölü Davası'na ilişkin olarak yürütülen üçüncü duruşmada Mahkeme, doğanın haklarını tanımayı, insanlar ile doğa arasındaki karşılıklı bağı ve devletlerin, şirketlerin ve insanların artık onu sorumsuzca kullanamayacakları gerçeğini kabul etmelerini amaçladıklarını vurgulamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, doğanın yasal kişiliğinin tesis edilmesinin, doğayı politik ve toplumsal tercihlerde sistematik olarak dikkate alabilmek için bir gereklilik olduğunu kaydetmiş ve söz konusu istemi bir hukuki evrim olarak tanımlayarak bu hukuki evrimin, yaşamın korunması için zorunlu görüldüğünü ifade etmiştir⁶³.

Mahkeme'nin üzerinde durduğu bir diğer konu da İsveç yasalarında çevresel haklara ilişkin önemli düzenlemeler olsa da Vättern Gölü'ne yönelik yok edici faaliyetlere girişilebildiğinin gözlemlenmesi olmuştur. Mahkeme, İsveç yasalarını çevresel koruma için öncü görülebilir olarak nitelendirmiş; ancak tam da bu noktada ulusal yasaların yetersiz kalabileceğinin Vättern Gölü'nde gerçekleştirilen, devam eden ve planlanan faaliyetlerle açık bir biçimde ortaya çıktığını belirtmiştir⁶⁴.

⁶¹ International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/vattern-case/>>, Erişim Tarihi 4 Mart 2024.

⁶² European Rights of Nature Tribunal, "In Defense of Aquatic Ecosystems", Third Hearing Vättern Lake, Saturday March 27th 2021, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/wp-content/uploads/2021/04/Press-release-Lake-Va%CC%88ttern-case-European-RoN-Tribunal.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2024, prg. 1, 4.

⁶³ European Rights of Nature Tribunal, "In Defense of Aquatic Ecosystems", Third Hearing Vättern Lake, Saturday March 27th 2021, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/wp-content/uploads/2021/04/Press-release-Lake-Va%CC%88ttern-case-European-RoN-Tribunal.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2024, prg. 15-16.

⁶⁴ European Rights of Nature Tribunal, "In Defense of Aquatic Ecosystems", Third

Doğanın yasal kişiliğinin kabul edilmesi gerektiği savunusu, Vättern Gölü'nün mağdur sıfatı ile yargılamada yer alması gerektiği ve çevresel haklara ilişkin olarak ulusal yasaların ve koruma mekanizmalarının yetersiz kalabileceği yönündeki tespitleri ile Vättern Gölü Davası, insan hakları hukukunda hakların öznesinin genişletilmesi gereğini ortaya koymaktadır ve bunun uygulanabilir olduğunu Dava'nın kendisi ile göstermektedir. İsveç yasalarının çevresel koruma için öncü görülebilir niteliğine karşın Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nde uygulamaya ilişkin sorunların açığa çıkarılması ise doğanın haklarına ilişkin uluslararası bir koruma mekanizmasına ihtiyaç duyulduğunu somutlaştırmaktadır.

Vättern Gölü Davası kapsamında Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi, İsveç parlamentosunun, Vättern Gölü'nün haklarını Vättern Gölü Hakları Bildirisi'ne⁶⁵ göre tanımamasını istemiş ve İsveç'in, Vättern Gölü'ndeki tüm doğal su işlevlerini, organizma popülasyonlarını, karasal ekosistemlerini ve su altı alt ekosistemlerini yeniden inşa etmesini talep etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Vättern Gölü'nde yürütülen faaliyetlerden olumsuz etkilenen topluluklara destek sağlanması gereğini ortaya koymuştur. Mahkeme, İsveç'in Vättern Gölü'nün sağlığını yeterince gözlemlemesi için gerekli olanakları sağlamasını ve kirletici unsurlar hakkında yeterli testleri yapmasını istemiş, ayrıca Göl yatağına yakın veya derin noktalarda test edilecek madde sayısının artırılmasını talep etmiştir. Başka bir taraftan Mahkeme, Göl yakınında faaliyet gösteren kirletici endüstrilerin, en son teknolojiye sahip arıtma tesislerini kurması için talimat verilmesini önermiştir. İsveç'in, “doğanın hakları için ombudsman” gibi önlemleri benimsemesi gereği ortaya konulmuş ve bu önlemlerin İsveç yasalarına entegre edilmesi tavsiye edilmiştir⁶⁶.

Vättern Gölü Davası, Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi tarafından yürütülen süreçle uluslararası kamuoyunda ilgi çekmiş ve Vättern Gölü, özellikle Avrupa'da göllerin hakları ve dolayısıyla doğanın hakları savunusunda

Hearing Vättern Lake, Saturday March 27th 2021, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/wp-content/uploads/2021/04/Press-release-Lake-Va%CC%88ttern-case-European-RoN-Tribunal.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2024, prg. 10; International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/vattern-case/#1590541122764-4235cbab-d351>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2024.

⁶⁵ Vättern Gölü Hakları Bildiri için bkz. Declaration of Rights of Lake Vättern, <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload984.pdf>>, Erişim Tarihi 9 Mart 2024.

⁶⁶ International Rights of Nature Tribunal, Vättern Case, Legislation, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/vattern-case/#1590541199323-c2e585b3-871e>>, Erişim Tarihi 9 Mart 2024.

sembolik hâle gelmiştir. Vättern Gölü, doğanın hakları bağlamında gölün haklarının çeşitli kirlenici faaliyetler yoluyla ihlâl edilip edilmediğinin incelendiği ve inceleneceği seçilmiş bölgelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁷. Dolayısıyla Vättern Gölü Davası'nda Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar, bağlayıcı olmamasına rağmen ulusal ve uluslararası düzeyde farkındalık yaratmada önemli bir rol oynamıştır. İsveç yasalarının çevresel koruma için öncü nitelikte olduğu kabul edilse de Vättern Gölü'ne yönelik yok edici faaliyetlerin devam etmesi, bu yasaların özellikle uygulama bakımından yetersiz kalabileceğini ortaya koymuştur. Mahkeme, bu bağlamda Vättern Gölü'nün kirlenmesine neden olan faaliyetlerin doğanın haklarını ihlâl ettiğini belirterek İsveç'in çevre politikalarını gözden geçirmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi kararlarının Vättern Gölü Davası'nda da gözlemlenen en önemli etkisi, toplumsal bilinç ve çevresel farkındalık yaratma kapasitesinde yatmaktadır. Mahkeme'nin, Vättern Gölü ekosisteminin ağır metallerle kirlenmesine ve askeri tatbikatlar nedeniyle zarar görmesine dikkat çekmesi, İsveç kamuoyunda yankı bulmuş ve çevresel duyarlılığın artmasına neden olmuştur. Aynı zamanda Vättern Gölü Davası kapsamında yapılan açıklamalar, “doğa hakları için ombudsman” kurumunun oluşturulması gibi somut öneriler içerdiğinden çevre koruma mekanizmalarının nasıl güçlendirilebileceğini gösteren bir yol haritası olarak da değerlendirilebilir.

Tüm bu çıkarımlarla beraber söyleyebiliriz ki Vättern Gölü, özellikle Avrupa'da göllerin haklarının ve genel olarak doğanın haklarının savunulmasında hem ulusal hem de uluslararası kamuoyunun dikkatini çeken bir örnek olmuştur. Mahkeme'nin kararları, İsveç ve diğer ülkelerdeki çevresel farkındalığı artırmış, çevresel koruma için daha güçlü yasal mekanizmalar geliştirilmesi gerekliliğini ortaya koymuş ve yapılması gerekenler konusunda somut tavsiyeler verilerek bir yol haritası geliştirilmiştir.

3. TIPNIS Davası

Doğa Hakları Mahkemesi, Amazon ekosistemine yönelik tehditleri bütünsel bir şekilde ele almak amacıyla Amazon'un farklı yerlerinden çok

⁶⁷ European Rights of Nature Tribunal, “In Defense of Aquatic Ecosystems”, Third Hearing Vättern Lake, Saturday March 27th 2021, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/wp-content/uploads/2021/04/Press-release-Lake-Va%CC%88ttern-case-European-RoN-Tribunal.pdf>>, Erişim Tarihi 9 Mart 2024, prg. 1.

sayıda davayı aynı anda dinlemeye karar vermiştir. Söz konusu kapsamda Büyük Amazon bölgesinde yerli halkların ve doğanın haklarının yaygın şekilde ihlâl edildiğine dair kanıtlar toplanmıştır. Bu kanıtlar arasında Fransız Guyanası'nda yapılması planlanan devasa madenin yanı sıra Brezilya, Bolivya ve Ekvador'daki toplulukların ifadeleri de yer almıştır. Mahkeme, yaşam kaynağı olarak nitelendirilen, pek çok insanın yerleşik bulunduğu ve küresel iklim istikrarının sağlanmasının vazgeçilmez bir parçası olan bu hayati ekosistemin, var olma ve yaşamsal döngülerini sürdürme hakkını ihlâl eden birçok saldırıya maruz kaldığını tespit etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Bolivya'daki TIPNIS koruma alanı boyunca yapılması planlanan büyük bir yol inşaatından ve bölgedeki petrol sömürsünden kaynaklanan doğa hakları ihlallerine ilişkin iddiaları dinlemiştir. Ayrıca bahsi geçen yolun yapımına karşı çıkanların mağduriyeti hakkındaki deliller de Mahkeme'ye sunulmuştur. Mahkeme özellikle Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin 2010 yılında Bolivya'da ilan edilmesi ve Bolivya'nın doğanın haklarını uluslararası alanda savunması nedeniyle Bolivya hakkında gelişen bu iddiaları ve kanıtları büyük bir endişeyle kaydettiğini ifade etmiştir⁶⁸.

Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nin Bolivya'da kabul edilmiş olması ve Bolivya'nın doğanın haklarını savunur bir tutum benimsemesi dolayısıyla Bolivya'dan beklenen, doğanın haklarını koruması ve diğer ülkelere göre bu konuda daha özenli davranmasıdır. Çevresel haklara ilişkin duyarlı olduğu gözlemlenen ülkelerde dahi çevresel tahribata yol açabilecek uygulamaların görülmesi, Vättern Gölü Davası kapsamında İsveç örneği üzerinden de belirtildiği gibi, çevresel koruma için ulusal yasaların ve politik tutumların yetersiz kalabileceği yönündeki kanaati güçlendirmektedir ve çevresel haklara ilişkin uluslararası örgütlemenin zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır.

TIPNIS Davası'na ilişkin konular, TIPNIS yerli halk örgütleri ve özellikle TIPNIS Kadın Örgütü temsilcileri tarafından, 7-8 Kasım 2017 tarihlerinde Almanya'nın Bonn şehrindeki Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi oturumu sırasında sunulmuştur. Bu etkinlik, GARN tarafından organize edilmiştir. Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi ise davayı Ocak 2018'de yargılamak üzere karar almıştır. Ayrıca Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi, TIPNIS bölgesindeki vakaları tespit etmek ve ilgili tüm taraflarla görüşmek üzere bir Uluslararası Gözlemci Komisyonu'nun, Bolivya'ya gönderilmesine karar vermiştir. Komisyon, Ocak 2019'da konuya ilişkin raporunu Mahkeme'ye

⁶⁸ International Rights of Nature Tribunal, TIPNIS Case, Introduction, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/tipnis-case/>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

sunmuştur. Komisyon tarafından sunulan rapor, Mahkeme kararına temel oluşturmuştur. Bu bağlamda TIPNIS Davası'nda Mahkeme, Bolivya'nın doğa haklarını ihlâl ettiğini, kendi iç hukukuna ve uluslararası düzenlemelere uyum göstermediğini tespit etmiştir⁶⁹. Ayrıca Mahkeme kararında, Bolivya'nın konuya ilişkin olarak alması gereken bir dizi önlem ortaya konulmuştur.

Buna göre Bolivya Hükümeti, TIPNIS bölgesinin iç kesimindeki Isinuta'dan Monte Grande'ye kadar olan bölgedeki yol yapım çalışmasını derhal ve kalıcı olarak durdurmalıdır. Bolivya Hükümeti TIPNIS'in korunmasını garanti eden, bu bölgede yaşayan yerli halkların haklarına saygı duyan ve bu bölgeden geçen bir otoyolun inşasını yasaklayan yeni bir yasa kabul etmelidir. Bolivya Hükümeti, bölgenin toprak haklarını ve özerkliğini resmen tanımalı ve TIPNIS kuzey bölgesinin uygun şekilde korunmasını ve yönetilmesini sağlamalıdır. Ayrıca Bolivya Hükümeti, TIPNIS'in merkez bölgesine doğru geliştiği görülen kolonizasyonun ilerlemesini durdurmak için etkili önlemler almalıdır. Bolivya, Milli Park ve Yerli Toprakların içindeki petrol bloklarına atıfta bulunan 0676 Sayılı Yüksek Kararname maddelerini yürürlükten kaldırarak TIPNIS bölgesindeki petrol alanı genişlemesine yönelik planları iptal etmelidir. Bolivya Hükümeti, doğanın haklarını savunacak ve koruyacak yasaları kabul etmeli ve etkili bir şekilde uygulamalıdır. Özellikle yerli halkların toplumsal hareketlerini baskılamak, disipline etmek ve kontrol etmek için önlemler almaktan derhal vazgeçilmelidir. Sivil toplum ise TIPNIS ile ilgili olarak Hükümet'in ve diğer aktörlerin eylemlerini etkili bir şekilde izlemelidir. Bolivya Hükümeti özellikle çevre, biyo-çeşitlilik ve toplulukların ve halkların temel haklarına ilişkin diğer uluslararası sözleşmeler kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyi sağlayacak politikaları ve yasaları acilen kabul etmelidir ve uygulamalıdır⁷⁰.

TIPNIS Davası uluslararası kamuoyu tarafından yoğun ilgi görmüş, bu bağlamda hem tüm dünyayı etkileyebilecek çevresel tahribata ilişkin meseleler hem de yerli halkların özellikli sorunları küresel ölçekte tartışmaya açılmıştır. TIPNIS Davası kapsamında doğanın haklarının savunusuna olan inanç teyit edilmiş ve çevrenin korunmasının bireylerin inisiyatiflerine ve ülkelerin değişen politikalarına bırakılamayacağı tekrar ifade edilmiştir.

⁶⁹ International Rights of Nature Tribunal, TIPNIS Case, Presentation, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/tipnis-case/>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

⁷⁰ International Tribunal for the Rights of Nature, Case of The Isiboro Sécure National Park and Indigenous Territory (TIPNIS) Final Judgement, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/wp-content/uploads/2018/04/sentence-tipnis.pdf>>, Erişim Tarihi 15 Mart 2024, prg. 88.

Çevresel tahribat ile mücadelede ve çevrenin korunmasında bağımsız, daimi ve uluslararası bir koruma mekanizmasının bulunması gerekliliği bağlamında TIPNIS Davası'nda, Bolivya'nın kendi iç hukukuna uygun davranmadığının tespit edilmiş olması, özellikle önemli görünmektedir. Zira Mahkeme, TIPNIS Davası kapsamında Bolivya'nın doğa haklarını ihlâl ettiğine ilişkin kanıtlar sunarken aynı zamanda Bolivya'nın kendi yasalarına uygun hareket etmediğini de tespit etmiştir. Bolivya yasaları, doğanın korunması yönünde güvence sağlasa da TIPNIS bölgesinde hayata geçirilmek istenen projeler, bu yasal güvencelere aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu durum, ulusal yasaların ve politikaların çevresel koruma için yetersiz kalabileceğini gösterdiği gibi doğa hakları açısından daha güçlü uluslararası düzenlemelere ihtiyaç olduğunu da ortaya koymaktadır.

TIPNIS Davası'nda Mahkeme de çevresel hakların korunması konusunda bağımsız ve daimi bir uluslararası koruma mekanizmasının resmi olarak kurulması konusundaki gerekliliği ayrıca vurgulamıştır. Bu tür bir mekanizmanın kurulması yönündeki fikir, çevrenin korunmasının ülkelerin değişken politikalarına veya bireysel inisiyatiflere bırakılmaması gerektiğine isabetli bir biçimde işaret etmektedir. TIPNIS Davası'nda da görüldüğü gibi, devletlerin kendi iç hukuklarına da aykırı davranmalarının önüne geçecek uluslararası standartların oluşturulması, çevresel adaletin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

TIPNIS Davası, Bolivya özelinde ele alınsa da Amazon bölgesinde yer alan diğer ülkeler için de örnek teşkil etmektedir. Söz konusu yönüyle TIPNIS Davası, uluslararası doğa hakları ihlâlleri bakımından "eşik" belirleme görevini de üstlenmektedir. Amazon havzasında yer alan Brezilya, Peru ve Kolombiya gibi ülkelerde de çevresel tahribat yaratabilecek ve yerli halkların haklarına müdahale oluşturabilecek faaliyetler, bu davada belirlenen standartlar doğrultusunda gözden geçirilebilir. Bu bağlamda TIPNIS Davası'nda Amazon havzasındaki faaliyetlerin uluslararası bir sorun olarak ele alınması ve çevresel tahribatın küresel etkilerine dikkat çekilmesi ayrıca önem arz etmektedir.

TIPNIS Davası'nda yerli halkların, özellikle TIPNIS Kadın Örgütü ve diğer yerli halk örgütlerinin Mahkeme'ye sunduğu ifadeler ise davanın insan hakları hukukuna ilişkin boyutunu daha da derinleştirmektedir. Bu toplulukların yaşam alanlarına yapılan müdahaleler, sadece ekolojik dengeleri bozmakla kalmamakta, aynı zamanda yerli halkların kültürel ve toplumsal haklarına da ciddi zararlar vermektedir. Yerli halkların verdikleri bu mücadele, doğa hakları savunusunun bireylerin ve toplulukların haklarıyla doğrudan

bağlantılı olduğunu net bir şekilde ortaya koymaktadır.

SONUÇ

GARN doğanın haklarını tanıyan, ona saygı duyan ve onu uygulamaya koyan hukuk sistemlerinin evrensel olarak benimsenmesine ve uygulanmasına yönelmiş bir hükümet dışı örgüttür. Yapısı, işleyişi ve amacı itibarıyla uluslararası kamuoyunu, uluslararası örgütleri, devletleri ve özel şirketleri çevrenin korunmasına, iklim krizi ile mücadeleye, insanlığın refahı ve sürdürülebilir bir gelecek için doğanın haklarının tanınmasına ve korunmasına yönelen GARN, insan hakları hukuku sistemini de geliştirme ve dönüştürme niteliğini taşıyacak faaliyetler göstermektedir. Bu noktada GARN'nin uluslararası kamuoyunun, uluslararası örgütlerin, devletlerin ve özel şirketlerin de dikkatini çekerek konuya ilişkin farkındalıklarını artıracak şekilde ortaya koyduğu Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi ve doğanın hakları savunusu insan hakları hukuku alanına etki etme niteliği ile ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda sivil toplum ve insan hakları hukuku arasındaki ilişkide hükümet dışı örgütlerin insan hakları için bir koruma alanı oluşturmakla beraber insan hakları hukuku sistemini geliştirme ve dönüştürme işlevi de somutlaşmaktadır.

GARN'nin Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi ile doğanın hakları savını sistematik hâle getirdiği ve bu yolla doğanın haklarının tanınmasının uygulanabilir olduğunu ortaya koyduğu söylenebilir. Nitekim doğanın haklarını birey merkezli anlayıştan ayrıca ele almak ve doğayı bir hak öznesi olarak görmek, çevreye ilişkin hakların yapısı gereği de mümkün görünmektedir. Doğanın haklarının tanınması ile insanın doğaya karşı yükümlüklerini yerine getirmesi ve doğanın korunması etkin bir biçimde sağlanabilir. Çevreye dair sorunlar doğanın müstakil haklarına ilişkin olarak görülürse, Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi'nde üzerinde durulduğu gibi, tüm insanlar doğanın bir parçası olarak çevresel sorunlara kolektif yaklaşma kabiliyeti elde etmiş olacaktır. Bu yaklaşımla çevreye ilişkin hakların kolektif hak niteliğinin de doğanın hakları savı ile güçlenebileceği söylenebilir. Bunun yanı sıra belirtmek gerekir ki doğanın hakları savı, çevreye ilişkin hakların aynı zamanda birer insan hakkı olarak kabul edilmesinin önünde engel teşkil etmemektedir. Çevreye ilişkin haklar, doğanın hakları savının kabul edilmesi ve hukukileşmesi durumunda da bireyler tarafından özel olarak ileri sürülebilir nitelikte haklardır.

GARN, küresel bir ağ oluşturarak doğanın hakları savını güçlendirmiştir. Nitekim GARN, Evrensel Doğa Ana Hakları Bildirisi ve onun koruma

mekanizması olan Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi ile doğanın hakları savunusunun uygulanabilirlik testini yerine getirmiş görünmektedir. Bu noktada Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar ve kararların etkisi ön plana çıkmaktadır. Mahkeme'nin kararları sembolik olsa da bu kararların tamamen etkisiz olduğunu söylemek isabetli olmayacaktır. Mahkeme'nin verdiği kararlar, doğa haklarının korunmasını teşvik etmektedir, bu konuda yol göstermektedir ve uluslararası kamuoyunun oluşmasını sağlamaktadır. Böylece doğa ve çevre duyarlılığına sahip insanların gönüllü olarak bir araya gelmesiyle kurulan GARN; faaliyet alanının genişliği, çalışma biçimi, yapısı, yaygın etkisi, doğanın hakları savunusu ve doğanın hakları için bir koruma mekanizması örneği sunması ile hükümet dışı örgütler ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi somutlaştırmaktadır. Yasuni ITT, Vättern Gölü ve TIPNIS davaları gibi örnekler, Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi'nin ve dolayısıyla GARN'nin çevrenin korunması ve insan hakları hukuku alanında nasıl somut etkiler yaratabileceğini göstermiştir.

Bu davalarda elde edilen sonuçlar, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde çevresel korumanın artırılmasını ve doğa haklarının daha güçlü bir şekilde savunulmasını teşvik etmiştir. Bahsi geçen davalarda çevrenin korunmasına yönelik olarak somut çözüm önerileri ve yol haritaları ortaya konulmuştur. Örneğin Vättern Gölü Davası'nda verilen karar, doğa hakları için ombudsman kurumunun oluşturulması gibi somut önerilerle desteklenmiştir. Bu dava, İsveç ile beraber diğer Avrupa ülkeleri için de yol göstericidir. Yine TIPNIS Davası da Bolivya özelinde ele alınsa da Amazon bölgesinde yer alan diğer ülkeler için de örnek teşkil etmektedir. Amazon havzasında yer alan Brezilya, Peru ve Kolombiya gibi ülkelerde de çevresel tahribat yaratabilecek ve yerli halkların haklarına müdahale oluşturabilecek faaliyetler, bu davada belirlenen standartlar doğrultusunda gözden geçirilebilir durumdadır. Bu bağlamda TIPNIS Davası'nda Amazon havzasındaki faaliyetlerin uluslararası bir sorun olarak ele alınması ve çevresel tahribatın küresel etkilerine dikkat çekilmesi ayrıca önem arz etmektedir. TIPNIS Davası'nda ayrıca, yerli halkların Mahkeme'ye sunduğu ifadeler, davanın insan hakları hukukuna ilişkin boyutunu derinleştirmiştir. Bu Dava'da ekolojik dengelerin bozulmasının yerli halkların haklarına yönelik de tehdit oluşturabileceği görülmüştür ve böylece doğa hakları savunusunun bireylerin ve toplulukların haklarıyla doğrudan bağlantılı olduğu görüşü somutlaşmıştır. Yasuni ITT Davası sonrasında ise Yasuni ITT bölgesindeki petrol rezervlerinin çıkarılması çalışmalarının durulması için bir referandum gerçekleştirilmiş olması özellikle dikkat çekicidir. Bu referandum petrol çalışmalarını durdurulması kararı ile sonuçlanmıştır. Referandumda

çıkan sonucun, oluşan ve oluşabilecek olan çevresel tahribat hakkında gelişen farkındalık ile ilişkili olduğunu söylemek mümkündür.

Doğanın hakları savının uluslararası alanda dile getirilmesi ve bir uygulama örneği sunulması, çevresel tahribatla mücadelede ve doğanın korunmasında resmi, bağımsız ve etkili bir koruma mekanizması kurulabileceğine işaret etmektedir. GARN'nin, özellikle Uluslararası Doğa Hakları Mahkemesi vasıtasıyla yürüttüğü faaliyetler, doğanın haklarının tanınması ve korunması açısından önemli bir başlangıç noktası oluşturmaktadır. Gelecek dönemde, bu yöndeki çabaların daha geniş bir perspektifle karşılık bulması ve uygulamada daha etkili hale gelmesi için uluslararası işbirliklerinin ve hukuki reformların devam etmesi gerekli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Başlar K, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar Vestfalya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum*, Nobel Yayınları, 2005.
- Bittner C / Boston D / Scholtes F / Ulrich S, *Rights of Nature Challenging the “human-nature” relationship*, Misereor, 2023.
- Burdon P, “Earth Rights: The Theory”, *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal*, (1), 2011, s. 1-12.
- Cullinan C, “The Legal Case for the Universal Declaration of the Rights of Mother Earth”, <<https://www.garn.org/wp-content/uploads/2021/09/Legal-Case-for-Universal-Declaration-Cormac-Cullinan.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Eylül 2024.
- Cullinan C, “Governing People as Members of the Earth Community”, <https://www.garn.org/wp-content/uploads/2021/09/Cullinan_GovPeople_EarthCom.pdf>, Erişim Tarihi 9 Eylül 2024, s. 2-12.
- Declaration of Rights of Lake Vättern, <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload984.pdf>>, Erişim Tarihi 9 Mart 2024.
- Domaradzki S / Khvostova M / Pupovac D, “Karel Vasak’s Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse”, *Human Rights Review*, (20), 2019, s. 423-443.
- Epstein S, “Rights of Nature, Human Species Identity, and Political Thought in the Anthropocene”, *The Anthropocene Review*, 10(2), 2023, s. 415-433.
- European Rights of Nature Tribunal, “In Defense of Aquatic Ecosystems”, Third Hearing Vättern Lake, Saturday March 27th 2021, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/wp-content/uploads/2021/04/Press-release-Lake-Va%CC%88ttern-case-European-RoN-Tribunal.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Mart 2024.
- Fanid NA, “Hükümet-Dışı Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Yargılamadaki Etkisi (Mahkeme Dostları)”, *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*, 7(4), 2020, s. 2783-2810.
- Genç F N / Erdoğan Ü, “Yerel Demokrasi ve Kalkınma Bağlamında Sivil Toplum Kuruluşlarının Rolü: Aydın Örneği”, *Yerel ve Bölgesel Kalkınma: Küresel ve Yerel Bakış Açılıarı*, <https://akademik.adu.edu.tr/fakulte/nazilliiibf/webfolders/01_1.pdf>, Erişim Tarihi 10 Kasım

2023, s. 171-193.

Global Alliance for the Rights of Nature, Advisory Board, <<https://www.garn.org/executive-committee/#advisory-board-members>>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2023.

Global Alliance for the Rights of Nature, Executive Committee, <<https://www.garn.org/executive-committee/#executive-committee-members>>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2023.

Güneş M, “Uluslararası Çevre Hukukunda Yeni Arayışlar: Doğanın Hakları Uluslararası Mahkemesi Örneği”, *XXI. Asırda Çevre Meselelerine Hukuki Yaklaşımlar Sempozyumu*, II. Başlık.

Houart C, “Rights of Nature as a Potential Framework for the transformation of Modern Political Communities”, *E-Journal Of International Relations*, 13(1), s. 135-151.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/a-tribunal-for-earth-why-it-matters-by-cormac-cullinan/>>, Erişim Tarihi 25 Şubat 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/vattern-case/>>, Erişim Tarihi 4 Mart 2024.

International Rights of Nature Tribunal, History of the Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/about-us/>>, Erişim Tarihi 15 Kasım 2023.

International Rights of Nature Tribunal, Information held in the Tribunal of Quito, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/yasuni-itt-case/>>, Erişim Tarihi 3 Mart 2024.

International Rights of Nature Tribunal, Information held in the Tribunal of Lima <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/yasuni-itt-case/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2024.

International Rights of Nature Tribunal, TIPNIS Case, Introduction, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/tipnis-case/>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

International Rights of Nature Tribunal, TIPNIS Case, Presentation, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/tipnis-case/>>, Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

International Rights of Nature Tribunal, Tribunal of Paris, <<https://www.>

rightsofnaturetribunal.org/cases/yasuni-itt-case/), Erişim Tarihi 3 Mart 2024.

International Rights of Nature Tribunal, Vättern Case, Legislation, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/vattern-case/#1590541199323-c2e585b3-871e>>, Erişim Tarihi 9 Mart 2024.

International Tribunal for the Rights of Nature, Case of The Isiboro Sécure National Park and Indigenous Territory (TIPNIS) Final Judgement, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/wp-content/uploads/2018/04/sentence-tipnis.pdf>>, Erişim Tarihi 15 Mart 2024.

International Rights of Nature Tribunal, History Rights of Nature Tribunal, About us and the history of the RoN Tribunals, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/about-us/>>, Erişim Tarihi 7 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/quito-tribunal-2014/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/lima-tribunal-2014/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/bonn-tribunal-2017/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/paris-tribunal-2015/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/glasgow-tribunal-2021/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/end-of-fossil-fuels-tribunal-2024/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/chile-tribunal-2019/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/europe-tribunal-2021/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/maya-train-tribunal-2023/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/bio-bio-tribunal-2024/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

- International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/tribunals/yesah-tribunal-2024/>>, Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.
- International Rights of Nature Tribunal, Tribunal of Paris, Case presentation, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/cases/yasuni-itt-case/>>, Erişim Tarihi 11 Eylül 2024.
- Kauffman C M / Martin P L, *The Politics of Rights of Nature: Strategies for Building a More Sustainable Future*, MIT Press, 2021.
- Kuçuradi İ, “Sivil Toplum Kuruluşları: Kavramlar”, *Üç Sempozyum Sivil Toplum Kuruluşları*, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, Numune Matbaacılık, 1998, s. 24-31.
- Living Law, Giving Nature a Voice, 2018, <<https://www.garn.org/wp-content/uploads/2021/09/Giving-Nature-a-Voice-2.pdf>>, Erişim Tarihi 8 Eylül 2024.
- Maloney M, “Building an Alternative Jurisprudence for the Earth: The International Rights Of Nature Tribunal”, *Vermont Law Review*, 41(129), 2016, s. 133-142.
- May J R / Daly E, *Dünyada Çevresel Anayasalcılık*, çev. Tolga Şirin / N. Umut Orcan, Ekoloji Kolektifi Derneği, 2018.
- Olgun H / Işık V, “Bir “İnsan Hakkı” Olarak “Çevre Hakkı” ve Türk Hukukundaki Yeri”, *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, 3(1), 2017, s. 33-52.
- Özcan M, “İklim Değişikliği ve Doğa Ana'nın Hakları Dünya Halklar Konferansı”, *Ekosyolist Dergi*, 10(5), s. 2-9.
- Öztaban Yağcı P, *Sürdürülebilirlik Perspektifinde Şirketlerin Sosyal Sorumluluğu ve Fransız Danıştay'ının Yetkisi*, Seçkin Yayınları, 2023.
- Peoples' Convention for the Establishment of the International Rights of Nature Tribunal, <<https://www.rightsofnaturetribunal.org/wp-content/uploads/2018/04/Tribunal-Convention.pdf>>, Erişim Tarihi 21 Şubat 2024.
- Peoples Conference on Climate Change and Mother Earth Rights, <<https://pwccc.wordpress.com/>>, Erişim Tarihi 7 Eylül 2024.
- Schwartz J, “Environmental NGOs in China: Roles and Limits”, *Pacific Affairs*, 77(1), 2004, s. 28-49.
- Statute of the International Tribunal of Mother Earth Rights, 4 December

2015.

Talas M, “Sivil Toplum Kuruluşları ve Türkiye Perspektifi”, *Türklük Bilimi Araştırmaları*, (29), 2011, s. 387-401.

The Global Alliance for the Rights of Nature, <<https://www.garn.org/about-garn/>>, Erişim Tarihi 15 Kasım 2023.

The Global Alliance for the Rights of Nature, <<https://www.garn.org/>>, Erişim Tarihi 8 Aralık 2023.

The Global Alliance for the Rights of Nature, GARN Hubs, <<https://www.garn.org/hubs/>>, Erişim Tarihi 4 Nisan 2024.

The Global Alliance for the Rights of Nature, Members and Member Organizations, <<https://www.garn.org/our-members/>>, Erişim Tarihi 8 Aralık 2023.

Tosun G, “Türkiye’de Devlet-Sivil Toplum İlişkisi Bağlamında Demokrasinin Pekışmesi Yönündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım”, *Ege Akademik Bakış*, 1(1), 2001, s. 224-243.

Tuncel G, “Ulus Devletin Dönüşümünde Hükümet Dışı Örgütlerin Etkisi”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 28(2), 2014, s. 39-54.

Universal Declaration of Rights of Mother Earth World People’s, Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth Cochabamba, Bolivia 22 April 2010, <<https://www.garn.org/wp-content/uploads/2021/09/FINAL-UNIVERSAL-DECLARATION-OF-THE-RIGHTS-OF-MOTHER-EARTH-APRIL-22-2010.pdf>>, Erişim Tarihi 10 Ocak 2024.

Vasak K, “A 30-Year struggle The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights”, *The Unesco Courier*, Unesco, 1977, s. 29-32.

Yıldırım İ, *Demokrasi Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim*, Seçkin Yayınları, 2004.

Zieck M Y A, “The Concept of “Generations” of Human Rights and the Right to Benefit from the Common Heritage of Mankind with Reference to Extraterrestrial Realms”, *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 25(2), 1992, s.161-198.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NDE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ DAVALARI

CLIMATE CHANGE LITIGATION IN THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS

Seher ÇAKAN*  

ÖZET

İklim değişikliğinin olumsuz etkilerinden dolayı hak temelli iklim davaları hem ulusal hem de uluslararası mahkemeler aracılığıyla açılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iklim değişikliğine ilişkin ilk kararları ise 9 Nisan 2024 tarihlidir. Mahkeme davalardan ikisinin, Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 Diğer Devlet ve Carême v Fransa davalarının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre davası da Mahkemenin hak ihlali vermiş olduğu ilk karardır. Her üç kararda da Mahkeme iklim değişikliğine ilişkin bazı hususları açıklığa kavuşturmuştur. Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre davasında, Mahkeme bölgesel bir andlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında pozitif yükümlülüklerin ve mağdur statüsünün kapsamını genişletmiştir. Bu çalışmanın amacı AIHM'nin vermiş olduğu bu kararlar çerçevesinde iklim değişikliği davalarında ülke dışı yargı yetkisi, mağdur statüsü, derneklerin iklim davalarında temsilci olması, iklim değişikliğini önlemede devletlerin takdir marjı ve yükümlülükleri hususları ele alınarak iklim değişikliğine ilişkin bu kararları detaylı bir şekilde incelemektir.

Anahtar Kelimeler: İklim değişikliği, İklim değişikliği davaları, AIHS, AIHM, Pozitif yükümlülükler.

- * **Dr. Öğr. Üyesi,** Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı/AFYONKARAHİSAR, **E-Posta:** scakan@aku.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-3254-6617, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1510107.
- **Atf Şekli / Cite As:** Çakan S, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde İklim Değişikliği Davaları”, *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.197-244.
- **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.*



ABSTRACT

Due to the negative impacts of climate change, rights-based climate lawsuits have been filed in national and international courts. The first decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) on climate change were issued on 9 April 2024. The ECtHR ruled that two of the cases, Duarte Agostinho and Others v Portugal and 32 Other States and Carême v France, were inadmissible. The case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v Switzerland is also the first case in which the ECtHR found a violation of rights. In all three judgments, the ECtHR clarified several issues related to climate change. In Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v Switzerland, the ECtHR extended the scope of positive obligations and victim status under Article 8 of the European Convention on Human Rights, a regional treaty. This study aims to analyze these decisions in detail focusing on addressing the issues of extraterritorial jurisdiction, victim status, the representation of associations, the margin of appreciation and the obligations of states in preventing climate change within the framework of the ECtHR's rulings.

Keywords: Climate change, Climate change litigation, ECHR, ECtHR, Positive obligations.

EXTENDED ABSTRACT

The applicants focused on the failure of states to fulfill their greenhouse gas emission reduction obligations in the fight against climate change in these three judgements. The ECtHR made significant rulings in all three instances, clarifying some climate change-related issues. The primary consequence of the initial climate cases under the European Convention on Human Rights is their potential to influence numerous national and international legal frameworks, particularly those governing the member States of the Council of Europe.

These three climate change-related cases highlight the ECtHR's overall perspective on addressing such matters. In this regard, the ECtHR declared that decisions on climate change will defer from its established environmental jurisprudence. Environmental jurisprudence can partially address climate issues, but they are fundamentally distinct because of the global nature of climate change disputes and how they affect everyone. As a result, the ECtHR declared climate change as a new and distinct category of cases.

The ECtHR has also affirmed that humans are the primary source of greenhouse gas emissions, that these emissions increase global temperatures, and that climate change is an international phenomenon. In Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v Switzerland, considering the international conventions to which states are parties, the ECtHR determined that Switzerland must reduce its greenhouse gas emissions to fulfill its responsibility in combating climate change. Failure to do so would violate Switzerland's positive obligations under the European Convention on Human Rights. As a result, the ECtHR broadened the definition of positive obligations. In fact, within

the framework of this judgment, the ECtHR held that the failure of states to fulfill their commitments could adversely affect the rights protected by the ECHR and be considered a violation of the European Convention on Human Rights. Furthermore, the ECtHR rejected the notion that states could evade responsibility because climate change is a global phenomenon to which all states contribute. It emphasized that each state is required to fulfill its share of responsibilities, and nations have common but differentiated responsibilities.

The ECtHR introduced the idea of intergenerational equity for the first time and concluded that future generations, as those most affected by climate change but unable to apply directly, could be represented through associations. Moreover, actio popularis arguments were raised in the case against Switzerland given the Verein KlimaSeniorinnen Schweiz's authorization to represent future generations and the inadmissibility of individual applications. As a result, the ECtHR determined that future generations might also be victims and broadened the definition of victim under the European Convention on Human Rights. It can be claimed that in the future, individuals impacted by climate change, particularly women and children who are classified as vulnerable groups and represented by associations, will be entitled to file a lawsuit with the ECtHR based on the case law of Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland.

The ECtHR addressed essential questions in these three rulings, including victim status, the extent of a state's margin of appreciation, and whether climate change cases fall within its extraterritorial jurisdiction. It is crucial that the ECtHR broaden the definition of victim status and positive obligations under Article 8. This study aims to analyze these decisions focusing on the issues of extraterritorial jurisdiction, victim status, the representation of associations, the margin of appreciation, and the obligations of states in preventing climate change, all within the framework of the ECtHR's rulings.

GİRİŞ

9 Nisan 2024'te Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), iklim değişikliğine ilişkin üç önemli karar vermiştir. Bu kararlarda AİHM, Hükümetler arası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) tarafından da belirtilen, iklim değişikliğinin hem çevre hem de insanlar üzerinde olumsuz etkileri olduğunu¹ ve *"iklim değişikliğinin çağımızın en acil sorunlarından biri*

¹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, App no: 53600/20, 2024, para. 410. Ayrıca bkz Süheyla Suzan Gökalp, "Paris Anlaşması ve Türkiye'ye Yansımaları" Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk / Kutluhan Bozkurt / Duygu Kulaç (Ed.), *İklim Krizi ve Hukuk*, Legal Yayıncılık, 2022, s.1-29, s. 2; Cüneyt Yüksel, "İklim Değişikliğiyle Mücadelede Bir Araç Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 10(2),

olduğun(u)"² teyit etmiştir. İklim değişikliğinin yaşam hakkı, yeterli gıda hakkı, güvenli içme suyu ve sanitasyona erişim gibi insan haklarının kullanılmasını olumsuz etkilediği çeşitli belgelerde yer almıştır³. Bu bağlamda AİHM iklim değişikliğinin insan haklarının kullanımında olumsuz etkilerinin devletler tarafından bilindiğini ve devletlerin iklim değişikliği ile mücadelede gerekli önlemleri almada yetersizliğinin herkes tarafından kabul edildiğine yer vermiştir⁴. Ayrıca AİHM iklim değişikliğinin etkilerinin "karmaşık ve çok yönlü" olduğunu da vurgulamıştır⁵.

AİHM, Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 Diğer Devlet ile Carême v Fransa davalarının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre davası da AİHM'de başarılı olan ilk iklim değişikliği davasıdır. Her üç davada da AİHM iklim değişikliğine ilişkin önemli konulara açıklık getirmiştir. Keza bu davalarda iklim değişikliği ile mücadelede devletlerin sera gazı emisyonu azaltım yükümlülüklerini yerine getirmediği ve böylece devletlerin emisyon azaltımında yetersiz olduğuna odaklanılmıştır. Nitekim AİHM bu kararlar çerçevesinde, devletlerin taraf oldukları uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki hakları olumsuz etkileyebileceğini ve neticede AİHS'nin ihlali olarak

2022; Oğuz Sancakdar, "İklim Değişikliğinin Kamu Hizmeti, Sürdürülebilir Kalkınma ve Temel Haklara Etkilerinden Kesitler ve İklim Davaları", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 22, 2023.

² Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 110.

³ Human Rights Council, Human Rights and Climate Change, Resolution 7/23, 28 March 2008, s. 1; Human Rights Council, Resolution 10/4, Human Rights and Climate Change, 25 March 2009, s. 1; Human Rights Council, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights, A/HRC/10/61, 15 January 2009; Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, A/HRC/31/52, 1 February 2016, para. 23; Human Rights Council, Human Rights and Climate Change, A/HRC/RES/41/21, 12 July 2019, s. 2; International Human Rights Instruments, Statement on Human Rights and Climate Change, HRI/2019/1, para. 3; Human Rights Council, Mandate of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights in the Context of Climate Change, A/HRC/RES/48/14, 13 October 2021; United Nations General Assembly, "The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment", A/76/L.75, 22 July 2022.

⁴ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 413.

⁵ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 410. AİHM'nin iklim değişikliği ile ilgili konuları ele alma yetkisi, Sözleşme'nin 19. maddesi ile kendisine verilen görevlerle sınırlıdır ve bu görevler, Sözleşme ve Protokollerinin taraf devletlerin yaptıkları anlaşmalara uymalarını sağlamayı içermektedir (Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 411).

değerlendirilebileceği sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda da AİHM devletin sera gazı emisyon azaltım yükümlülüğünü yerine getirmemesinin AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olduğuna yer vererek devletlerin pozitif yükümlülüklerinin kapsamını genişletmiştir.

İklim değişikliği gerek doğrudan ve dolaylı gerekse de potansiyel olarak herkesi etkileyebilmektedir. Böylece AİHS'ye başvurabilmek için mağdur statüsünün belirlenmesi iklim davalarında ayrı bir öneme sahiptir. İklim değişikliğinin özellikle çocuklar, kadınlar, yaşlılar gibi hassas grupta olanları etkileyeceği açıktır. Yine “nesiller arası adaleti sağlama” ve “gelecek nesiller üzerinde orantısız” bir yük yüklememek için AİHM'nin mağdur statüsünü madde 8 ve madde 2 kapsamında genişlettiği⁶ söylenebilir⁷. AİHM bu iklim davalarıyla nesiller arası adalet kavramına da ilk kez yer vermiştir. Ayrıca AİHM nesiller arası adalet paylaşımı temelinde mağdur statüsünü gelecek nesiller adına genişletmiştir.

Bu çalışmanın amacı AİHM'nin vermiş olduğu bu kararlar çerçevesinde iklim değişikliği davalarında ülke dışı yargı yetkisi, mağdur statüsü, derneklerin iklim davalarında temsilci olması, iklim değişikliğini önlemede devletlerin takdir marjı ve yükümlülükleri özellikle de pozitif yükümlülükleri hususları ele alınarak iklim değişikliğine ilişkin bu kararları detaylı bir şekilde incelemektir.

I. ÇEVRE DAVALARI VE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ DAVALARI

İklim değişikliği 9 Nisan 2024 tarihinden önce AİHM tarafından ele alınmamıştır. AİHM iklim değişikliği davalarında, daha önceden oluşturmuş olduğu çevre içtihadından kısmen faydalanmıştır. AİHM'ye göre iklim değişikliğinin gündeme getirdiği hukuki sorunlarla çevre içtihatları arasında önemli farklılıklar vardır. AİHM'nin çevre içtihadında zararın kaynağı ile zarardan etkilenen kişiler arasında bir bağ vardır ve zararın azaltılması için alınan önlemlerin tespiti mümkündür⁸. Ancak iklim değişikliğine geldiğimizde durumun bundan farklı olduğu görülecektir⁹. İlk olarak iklim

⁶ “İnsan hakları kurumları nezdinde iklim değişikliği dava(larının) başarısı, mağdur statüsüne getirilen yeni istisnalara ve başvuru belirlenen haklara bağlı ol(duğunu göstermektedir)” (Verena Kahl, “A Human Right to Climate Protection – Necessary protection or human rights proliferation?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 40(2), 2022, s. 162).

⁷ Aksi görüş için bkz Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, Partly Concurring Partly Dissenting Opinion of Judge Eicke.

⁸ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 415.

⁹ Bkz Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 Diğer Devlet, App no: 39371/20, 2024,

değişikliğinin “*tek veya belirli bir zarar kaynağı yoktur*”¹⁰. Başka bir ifadeyle iklim değişikliğine tek bir kaynak neden olmaz. Aksine iklim değişikliğinin kaynağı çok karmaşıktır.

İkincisi karbondioksit (CO2) birincil sera gazı olup normal emisyonlarda tehlikeli değildir ve emisyonlar “*karmaşık bir etki zincirinin sonucu olarak zararlı sonuçlar doğurmaktadır*”¹¹. Üçüncüsü CO2 seviyelerinin küresel ısınmaya ve iklim değişikliğine neden olmasıyla başlayan karmaşık ve öngörülemez bir etki zinciri vardır¹². Dördüncüsü sera gazı emisyonlarına sanayi, enerji, ulaşım, konut, inşaat ve tarım gibi alanlar neden olmaktadır ve bu emisyonları belirli faaliyetlerle sınırlamak mümkün değildir¹³. Her ne kadar uyum tedbirleri yerel eylemlere bağlı olsa da etkili azaltım önlemleri olmadan bu tedbirler tek başına yeterli değildir¹⁴. Bu doğrultuda beşincisi iklim değişikliği “*çok merkezli bir konu*” olmasından dolayı iklim değişikliğiyle mücadelede “*belirli yerel veya tek sektörlü önlemlerin alınması*” yeterli değildir¹⁵. İklim değişikliğiyle mücadele politikaları, mevcut ve gelecek nesiller açısından kaçınılmaz olarak sosyal uyum ve nesiller arası yük paylaşımı konularını kapsamaktadır¹⁶. Bu bağlamda AİHM “*iklim değişikliği özelinde, şu anda yaşayan, farklı nesiller ve gelecek nesiller açısından kuşaklar arası yük paylaşımının*” önemli olduğunu belirtmiştir¹⁷. Çünkü 1992 Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne (1992 BMİDÇS) taraf olan devletler hem mevcut hem de gelecek nesiller için iklim değişikliğini önlemek için taahhütte bulunmuştur¹⁸. O nedenle bu taahhüt, iklim değişikliğinin mevcut zararlı etkileri ile birlikte “*durumun aciliyeti ve iklim değişikliğinin yol açtığı geri dönülemez zarar riski ışığında değerlendirilmelidir*”¹⁹. AİHM'ye göre iklim değişikliğinin gelecek nesiller için ağır sonuçları olabilir ve bu da nesiller arası adalet paylaşımının siyasi karar alma süreçleriyle ilgilidir. Başka bir ifadeyle “*kısa vadeli çıkarlar ve kaygılar; sürdürülebilir politika*

para. 189.

¹⁰ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 416.

¹¹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 416.

¹² Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 417.

¹³ Bkz Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 418.

¹⁴ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 418.

¹⁵ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 419.

¹⁶ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 419.

¹⁷ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 420.

¹⁸ Giriş kısmı ve madde 3.

¹⁹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 420.

oluşturma konusundaki acil ihtiyaçların önüne geçebilir” ve bu durum da riski ciddi hale getirip yargı denetiminin haklılığını ortaya çıkarır²⁰.

Son olarak iklim değişikliği ile mücadelede azaltım yükümlülüğü ve uyum önlemleri için “*gerekli politika ve tedbirler, ekonominin yapısı, coğrafi ve demografik koşullar ve diğer toplumsal koşullar gibi çeşitli faktörlere bağlı olarak bir Devletten diğerine bir dereceye kadar farklılık gösterebilir*”²¹. Böylelikle iklim değişikliği çevre konusunda oluşturulan içtihadattan farklı olarak oluşturulmaya çalışılmıştır. Diğer bir deyişle iklim değişikliğine ilişkin davalar çevreye ilişkin davalardan farklıdır. Sonuçta AİHM’de iklim değişikliği yeni bir dava kategorisi olarak ortaya çıkmıştır.

II. KÜRESEL ISINMAYI 2°C’NİN ALTINDA TUTMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Küresel sıcaklık artışı sera gazı emisyonlarının üçte ikisini oluşturan karbondioksitten kaynaklanmaktadır²². Bu CO₂ emisyonlarının çoğu insan kaynaklıdır ve insan kaynaklı iklim değişikliği dünyanın her yerinde hissedilmekte olup IPCC’nin Beşinci Değerlendirme Raporu’ndan günümüze kadar sıcak hava dalgaları, şiddetli yağışlar, kuraklıklar ve tropikal siklonlar gibi aşırı hava olaylarında gözlemlenen değişikliklerin insan faaliyetlerine atfedilebileceğine dair daha fazla kanıt vardır²³. 21. yüzyılın sonlarında ve sonrasında, kümülatif CO₂ emisyonları yoğunlukla küresel ortalama yüzey ısınmasını etkileyecektir ve CO₂ emisyonlarının durdurulması durumunda bile iklim değişikliğinin etkilerinin büyük çoğunluğu yüzyıllarca sürecektir²⁴.

2015 Paris Anlaşması taraf devletlere “*küresel ortalama sıcaklıktaki artışı sanayileşme öncesindeki seviyeye göre 2°C’nin oldukça altında tutmak(la) ve sıcaklık artışını sanayileşme öncesi dönemdeki seviyelerin*

²⁰ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 420.

²¹ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 421.

²² Johannes Reich, “KlimaSeniorinnen and the Choice Between Imperfect Options: Incorporating International Climate Change Law to Maintain the ECHR’s Relevance Amid the Climate Crisis”, *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/klimasenioreninnen-and-the-choice-between-imperfect-options/>>, Erişim Tarihi 7 Haziran 2024.

²³ IPCC, Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2021, s. 8.

²⁴ IPCC, Summary for Policymakers. In: Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2013, s. 27.

1,5°C üzeri ile sınırlandırmak(la)'' yükümlü kılmıştır²⁵. Bu sınırlandırmalar ayrıca Glasgow İklim Paketi'nde de teyit edilmiştir. İnsan kaynaklı sera gazı emisyonlarının, tartışmasız bir şekilde küresel ısınmaya neden olduğu bir kez daha IPCC'nin raporunda kabul edilmiş ve küresel yüzey sıcaklığı 2011 ile 2020 yılları arasında 1850-1900 yıllarındaki sıcaklığının 1,1°C üzerine çıktığı tespit edilmiştir²⁶. Glasgow İklim Paketi ile belirtilen bu sınırlamaya farklı bir boyut kazandırılmıştır. Buna göre iklim değişikliğinin etkileri 1,5°C sıcaklık artışında 2°C'ye kıyasla çok daha düşük olacağı için sıcaklık artışını 1,5°C ile sınırlandırılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu sınırlama Şarm El-Şeyh Uygulama Planı'nda (COP27) da onaylanmıştır²⁷. *“İnsan kaynaklı küresel ısınmanın sınırlandırılması için net sıfır CO2 emisyonu gerekmektedir”* ve *“(e)k azaltım olmaksızın mevcut fosil yakıt altyapısından kaynaklanacak tahmini CO2 emisyonları, 1,5°C için kalan karbon bütçesini aşacaktır”*²⁸.

IPCC'nin raporuna göre insan faaliyetleri nedeniyle küresel ısınma, sanayi öncesi seviyelerin yaklaşık 1°C üzerinde artmıştır ve küresel ısınma mevcut hızda artmaya devam ederse 2030- 2052 yılları arasında bu artış 1,5°C'ye ulaşabilir²⁹. Bu rapor uyarınca küresel ısınmadaki herhangi bir artış insan sağlığını olumsuz etkileyecektir. Isıya bağlı hastalık ve ölümler 2°C ile kıyaslandığında 1,5°C'de daha düşüktür³⁰. Keza sıtma gibi *“bazı vektör kaynaklı hastalıklardan kaynaklanan risklerin ve sıcaklığa bağlı hastalık ve ölüm oranları da sıcaklıkların 1,5°C'den 2°C'ye çıkmasıyla birlikte”* artabilecektir³¹. Bu çerçevede de sıcaklık artışının 1,5°C ve altı ile sınırlandırılmasında hastalık ve ölüm oranları 2°C ve üstü ile kıyaslandığında daha düşük olacaktır.

Küresel ısınmanın 1,5°C ile sınırlandırılabilmesi sera gazı emisyonlarının azaltılmasına bağlıdır. 2015 Paris Anlaşması kapsamındaki mevcut taahhütler (ulusal olarak belirlenmiş katkılar) doğrultusunda emisyonlar azaltılsa ve

²⁵ Madde 2. Resmî Gazete, Sayı: 31621 (Mükerrer), Karar Sayısı: 4618.

²⁶ IPCC, Summary for Policymakers. In: Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2023, s. 4. Ayrıca bkz UNFCCC, Glasgow Climate Pact, Decision-/CP.26, 2021, s. 2.

²⁷ Bkz UNFCCC, Sharm el-Sheikh Implementation Plan, Decision-/CP.27, 2022.

²⁸ IPCC, Summary for Policymakers. In: Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III, 2023, s. 19.

²⁹ IPCC, Global Warming of 1,5°C- Summary for Policymakers, Revised on January 2019, 2023, s. 4.

³⁰ IPCC, Global Warming of 1,5°C- Summary for Policymakers, s. 5.

³¹ IPCC, Global Warming of 1,5°C- Summary for Policymakers, s. 5.

hatta bu taahhütler 2030'dan sonra çeşitli önlemlerle desteklense bile küresel ısınmanın sanayi öncesi seviyelerin 1,5°C üzerine çıkması beklenmektedir³². Dolayısıyla net sıfır CO2 emisyonuna ulaşmak 15 yıldan daha az zaman alacak ve 2050 yılına kadar net sıfır CO2 emisyonuna ulaşırken küresel ısınmayı 1,5°C'de tutmak için CO2 dışı emisyonlarda, önemli kesintiler yapılması gerekmektedir³³. IPCC'nin Altıncı Değerlendirme Raporu'nda tüm emisyon senaryoları dikkate alındığında küresel sıcaklık artmaya devam ederek önümüzdeki on yıl içinde CO2 ve diğer sera gazı emisyonlarında önemli azaltımlar gerçekleştirilmediği takdirde, 21. yüzyılda küresel ısınmanın 1,5°C ve 2°C'yi aşacağına yer verilmiştir³⁴. “İnsan kaynaklı küresel ısınmanın belirli bir seviyede sınırlandırılması, diğer sera gazı emisyonlarında zorunlu (strong) azaltımlarla birlikte kümülatif CO2 emisyonlarının sınırlandırılmasını, en azından net sıfır CO2 emisyonuna ulaşılmasını gerektirir”³⁵. Toplam net antropojenik sera gazı emisyonları, 1850'den bu yana artmaya devam etmekte ve “2010-2019 döneminde ortalama yıllık sera gazı emisyonları önceki tüm on yıllardan daha yüksektir”³⁶.

Uluslararası Enerji Ajansına göre ise 2050 yılına kadar net sıfır emisyonuna ulaşılabilmesi için, tüm devletlerin enerji ve iklim politikalarını önemli ölçüde güçlendirip başarılı bir şekilde bu politikalarını uygulamaları gerekmektedir³⁷. Halihazırda, Dünya çapındaki tüm CO2 emisyonlarının yaklaşık %70'ini oluşturan net sıfır emisyonuna ulaşmayı taahhüt eden ülkeler olmasına rağmen taahhütlerin çoğu hala yakın vadeli politika ve tedbirlerle desteklenmemektedir³⁸. Bu taahhütler başarılı bir şekilde yerine getirilse bile 2050 yılında dünya çapında yaklaşık 22 milyar ton CO2 emisyonu olacak

³² IPCC, Global Warming of 1,5°C. An IPCC Special Report on the Impacts of Global Warming of 1,5°C Above Pre-industrial Levels and Related Global Greenhouse Gas Emission Pathways, in the Context of Strengthening the Global Response to the Threat of Climate Change, Sustainable Development, and Efforts to Eradicate Poverty, 2018, s. 95.

³³ IPCC, Global Warming of 1, 5°C. An IPCC Special Report on the Impacts of Global Warming of 1,5°C Above Pre-industrial Levels, 2018, s. 95.

³⁴ IPCC, Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021, s. 14.

³⁵ IPCC, Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021, s. 27.

³⁶ IPCC, Climate Change 2022 Mitigation of Climate Change -Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Summary for Policymakers, 2023, s. 6.

³⁷ International Energy Agency, Net Zero by 2050, A Roadmap for the Global Energy Sector, Revised Version,

October 2021, s. 13.

³⁸ International Energy Agency, Net Zero by 2050, A Roadmap for the Global Energy Sector, s. 13.

ve böyle devam etmesi halinde 2100 yılında küresel sıcaklık yaklaşık 2,1°C artacaktır³⁹.

Küresel sıcaklık artışının 2°C'nin altında tutma hedefi bilimsel verilerde yer aldığı gibi aynı zamanda devletlerin taraf olduğu sözleşmelerde de yer almaktadır. Nitekim bahsedilen tüm bu hususlar dikkate alındığında küresel ısınma dengelenmediği sürece insanlar üzerindeki ciddi olumsuz etkilerinin devam edeceği görülmektedir. Bu bağlamda gerek ulusal gerekse de uluslararası alanda açılan iklim davalarının esası sıcaklık artışının 2°'nin altında tutulması gerektiği iddialarına dayanmaktadır.

III. MAĞDUR STATÜSÜ

AİHS madde 34 uyarınca AİHS'ye taraf devletlerden birinin Sözleşmeyi ihlal etmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş ve kişi grupları AİHM'ye başvuruda bulunabilir. AİHM'ye bir bireyin AİHS madde 34 kapsamında başvuruda bulunabilmesi için AİHS'nin ihlal edildiği iddiasından doğrudan etkilenmesi (doğrudan mağdur), dolaylı olarak etkilenmesi (dolaylı mağdurlar); veya potansiyel olarak etkilenmesi (potansiyel mağdurlar) gerekmektedir⁴⁰. *“Her halükârda, kişinin doğrudan, dolaylı ya da potansiyel mağdur⁴¹ olması halinde, başvuran ve iddia edilen ihlal nedeniyle maruz kaldığını düşündüğü zarar arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir.”*⁴². *Locus standi* meselesi ise yani mağdurların şikayetlerinin AİHM önünde temsili ile mağdur statüsünün birbirinden farklı

³⁹ International Energy Agency, Net Zero by 2050, A Roadmap for the Global Energy Sector, s. 13.

⁴⁰ Bkz Centre For Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu v Romanya, App no: 47848/08, 2014, para. 96-101; Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 463; Mansur Yalçın ve Diğerleri v Türkiye, App no: 21163/11, 2014, para. 40 (çeviri, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmıştır). Ayrıca bkz Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Temel Teorisine Giriş- Cilt 2*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Legal Yayıncılık, 2012, s. 61; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekin Yayınevi, 2023, s. 508-509; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, 2023, s. 330-1.

⁴¹ İklim değişikliğinin insanlar üzerindeki olumsuz etkileri ve riskleri *“küresel ölçekte toplam sera gazı emisyonlarından kaynaklanmaktadır ve belirli bir yetki alanından kaynaklanan emisyonlar, zararın nedenlerinin yalnızca bir kısmını oluşturmaktadır”* ve böylece bir ülkedeki devlet yetkililerinin eylemleri veya ihmalleri ile orada meydana gelen zarar veya potansiyel zarar arasındaki nedensellik *“daha zayıf ve daha dolaylıdır”* (Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 439).

⁴² Mansur Yalçın ve Diğerleri v Türkiye, para. 40 (Çeviri, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmıştır).

olduğu AİHM tarafından belirtilmiştir.

Doğrudan mağdur olduğunu iddia eden kişinin şikâyet konusu ihlalden “doğrudan etkilendiğini” gösterebilmesi gerekmektedir⁴³. Bu ise “*mutlaka başvuru konusunun şikâyet konusu eylem veya ihmâl nedeniyle kişisel olarak hedef alınması gerektiği anlamına gelmemekte*” ve burada önemli olan “*ihtilaf konusu davranışın kendisini şahsen ve doğrudan etkilemiş olması(dır)*”⁴⁴. Doğrudan mağdurun yakınlarının, doğrudan mağduru etkileyen konularda mahkemeye başvurusuyla ilgili olan hususlar ise dolaylı mağdura ilişkindir⁴⁵. AİHS’nin 34. maddesi hem iddia edilen ihlalin doğrudan mağduru veya mağdurlarıyla hem de ihlalin zarar vereceği veya ihlalin sona ermesinde geçerli ve kişisel çıkarı olan dolaylı mağdurlarla ilgilidir⁴⁶.

AİHM’nin içtihatları çerçevesinde iki tür potansiyel mağdurun söz konusu olduğunu görmekteyiz. İlki belirli bir genel yasama tedbirinden etkilendiğini iddia eden kişilerdir⁴⁷. İkincisi ise gelecekte herhangi bir zamanda AİHS’de yer alan haklarının etkilenebileceğini iddia eden kişilerdir⁴⁸. Böyle bir mağduriyet istisnai olup sadece şüphe veya varsayım yetersizdir ve “*başvuru sahibinin kendisini kişisel olarak etkileyen bir ihlalin gerçekleşme olasılığına dair makul ve ikna edici kanıtlar sunması*” gerekir⁴⁹. Potansiyel mağdur bazı durumlarda, şikâyet edilen genel tedbirden şu anda etkilenenleri, diğer durumlarda ise “*gelecekte bu tür bir tedbirden etkilenebileceklerini iddia edenleri*” kapsar ve “*(b)azı durumlarda, bu iki tür durum bir arada bulunabilir veya kolayca ayırt edilemeyebilir*”⁵⁰. Başvuru sahiplerinin, bir ihlalden kişisel olarak etkilenecekleri ihtimaline ilişkin makul ve ikna edici kanıt sunmaları gerekmekte ve sadece şüphe veya varsayım yeterli değildir⁵¹. Fakat AİHM’ye

⁴³ Centre For Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu v Romanya, para. 96; Lambert ve Diğerleri v Fransa, App no: 46043/14, 2015, para. 89; Aksu v Türkiye, App no: 4149/04 ve 41029/04, 2012, para. 51.

⁴⁴ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 466.

⁴⁵ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 467.

⁴⁶ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 468; Vallianatos ve Diğerleri v Yunanistan, App no: 29381/09 ve 32684/09, 2013, para. 47.

⁴⁷ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 469.

⁴⁸ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 470.

⁴⁹ Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varlıklarını Koruma Derneği v Türkiye, App no: 37857/14, 2021, para. 41; Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v Romanya, para. 101; Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 470.

⁵⁰ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 471.

⁵¹ Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romanya, para.101; Monnat v İsviçre, para. 31-32.

göre “*bu kriter katı ve esnek olmayan bir şekilde uygulanmamalıdır*”⁵².

A. İklim Değişikliği Bağlamında Bireylerin Mağdur Statüsü

AİHM’ye göre, iklim değişikliğinin, özellikle daha savunmasız bazı gruplarda hastalık ve ölüm oranlarında artışa neden olduğuna ve iklim değişikliği ile mücadelede devletlerin kararlı adımlar atmaması durumunda geri dönüşü olmayan ve felaketle sonuçlanabilecek bir noktaya ilerleme riski taşıdığına dair ikna edici bilimsel kanıtlar mevcuttur⁵³. Devletler iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini kabul etmiş olup ortak fakat farklılaştırılmış sorumlulukları ve kendi kapasiteleri doğrultusunda gerek sera gazı emisyonlarını azaltmak için gerekli azaltım tedbirlerini gerekse de iklim değişikliğine uyumu sağlamak ve etkilerini azaltmak için uyum tedbirlerini almayı taahhüt etmiştir⁵⁴. Bu ise devletlerin “*eylemleri veya ihmalleri... ile bireyleri etkileyen zarar arasında hukuken ilgili bir nedensellik ilişkisinin var olabileceğini göstermektedir*”⁵⁵.

İklim değişikliğinden tüm insanlar bir dereceye kadar doğrudan etkilenebilir ya da doğrudan etkilenme riskiyle karşı karşıya kalabilir veya potansiyel olarak çok sayıda kişi bu temelde AİHS kapsamında mağdur oldukları iddiasında bulunabilir⁵⁶. AİHM, iklim değişikliği nedeniyle AİHS çerçevesinde mağdur olunabilmesi için iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarının veya risklerinin belirli bir düzeye ulaşması ve ciddiyeti gibi ayırt edici kriterlere dayanarak bu kişilerin bireysel korunma ihtiyaçlarının acil olup olmadığını ele almaktadır⁵⁷. AİHM’ye göre, AİHS kapsamında iklim değişikliğinden dolayı bir kimsenin mağdur olabilmesi için kişinin devletin eylemlerinden veya ihmallerinden dolayı “*kişisel olarak ve doğrudan*” etkilenmesi gerekmektedir⁵⁸. Başvurucunun kişisel ve doğrudan etkilenip etkilenmediğini tespit için de AİHM iki temel ilke kabul etmiştir. Bunlar:

“(a) başvuru sahibinin iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine yüksek yoğunlukta maruz kalması gerekir; yani başvuru sahibini etkileyen hükümet

⁵² Aksu v Türkiye, para. 51; Bkz Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 460.

⁵³ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 478.

⁵⁴ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 478.

⁵⁵ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 478.

⁵⁶ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 483.

⁵⁷ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 486.

⁵⁸ Bkz. Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 487, 527.

eyleminin veya ihmalinin olumsuz sonuçlarının (riskinin) düzeyi ve ciddiyeti önemli olmalıdır ve (b) zararın azaltılmasına yönelik makul önlemlerin bulunmaması veya yetersiz olması nedeniyle, başvuru sahibinin bireysel korunmasının sağlanmasına yönelik acil bir ihtiyacın olması gerekir”⁵⁹.

Bu kriterleri sağlama eşiği yüksektir ve bu kriterlere ek olarak AİHM başvuranın AİHS çerçevesindeki şikâyetinin niteliği ve kapsamı, “iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinin zaman içindeki gerçekliği/uzaklığı ve/veya olasılığı, başvuru sahibinin yaşamı, sağlığı veya refahı üzerindeki spesifik etkisi, zararlı etkilerin büyüklüğü ve süresi, riskin kapsamı (yerel veya genel) ve başvuru sahibinin hassasiyetinin niteliği” gibi hususları da dikkate alacağına yer vermiştir⁶⁰.

B. Derneklerin Temsilci Olması

Dernekler özel hukuk tüzel kişileri kapsamında olup kendi adlarına başvuru yapabilirler. Fakat dernekler özel ve aile hayatı gibi AİHS’de güvence altına alınan haklardan dolayı doğrudan mağdur olamazlar.

“(B)ir derneğin Sözleşme’nin ihlal edildiği iddiasının doğrudan mağduru olarak değerlendirilememesinin iki temel nedeni vardır. İlk neden, Sözleşme sistemi altında actio popularis’in yasaklanmasıdır; bu, bir başvurucunun, itiraz edilen tedbir veya eylem kendisini doğrudan etkilemiyorsa, kamu menfaati veya genel menfaat için bir talepte bulunamayacağı anlamına gelir... İkinci neden ise söz konusu Sözleşme hakkının niteliği ve başvuran dernek tarafından kullanılma şekli ile ilgilidir. Sözleşme’nin 2., 3. ve 5. maddelerinde yer alan haklar gibi bazı haklar, doğaları gereği, bir dernek tarafından değil, yalnızca dernek üyeleri tarafından kullanılabilir... Asselbourg ve Diğerleri davasında ... Mahkeme, başvuran derneğe mağdur statüsü vermeyi reddederken, başvuran derneğin, örneğin bir avukatın müvekkilini temsil ettiği gibi, yalnızca üyelerinin veya çalışanlarının temsilcisi olarak hareket edebileceğini, ancak kendisinin 8. maddenin ihlalinin mağduru olduğunu iddia edemeyeceğini belirtmiştir”⁶¹.

AİHM önüne gelen Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve Diğerleri davasında bir dernek iklim değişikliği nedeniyle hem AİHS madde 8’in hem

⁵⁹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 487, 527.

⁶⁰ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 488, 527.

⁶¹ Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varlıklarını Koruma Derneği v Türkiye, para. 41.

de madde 6'nın ihlali sebebiyle başvuruda bulunmuştur. Bu çerçevede AİHM, bir derneğin sadece gerçek kişilerin şikâyetinde bulunacağı sağlık gibi konularda 8. maddenin ihlal edildiğini ileri süremeyeceğini belirtmiştir⁶². Ancak AİHM derneklerin iklim değişikliği nedeniyle temsilci olabileceklerini çeşitli gerekçelerle kabul etmiştir. Birincisi, AİHM derneklerin belirli bir hareket yetkisi olmaksızın mağdurları adına doğrudan başvuru yapılabileceğini ve hatta mağdur hayattayken kendi başına şikâyetinde bulunabileceği durumlarda bile bazı özel hususlarda derneklerin doğrudan başvuruda bulunma veya başvuruları takip etme yetkisi olduğunu kabul etmiştir⁶³. İkincisi, çağdaş toplumlarda, son derece karmaşık idari kararlarla karşı karşıya kalan vatandaşların dernekler gibi kolektif yapılara başvurması kendi özel çıkarlarını etkili bir şekilde savunmalarının yollarından biridir ve bazen de tek yoludur⁶⁴. Üçüncüsü, çoğu Avrupa ülkesinin kanunları derneklere, üyelerinin çıkarlarını korumak amacıyla *“dava açma yetkisi tanımaktadır”*⁶⁵. Bu durum özellikle *“küresel ve karmaşık bir olgu olan iklim değişikliği bağlamında geçerlidir”* ve iklim değişikliğinin olumsuz etkileri herhangi bir bireyi veya birey grubunu etkilemez, iklim değişikliği *“insanlığın ortak kaygısıdır”*⁶⁶. Dördüncüsü AİHM'ye göre *“iklim değişikliğinin etkileri ve riskleri ile ilgili nesiller arası adalet hususu göz önünde bulundurulduğunda, iklim değişikliğinin etkilerinden en çok etkilenecek olan toplum üyelerinin belirgin bir temsil dezavantajına sahip(tir)”*⁶⁷. Böylece dernekler veya diğer çıkar grupları aracılığıyla bu kolektif eylem, *“temsili açıdan belirgin bir dezavantaja sahip olanların sesinin duyulabileceği ve ilgili karar alma süreçlerini etkilemeye çalışabilecekleri yegâne araçlardan biri olabilir”*⁶⁸. Dahası AİHM, derneklerin temsil konusunda uluslararası düzenlemelerin önemli olduğuna vurgu yapmıştır. Çevre sorunları söz konusu olduğunda bireylerin haklarının korunmasında dernekler gibi kollektif kuruluşlara

⁶² Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 473.

⁶³ Bkz para.475-477. Ayrıca bkz Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v Romanya; Association For The Defence Of Human Rights in Romania – Helsinki Committee On Behalf Of Ionel Garcea v Romanya, App no: 2959/11, 2015.

⁶⁴ Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri v İspanya, App no: 62543/00, 2004, para. 38.

⁶⁵ Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri v İspanya, para. 38.

⁶⁶ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 489. 1992 BMİDÇS'de, 2015 Paris Anlaşması'nda, Glasgow İklim Paketi'nde, Şarm El-Şeyh Uygulama Planı'nda (UNFCCC, Sharm el-Sheikh Implementation Plan, Decision-/CP.27, 2022) iklim değişikliğinin ve olumsuz etkilerinin “insanlığın ortak kaygısı” olduğuna yer verilmiştir.

⁶⁷ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 484.

⁶⁸ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 489.

başvurmanın önemli olduğu 1998 Aarhus Sözleşmesi'nde de görülmektedir⁶⁹. 1998 Aarhus Sözleşmesi, “*her insanın kendi sağlığı ve refahı için yeterli bir çevrede yaşama hakkına ve hem bireysel olarak hem de başkalarıyla birlikte, çevreyi şimdiki ve gelecek nesillerin yararı için koruma ve geliştirme görevine sahip olduğunu*” kabul eder⁷⁰. Bir dernek gerçek kişilere özgü olan sağlık sorunlarına ve iklim değişikliğiyle ilgili konulara bağlı başvuruda bulunamaz ve bu durum, doğası gereği AİHS'nin 2. ve/veya 8. maddeleri kapsamında bir derneğe mağdur statüsü verilmesi olasılığını sınırlamaktadır⁷¹. Ancak dernekler çağdaş toplumlarda iklim değişikliğine ilişkin konularda etkilenen kişiler adına dava açmakta ve iklim davalarına müdahil olmaktadır⁷². Böylece dernekler gittikçe önemi artan kuruluşlar haline gelmiştir.

Son olarak AİHM Asselbourg ve Diğerleri ve Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varlıklarını Koruma Derneği kararlarında belirttiği gibi bir dernek AİHS'nin ihlal edildiğini iddia edemez fakat temsilci olabilir⁷³. İklim değişikliğinin küresel bir sorun olarak özel doğası ve nesiller arası adalet ihtiyacı, iklim değişikliği davalarında derneklerin AİHM'de temsilci olabilmesini gerektirmektedir ve iklim değişikliğini ve bunun insan hakları üzerindeki ciddi etkileri de dahil olmak üzere geri döndürülemez sonuçlarını ele almanın aciliyeti göz önüne alındığında, devletler yalnızca halihazırda iklim değişikliğinden etkilenen bireylerin değil, aynı zamanda hakları gelecekte ciddi şekilde etkilenebilecek olanların haklarını da korumak için uygun önlemleri almalıdır⁷⁴. Bu nedenle, yalnızca bireysel davalara dayanmak yerine, derneklerin iklim değişikliğinden etkilenenlerin haklarının korunması amacıyla hukuki işlem başlatmalarına izin verilmesi önem arz etmektedir⁷⁵.

Bir derneğin, bireyleri iklim değişikliğinin insan yaşamı üzerindeki olumsuz etkilerine karşı koruyabilmesi ve yeterli önlemleri almadığı iddiasıyla taraf devletlere karşı AİHM'ye başvuruda bulunabilmesi için belli koşulları sağlaması gerekmektedir⁷⁶. Söz konusu dernek:

⁶⁹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 490.

⁷⁰ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, done at Aarhus, Denmark, on 25 June 1998, Giriş.

⁷¹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 496.

⁷² Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 497.

⁷³ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 498.

⁷⁴ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 499.

⁷⁵ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 499.

⁷⁶ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 502.

“(a) ilgili yargı bölgesinde yasal olarak kurulmuş veya orada faaliyet gösterme yetkisine sahip olmalıdır; (b) üyelerinin veya ilgili yargı alanındaki diğer etkilenen bireylerin insan haklarının savunulmasında, ister iklim değişikliğinden kaynaklanan tehditlere karşı bu hakların korunmasına yönelik toplu eylemlerle sınırlı olsun isterse bu eylemleri de kapsasın, hukuki hedeflerine uygun olarak özel bir amaç güttüğünü gösterebilmelidir; ve (c) Sözleşme kapsamında korunduğu üzere, iklim değişikliğinin yaşamları, sağlıkları veya refahları üzerindeki belirli tehditlerine veya olumsuz etkilerine maruz kalan üyeleri veya yargı yetkisi dahilindeki diğer etkilenen bireyler adına hareket etmek için gerçekten nitelikli olduğunu ve temsilci olarak kabul edilebileceğini gösterebilmelidir”⁷⁷.

Bu doğrultuda AİHM, gelecek nesillerin zarar görmemesini sağlamak amacıyla, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz'in kâr amacı gütmeyen dernek olduğunu belirtmiş ve derneğe hukuki statü verilmesini kısmen haklı bulmuştur⁷⁸. AİHM, AİHS madde 34 kapsamında hem mağdur statüsü hem de temsil edilebilmeye ilişkin yerleşik kuralına istisna tanımıştır ve AİHM'ye göre eğer böyle derneklere temsil yetkisi verilmezse gelecek nesiller ağır yük altına girmiş olacaktır. Bu sebeple de AİHM gelecek nesillerin korunması için derneğe temsil yetkisinin verilmesi gerektiğini düşünmektedir.

IV. ÜLKE DIŞI YARGI YETKİSİ VE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ

Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 Diğer Devlet davasında iklim değişikliği davalarının ülke dışı yargı yetkisi kapsamında ele alınıp alınamayacağı değerlendirilmiştir. Eylül 2020'de altı Portekizli genç AİHS'nin 2., 8. ve 14. maddeleri çerçevesinde haklarının ihlalleri iddiasıyla, iklim değişikliği konusunda yeterli önlem almadıkları için 33 ülkeye karşı AİHM'de dava açmıştır. Başvurucular 33 devletten herhangi birinin ulusal hukukuna başvurmadan doğrudan AİHM'ye şikâyetle bulunmuşlardır. Başvuranların tümü Portekiz'de ikamet etmekte olup Portekiz'in yargı yetkisi altındadırlar.

Başvuranlar Portekiz dışındaki diğer davalı devletlerin yargı yetkisinin, ülke dışı yargı yetkisi temelinde kurulabileceğini iddia etmişlerdir. AİHS madde 1 uyarınca AİHS'ye taraf olan her devlet Sözleşme kapsamındaki hak

⁷⁷ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 502.

⁷⁸ Bkz Anaïs Brucher ve Antoine De Spiegeleir, “The European Court of Human Rights’ April 9 Climate Rulings and the Future (Thereof)”, *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/the-european-court-of-human-rights-april-9-climate-rulings-and-the-future-thereof/>>, Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.

ve özgürlüklerden, yargı yetkisi altındaki herkes tarafından kullanılmasını garanti edecektir. AİHM yargı yetkisini sadece taraf devletlerin toprakları ile sınırlamamıştır ve gerekli koşulların sağlanması halinde AİHS'ye taraf devletlerin ülke dışı yargı yetkisinin olabileceğini kabul etmektedir. AİHM iklim değişikliğinin ülke dışı yargı yetkisi kapsamında değerlendirilebilmesi için öncelikle geliştirmiş olduğu içtihatlar doğrultusunda bir değerlendirme yapmıştır.

İlk olarak AİHM, bir devletin bir alan üzerinde etkin kontrolünün olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu kural çerçevesinde Duarte Agostinho ve Diğerleri davasında herhangi bir devletin bir alan üzerinde etkin kontrol sağladığına ilişkin iddia yoktur. İkinci olarak AİHM, “(d)evlet ajanı otoritesi ve kontrolü” kriterini ele almıştır. AİHM'nin içtihatları uyarınca belirli koşullar altında, bir devletin kendi toprakları dışında faaliyet gösteren görevlileri tarafından güç kullanılması durumunda, ilgili kişinin faaliyeti devletin AİHS'nin 1. maddesindeki yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmesini mümkün kılabilir ve bu kural, bir kişinin yurt dışındaki devlet görevlileri tarafından gözetim altına alınması durumunda da geçerlidir⁷⁹. Ayrıca, bir devletin sınırları dışında faaliyet gösteren görevlilerinin binalarda, uçaklarda veya gemilerde alıkonulan kişiler üzerinde güç ve fiziksel kontrol uyguladığı durumlarda, ülke dışı yargı yetkisi vardır⁸⁰. Nitekim “(d)evlet ajanı otoritesi ve kontrolü” kriterinin uygulanabilmesi için bir devlet, mağdur olduğu iddia edilen kişi üzerinde bir tür otorite veya kontrol sağlamış olmalıdır; ancak Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 Diğer Devlet davasında davalı devletlerden herhangi birisinin, AİHS'nin 1. maddesine ilişkin içtihat kapsamında başvurular üzerinde otoritesi veya kontrolü söz konusu değildir⁸¹. Neticede, bu temelde de yargı yetkisi kurulamaz.

Üçüncü olarak AİHM, bu davada AİHS'nin 2. maddesi kapsamındaki usul yükümlülüğüne ilişkin yargı yetkisi bağlantısının olup olmadığını değerlendirmiştir. AİHM, AİHS'nin 2. maddesi çerçevesindeki usuli yükümlülüklerin ortaya çıktığı söylenen taraf devletin toprakları dışında bir ölümün meydana gelmesi halinde, AİHS'nin 2. maddesi kapsamındaki etkin soruşturmanın yürütülmesine ilişkin usul yükümlülüğü, bu maddeden kaynaklanan ayrılabilir bir yükümlülük olarak kabul edilebilecek ve ayrı ve

⁷⁹ Al-Skeini ve Diğerleri v Birleşik Krallık, App no: 55721/07, 2011, para. 136.

⁸⁰ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz, para. 105.

⁸¹ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz, para. 182.

bağımsız bir yükümlülüğe dönüşebilecektir⁸². Bir sözleşmecî devlet, yargı yetkisi dışında meydana gelen bir ölümle ilgili olarak ulusal hukuku uyarınca cezai soruşturma veya yargılamaları başlatması halinde, AİHM'de dava açan mağdurun yakınları arasında yargısal bir bağ kurmak için yeterli olabilir⁸³. Eğer böyle bir soruşturma veya işlem söz konusu değilse, bu durumda da 2. madde kapsamındaki soruşturma usul yükümlülüğü ile ilgili olarak yargı yetkisi bağlantısının varlığını tetikleyen özel unsurların olup olmadığına bakılır; fakat bu tür unsurlar her bir davanın kendine özgü koşullarına bağlı olarak değerlendirilecektir⁸⁴. Mevcut davada bu kapsamda bir değerlendirme yapabilmek için ilgili devletlerin ulusal hukuklarda açılmış bir dava yoktur ve bu çerçevede davalı devletlerin yargı yetkisi tesis edilemez⁸⁵.

Son olarak AİHM davalı devletlerin yargı yetkisini belirlemeye yönelik ilgili “*özel unsurların*” yani istisnai koşulların bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir. Ulusal düzeyde alınan kararların yurt dışında ikamet eden kişilerin durumu üzerinde etkili olması, tek başına, söz konusu devletin sınırları dışındaki kişiler üzerinde yargı yetkisini tesis etmez⁸⁶. AİHS'nin ülke dışı yargı yetkisinin uygulanabilmesi için istisnai koşulların varlığı tespit edilmelidir. Ancak AİHM'ye göre mevcut davada herhangi bir istisnai koşul söz konusu değildir ve bu dava ülke dışı yargı yetkisinin tespitine yol açan koşulların hiçbirini sağlamamaktadır⁸⁷. Neticede, ülkesel yargı yetkisine sahip olan Portekiz dışında davalı devletlerin ülke dışı yargı yetkisini tesis etmek için hiçbir dayanak yoktur⁸⁸.

AİHM Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 Diğer Devlet kararında, ülke dışı yargı yetkisine ilişkin içtihatların davada uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır. İklim değişikliğinin günümüzün en önemli sorunlarından biri olması nedeniyle de ülke dışı yargı yetkisinin iklim değişikliği bakımından genişletilip genişletilemeyeceğini de ele almıştır. Bu bakımdan da AİHM aşağıdaki tespitleri yapmıştır.

Devletler, kendi topraklarında sera gazı emisyonlarına neden olan

⁸² Ukrayna ve Hollanda v Rusya, App no: 8019/16, 43800/14 ve 28525/20, 2022, para. 573.

⁸³ Ukrayna ve Hollanda v Rusya, para. 574; Bkz Güzelyurtlu ve Diğerleri v Kıbrıs ve Türkiye, App no: 36925/07, 2017, para. 188.

⁸⁴ Ukrayna ve Hollanda v Rusya, para. 575.

⁸⁵ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devle, para. 183.

⁸⁶ M.N. ve Diğerleri v Belçika, App no: 3599/18, 2020, para. 112.

⁸⁷ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 185, 187.

⁸⁸ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 185.

hem kamusal hem de özel faaliyetler konusunda nihai yetkiye sahiptir⁸⁹. Bu doğrultuda devletler başta 2015 Paris Anlaşması'nda belirtilenler olmak üzere, ulusal politikaları, yasaları ve Paris Anlaşması kapsamındaki ulusal olarak belirlenmiş katkıları çerçevesinde uluslararası hukuk taahhütlerinde bulunmuşlardır⁹⁰.

İklim değişikliği karmaşık ve çok yönlü olmasına rağmen bir devletin topraklarında sera gazı emisyonu üreten kamusal ve özel faaliyetler ile o devletin yetki alanı dışında kalan kişilerin hakları ve refahı üzerindeki olumsuz etkileri arasında nedensellik bağı vardır⁹¹. İklim değişikliği küresel bir olgu olması ve küresel zorluklara neden olmasından dolayı her devletin kendi payına düşen sorumluluğu vardır ve devletler uygun çözümü bulma konusunda söz hakkına sahiptir⁹². İklim değişikliği insanlık için varoluşsal nitelik taşıdığı için diğer neden-sonuç durumlarından farklıdır⁹³. Dünya çapında net sıfır doğal karbon yutakları ile telafi edilebilecek olandan daha fazla fosil yakıtın çıkarılması veya yakılması, atmosferdeki sera gazı emisyonlarını artırarak iklim değişikliğinin küresel ölçekteki etkilerini şiddetlendirecektir⁹⁴. Fakat tüm bu hususlar AİHM'nin ülke dışı yargı yetkisini genişletmek için gerekçe olamaz⁹⁵. *“Başvuranların Sözleşmedeki menfaatleri üzerindeki kontrol”* testine dayanmalarına ilişkin olarak, AİHM'nin içtihadı uyarınca, AİHS'nin 1. maddesindeki ülke dışı yargı yetkisi, *“bireyin menfaatlerinden ziyade birey üzerinde kontrolü(nü) gerektirmektedir”*⁹⁶. *“Devlet görevlileri tarafından kasıtlı olarak yaşamdan yoksun bırakılmaya ilişkin 2. madde kapsamındaki özel içtihadı bir kenara bırakılırsa,” “(s)özleşme menfaatleri üzerinde kontrol”* gibi bir kriterin ülke dışı yargı yetkisi için bir temel oluşturduğuna dair AİHM'nin bir içtihadı söz konusu olmayıp AİHM, 1. maddenin ülke dışı yargı yetkisi kapsamında radikal bir şekilde genişletilmesi gerektiğini düşünmemektedir⁹⁷. Bir devletin, bireyin menfaati üzerindeki kontrolüne dayanan ülke dışı yargı yetkisinin tesis edilmesi, AİHS'nin kapsamının

⁸⁹ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 192.

⁹⁰ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 192.

⁹¹ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 193.

⁹² Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 193.

⁹³ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 194.

⁹⁴ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 194.

⁹⁵ Duarte Agostinho ve Diğerleri, para. 195.

⁹⁶ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve Diğerleri, para. 205.

⁹⁷ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 205.

belirlenmesinde öngörülemezliğe neden olabilecektir⁹⁸. İklim değişikliğinin etkilerinin küresel ve çok yönlü olması da bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, potansiyel olarak iklim değişikliğinden etkilenen herkesi AİHS'ye taraf herhangi bir sözleşmecî devletin yargı yetkisine tabi tutabilir ve böyle bir yorumun AİHS çerçevesinde kabulü mümkün değildir⁹⁹. Başvuranların iddialarının kabul edilmesi, hem devletlerin AİHS uyarınca dünyanın hemen her yerindeki bireylerin refahını sağlama yükümlülüklerinin hem de AİHS kapsamındaki ülke dışı yargı yetkisinin de sınırsız olacağı anlamına gelecek olup bu da AİHS'yi dünya çapında bir iklim değişikliği anlaşması haline gelecektir¹⁰⁰. Neticede AİHM, başvuruların önerdiği şekilde AİHS'nin kapsamının genişletilmeyeceği sonucuna varmıştır¹⁰¹.

İklim değişikliği ile mücadelede sera gazı emisyonlarının kaynağında azaltılması esas olarak bölgesel yargı yetkisinin uygulanması ile mümkün iken sera gazı emisyonlarının yol açtığı zararlı sonuçlar ise karmaşıktır ve zaman ve yer açısından daha öngörülemez bir etkiler zincirinin sonucunda meydana gelmektedir ve *“bu da yurt dışındaki emisyonların olumsuz etkisine ilişkin ilgili katkıların belirlenmesini zorlaştırmaktadır”*¹⁰². Başka bir deyişle, sera gazı emisyonlarının sınırı aşan etkisinin olması ve iklim sisteminin küresel olarak paylaşılması, sera gazı emisyonlarının yarattığı risk ve zararın sınır tanımadığı anlamına gelir¹⁰³. Bu, bir devletin zarar gören veya tehlike altındaki insanlar üzerinde herhangi bir kontrolü olmasa da kendi topraklarında meydana gelen faaliyetlerden kaynaklanan risk veya zararın *“kaynağı”* üzerinde etkili bir kontrole sahip olduğunu ifade eder¹⁰⁴. Bunun aksine başvurular tarafından talep edilen ülke dışı yargı yetkisinin kapsamı, gerçekte tanımlanabilir herhangi bir sınırdan yoksundur. Bu bağlamda AİHM, Portekiz¹⁰⁵ dışındaki diğer devletler bakımından yargı yetkisi tesis edilemediği için bu devletlere

⁹⁸ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 206, 208.

⁹⁹ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 206, 208.

¹⁰⁰ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 208.

¹⁰¹ Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 diğer devlet, para. 208.

¹⁰² Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve Diğerleri, para. 207.

¹⁰³ Bkz Armando Rocha, “States’ Extraterritorial Jurisdiction for Climate-Related Impacts”, *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/states-extraterritorial-jurisdiction-for-climate-related-impacts/>>, Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.

¹⁰⁴ Rocha.

¹⁰⁵ Başvuranlar Portekiz'de herhangi bir iç hukuk yoluna başvurmamışlardır. AİHM'ye göre dava bir bütün olarak dikkate alındığında iç hukuk yollarından muaf tutulmasını gerektirecek bir neden yoktur ve bu sebeple AİHM de iç hukuk yollarının tüketilmemesinden dolayı başvuruyu kabul edilmez bulmuştur (Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 Diğer Devlet, para. 226, 227).

karşı şikayetlerin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Diğer bir deyişle zararın kaynağı üzerindeki kontrol derecelerine bakılmaksızın, mağdur üzerinde etkili bir kontrole sahip olmayan devletler, AİHS'nin 1. maddesinin amaçları açısından ülke dışı yargı yetkisine sahip değildir¹⁰⁶.

V. TAKDİR MARJİ

AİHM, iklim değişikliği ile mücadelede devletlerin gerekli amaçların ve hedeflerin belirlenmesinde daha düşük bir takdir marjına sahip olduklarını tespit etmiştir. Zira iklim değişikliği tehdidinin niteliği ve ciddiyeti ve sözleşme taraflarının karbon nötrlüğüne ulaşma yönündeki kabul edilmiş taahhütleri dikkate alındığında sera gazı emisyonu azaltım hedefleri yoluyla iklim değişikliğinin korunacağına dair genel bir mutabakat vardır¹⁰⁷. Araç seçimleri konusunda ise devletlerin, öncelikleri ve kaynakları ışığında “uluslararası alanda belirlenmiş hedef ve taahhütlere ulaşmak için benimsenen operasyonel tercihler ve politikalar da dahil olmak üzere...geniş bir takdir marjı” vardır¹⁰⁸. Başka bir deyişle iklim değişikliği ile mücadelede alınacak önlemler ve bunların uygulanması bakımından taraf devletlerin geniş bir takdir marjı vardır. Tam olarak ne yapılması gerektiği AİHM'nin görevi olmamakla birlikte “(h)ükümetin soruna gerekli özeni göstererek yaklaşıp yaklaşmadığını ve çatışan tüm menfaatleri dikkate alıp almadığını değerlendirmek kesinlikle” mahkemenin yetkisindedir¹⁰⁹. AİHM, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında incelenen çevre davalarında yerel karar alma sürecini düzenli olarak gözden geçirerek bireyin usuli güvencelere erişiminin, davalı devletin takdir marjı dahilinde kalıp kalmadığının belirlenmesinde özellikle önemli olacağını vurgulamıştır ve bu çerçevede ilkelere yer vermiştir¹¹⁰. Neticede AİHM iklim değişikliği ile mücadelede devletin takdir marjını aşmış olduğunu tespit etmek için beş aşamalı bir test geliştirmiştir:

“(a) ulusal ve/veya küresel iklim değişikliği azaltım taahhütlerine ilişkin genel hedef doğrultusunda, karbon nötrlüğüne ve aynı zaman dilimi için kalan genel karbon bütçesine¹¹¹ ulaşmak amacıyla bir hedef zamanı

¹⁰⁶ Bkz Rocha.

¹⁰⁷ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 543.

¹⁰⁸ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 543.

¹⁰⁹ Kotov ve Diğerleri v Rusya, App no: 6142/18 and 13 others, 2022, para. 134; Fadeyeva v Rusya, App no:55723/00, 2005, para. 128; Mileva ve Diğerleri v Bulgaristan, App no: 43449/02 ve 21475/04, 2010, para. 98.

¹¹⁰ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 539.

¹¹¹ Uluslararası iklim hukuku kapsamında karbon bütçeleri iki anlamda kullanılmakta olup ilki,

çizelgesi veya gelecekteki sera gazı emisyonlarının ölçümü için eşdeğer başka bir yöntem belirleyen genel tedbirleri kabul etmek;(b) *Prensip olarak, ulusal politikalarda üstlenilen ilgili zaman dilimleri içerisinde genel ulusal sera gazı azaltım hedeflerini karşılama kapasitesine sahip olduğu düşünülen ara sera gazı emisyon azaltım hedeflerini ve yollarını (sektöre veya diğer ilgili metodolojilere göre) belirlemek;* (c) *ilgili sera gazı azaltım hedeflerine gerektiği gibi uyup uymadıklarını veya uyma sürecinde olup olmadıklarını gösteren kanıtlar sunmak;* (d) *ilgili sera gazı azaltım hedeflerini gerekli özeni göstererek ve mevcut en iyi kanıtlara dayanarak güncel tutmak;* ve (e) *ilgili mevzuatı ve tedbirleri tasarlarlarken ve uygularken zamanında, uygun ve tutarlı bir şekilde hareket etmek*"¹¹².

Genel olarak, AİHM'nin taraf devletlerin yukarıda belirtilen koşulları yerine getirip getirmediğine ilişkin değerlendirmesi kapsamlı olacaktır¹¹³. Diğer bir ifadeyle belirli bir alandaki eksiklik tek başına her zaman devletin takdir marjını aştığı anlamına gelmeyecektir¹¹⁴. AİHM karar verme sürecinin yeterli olup olmadığını, bu süreç boyunca bireylerin görüşlerinin ve sürece katılımlarının ne derecede dikkate alındığını, bu sürecin yetkililer tarafından çatışan çeşitli çıkarlar arasında adil bir denge kurulmasını sağlayıp sağlamadığını, halkın maruz kaldığı riskleri değerlendirebilmek için bilgiye erişimin mümkün olup olmadığını da göz önünde bulunduracaktır¹¹⁵.

"bir devletin belirlediği iklim hedeflerini karşılamak için sera gazı emisyonlarının aşağıya çekilmesi gereken bir üst sınır veya maksimum seviye(nin)" basitçe belirlenebilmesini ifade ederken diğeri ise daha tartışmalı seçenek olan Paris Anlaşması'nda ortaya konulan 1,5 °C sıcaklık hedefine ulaşmak için dünyanın bir bütün olarak atmosfere ne kadar karbon salınabileceğini gösteren küresel bir karbon bütçesinin oluşturması ve bu bütçenin devletler arasında "adil paylar" şeklinde paylaşılması anlamına gelir (Chris Hilson, "The Meaning of Carbon Budget within a Wide Margin of Appreciation: The ECtHR's KlimaSeniorinnen Judgment", *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/the-meaning-of-carbon-budget-within-a-wide-margin-of-appreciation/>>, Erişim Tarihi 8 Haziran 2024).

¹¹² Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 550. AİHM devletlerin "kalan genel karbon bütçesini" veya "gelecekteki sera gazı emisyonlarının miktarının belirlenmesine yönelik başka bir eşdeğer yöntemi belirtmeleri" gerektiğine karar vermiştir (Patrick Abel, "Mixed Signals for Domestic Climate Law: The Climate Rulings of the European Court of Human Rights", *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/mixed-signals-for-domestic-climate-law/>>, Erişim Tarihi 7 Haziran 2024).

¹¹³ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 551.

¹¹⁴ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 551.

¹¹⁵ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 539.

VI. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER KAPSAMINDA DEVLETLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Uluslararası Sözleşmelerden Doğan Yükümlülükler

AİHM, AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde pozitif yükümlülükleri belirlerken devletlerin 1992 BMİDÇS, 2015 Paris Anlaşması gibi uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan hedeflerini ve yükümlülüklerini de dikkate alarak bir sonuca ulaşmıştır. Bu bakımdan pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde devletlerin taraf olduğu uluslararası iklim değişikliğine ilişkin düzenlemeler önemli rol oynamıştır.

1. Genel Olarak

İklim değişikliği ile mücadelede devletler Birleşmiş Milletler (BM) çerçevesinde çeşitli sözleşmelere taraf olmuşlardır. Bu bağlamda iklim değişikliği ile mücadelede küresel ölçekli ilk sözleşme 1992 BMİDÇS'dir. 1992 BMİDÇS'nin amacı "*atmosferdeki sera gazı birikimlerini, iklim sistemi üzerindeki tehlikeli insan kaynaklı etkiyi önleyecek bir düzeyde durdurmayı başarmaktır*"¹¹⁶. Böylece Sözleşmenin önleme amacı vardır¹¹⁷ ve bu amaç ilk olarak sera gazı emisyon oranlarının artırılmamasını ve daha sonra ise sera gazı emisyon oranlarının düşülmesini kapsar¹¹⁸. Keza bu Sözleşme, insan kaynaklı iklim değişikliğine katkıda bulunan tüm faaliyetleri yasaklamamakta; sadece tehlikeli etkileri olanları yasaklamaktadır¹¹⁹. 1992 BMİDÇS madde 4'te gelişmiş devletlere ve EK I (Annex I)'de yer alan devletlere insan kaynaklı sera gazı emisyonlarının ayrı ayrı veya ortak olarak 1990 yılı seviyesine çekilmesi gerektiğine yer verilmiştir¹²⁰. Böylece devletlere farklı yükümlülükler yüklenmiştir.

1997 Kyoto Protokolü, 1992 BMİDÇS'nin nihai amacına ulaşmasında atılan önemli bir adımdır¹²¹. Bu doğrultuda 1997 Kyoto Protokolü'nün amacı

¹¹⁶ Dışişleri Bakanlığı, <<https://www.mfa.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi.tr.mfa>>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024.

¹¹⁷ Roda Verheyen, *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 55-58; Neslihan Özkerim Güner, *İklim Değişikliği Nedeniyle Devletlerin Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, 2018, s. 72; Uğur Kaynakçıoğlu, *Uluslararası Hukukta İklim Değişikliğinin Denizler Üzerindeki Etkileri*, Filiz Kitabevi, 2023, s. 109, 114.

¹¹⁸ Özkerim, s. 72; Kaynakçıoğlu, s. 110.

¹¹⁹ Verheyen, s. 55; Kaynakçıoğlu, s. 110.

¹²⁰ 1992 BMİDÇS madde 4(2-b).

¹²¹ Murat Türkeş, "Küresel İklimin Korunması, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve

“BMİDÇS tarafından getirilen ve yetersiz olarak görülen taahhütlerin geliştirilerek gelişmiş ülkelerin 2000 yılı sonrasını da kapsayacak şekilde daha belirgin ve bağlayıcı yükümlülükler altına sokulması yoluyla BMİDÇS'nin niteliğini güçlendirmek(tir)”¹²². 1997 Kyoto Protokolü'nde Ek A ve Ek B olmak üzere iki listeye yer verilmiştir. Ek B de yer alan ülkeler 1992 BMİDÇS kapsamında yer alan Ek I ülkelerinden oluşmakta olup bu devletlere sera gazı emisyonu azaltma yükümlülüğü getirilmiştir ve bu yükümlülükler bu ülkeler için bağlayıcıdır. Ancak 1997 Kyoto Protokolü gelişmekte olan ülkelere sera gazı emisyon azaltımında herhangi bir yükümlülük getirmemiştir. 1997 Kyoto Protokolü kapsamında İsviçre'nin de dahil olduğu Ek I ülkeleri 2008-2012 taahhüt dönemleri için sera gazlarının salımları toplamını, 1990 yılı seviyelerinin en az yüzde 5'inin aşağısına indirme taahhüdünde bulunmuştur¹²³. 2015 Paris Anlaşması ise sera gazı emisyonlarının azaltılmasıyla ilgili genel bir hedef belirlemektedir¹²⁴. 2015 Paris Anlaşması, 1992 BMİDÇS ile 1997 Kyoto Protokolü'nden farklı olarak sera gazı emisyonlarının azaltılmasında liste bazlı bir sınırlandırma yapmayarak devletlerin özel durumlarını ve koşullarını dikkate almıştır ve böylece de anlaşmaya taraf tüm devletler bakımından yükümlülük getirmiştir¹²⁵. 2015 Paris Anlaşması taraf devletlere küresel ortalama sıcaklık artışının sanayi öncesi seviyelerin 2°C üzerinde tutulması ve mümkünse sıcaklık artışını sanayi öncesi seviyelerin 1,5°C üzerinde sınırlandırılması yükümlülüğü getirmiştir¹²⁶.

2. Devletlerin Ortak Fakat Farklılaştırılmış Sorumlulukları

Ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesi “sanayi devrimi sonrasında gelişmiş ülkelerin...iklim değişikliğinin nedeni olan sera gazlarını diğer ülkelere göre daha fazla salmalarından kaynaklı olarak daha fazla sorumluluk almaları gerektiğini ifade etmektedir”¹²⁷. Devletlerin ortak fakat farklılaştırılmış sorumlulukları ilkesine açıkça ilk kez Rio Bildirgesi ilke 7'de yer verilmiştir ve bu çerçevede “(k)üresel çevresel bozulmaya farklı katkılar bakımından, Devletler ortak ancak farklılaştırılmış sorumluluklara

Türkiye”, *Tesisat Mühendisliği, TMMOB Makina Mühendisleri Odası, Süreli Teknik Yayın 61*, 2001, s. 14-29.

¹²² Kaynakçioğlu, s. 86-7, 173.

¹²³ Madde 3.

¹²⁴ Bkz Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 136.

¹²⁵ Özkerim Güner, s. 125; Kaynakçioğlu, s. 204.

¹²⁶ Madde 2(1-a).

¹²⁷ Baran Bozoğlu, 21. *Yüzyılda İklim Krizi, Paris Anlaşması ve İklim Değişikliğine Uyum*, Dorlion, 2021, s. 61; Bkz Özkerim Güner, s. 91.

sahiptir”¹²⁸. Rio Bildirgesine paralel şekilde 1992 BMİDÇS’de de bu ilkeye yer verilmiş olup Sözleşmeye göre, taraf devletler “iklim sistemini, eşitlik temelinde ve ortak fakat farklılaşmış sorumluluklarına ve güçlerine uygun olarak, insanoğlunun günümüz ve gelecek kuşaklarının yararı için korumalıdır. Dolayısıyla, taraflardan gelişmiş ülkeler iklim değişikliği ve onun zararlı etkileri ile savaşmada öncülük etmelidir”¹²⁹. Ayrıca bu ilkeye 1997 Kyoto Protokolü, 2015 Paris Anlaşması, Glasgow İklim Paktı (COP26) gibi uluslararası anlaşmalarda da yer verilmiştir.

Bu ilke çerçevesinde devletlerin hem ortak hem de farklılaştırılmış sorumlulukları vardır¹³⁰. Bu kapsamda “(i)iklim değişikliğini önleme, etkilerini azaltma için tüm devletler tedbir almalı ve bu hususta periyodik olarak raporlama yapmalıdır”¹³¹. Fakat devletler farklı ekonomik ve teknolojik seviyede olmaları nedeniyle iklim değişikliğine tarihsel olarak farklı etkide bulunmuştur ve böylelikle gelişmiş devletlerin ve gelişmekte olan devletlerin yükümlülükleri de farklı olmalıdır¹³².

Ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesi aynı zamanda uluslararası hukukta 2001 Devletlerin Haksız Fillerden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler’de yer alan “sorumlu Devletlerin çokluğu” başlıklı madde 47(1) ile de tutarlıdır.¹³³ Madde 47(1) “(b)irden fazla Devletin aynı uluslararası haksız fiilden sorumlu olduğu durumlarda, her bir Devletin sorumluluğu bu fiille ilgili olarak ileri sürülebilir” demektedir. Bu aynı haksız eylemle ilgili olarak birden fazla sorumlu devletin bulunduğu, her devletin kendisine atfedilen davranıştan ayrı ayrı sorumlu olduğu ve bir veya daha fazla devletin aynı eylemden sorumlu olması gerçeğinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı veya azaltmadığı anlamına gelmektedir¹³⁴. Her bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir eylemden dolayı ayrı ayrı veya bireysel

¹²⁸ Kumid, <<https://kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/cevreilave02>>, Erişim Tarihi 31 Mayıs 2024.

¹²⁹ İklim Değişikliği Başkanlığı, <<https://iklim.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi-i-33>>, Erişim Tarihi 31 Mayıs 2024, 1992 BMİDÇS madde 3(1). İklim değişikliği ve ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar için bkz Meltem İneli Çiğir, *İklim Değişikliği ile Mücadelede Devletlerin Farklılaştırılmış Sorumlulukları*, Yetkin Yayınları, 2022.

¹³⁰ Bkz İneli Çiğir, s. 69.

¹³¹ Özkerim Güner, s. 92.

¹³² Bkz Özkerim Güner, s. 92.

¹³³ Bkz Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 443.

¹³⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, on Article 47, 2001, para. 1, 6 ve 8.

sorumluluğunun olması uluslararası hukukun genel ilkesidir¹³⁵. Benzer şekilde, her bir sözleşme tarafı, AİHS'nin 1. maddesinde tanımlandığı şekilde yargı yetkisine sahip olması koşuluyla, sera gazı emisyonlarının yol açtığı zararlardan ve iklim değişikliğinin olumsuz etkileriyle mücadelede birden fazla devletin eylemleri veya ihmalleri nedeniyle AİHS kapsamındaki hakların ihlal edildiği iddialarından sorumlu tutulabilir¹³⁶.

Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve Diğerleri davasında İsviçre, iklim değişikliğinin küresel bir olgu olduğunu, iklim değişikliğine tüm devletlerin ve insanların kararlı bir şekilde hareket etmesiyle kalıcı çözümün bulunabileceğini ve İsviçre'nin küresel sera gazı emisyonlarına katkısının çok az olması nedeniyle 2. ve 8. maddeler kapsamında nedensellik bağının olmadığını iddia etmiştir. AİHM ise iklim değişikliğinin tüm devletler tarafından ele alınması gereken bir olgu olduğunu teyit etmiştir ve 1992 BMİDÇS, 2015 Paris Anlaşması, Glasgow İklim Paketi gibi uluslararası düzenlemelerde devletlerin ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklarına yer verildiğine işaret etmiştir¹³⁷. Aslında bu, sera gazı emisyonlarından dolayı devletlerin sorumluluğunun diğer devletlerin eylemleri veya ihmalleri ile bağlı olmaksızın her devletin kendi payına düşen sorumluluğu yerine getirmesini ifade etmektedir¹³⁸. Sonuç olarak İsviçre'nin diğer devletlerin sera gazı emisyonuna katkı sağladığını ve kendi payının az olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

B. Pozitif Yükümlülükler

Devletin insan haklarına saygı yükümlülüğü negatif yükümlülüğü ifade etmektedir¹³⁹. Devletin temel hak ve özgürlükleri etkili bir şekilde uygulaması için gerekli adımların atılması ve yeterli tedbirlere başvurulması ise pozitif yükümlülükleri oluşturmaktadır¹⁴⁰.

Devletler, insan sağlığını ve yaşamını etkili bir şekilde koruyabilmek için

¹³⁵ 2001 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, on Article 47, para. 6.

¹³⁶ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 443.

¹³⁷ Bkz Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 442.

¹³⁸ Bkz Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 441-444; Duarte Agostinho ve Diğerleri v Portekiz ve 32 Diğer Devlet, para. 202-3.

¹³⁹ İlyas Doğan, "Avrupa Konseyinin İnsan Haklarını Koruma Sisteminin Ana Hatları", İlyas Doğan (Ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Astana Yayınları, 2019, s.391-433, s. 398.

¹⁴⁰ Doğan, s. 398-9. Ayrıca bkz Bülent Algan, *İnsan Hakları: Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve*, Adalet Yayınevi, 2023, s. 123.

gerekli yasal ve idari çerçeveyi düzenlemek ve uygulamakla yükümlüdür¹⁴¹. Devletler, riskli faaliyetler söz konusu olduğunda, ilgili faaliyetin özelliklerine, özellikle de potansiyel risk düzeyine göre düzenlemeler yapmakla yükümlüdür ve ilgili düzenlemeler, “*faaliyetin ruhsatlandırılması, kurulması, işletilmesi, güvenliği ve denetlenmesini düzenlemeli ve ilgili tüm tarafların, doğasında var olan riskler nedeniyle hayatları tehlikeye girebilecek vatandaşların etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için pratik tedbirler almasını zorunlu kılmalıdır*”¹⁴². Devletler ulusal hukuklarında garanti altına alınan hakları korumaya yönelik düzenlemeler yapsa da ilgili düzenlemeleri usulüne göre uygulamadıkları takdirde AİHS’deki haklar etkili bir şekilde korunamayacaktır¹⁴³. Bu nedenle de AİHS’de yer alan hakların korunması için sadece düzenlemelerin olması yeterli değildir. Ayrıca bu düzenlemelerin pratikte de etkili şekilde uygulanması gerekmektedir.

AİHM, ulusal makamların en uygun çevre politikalarını ve bireysel önlemleri belirleme konusunda uluslararası bir mahkemedен daha iyi konumda olduğunu ve çevresel sorunları gündeme getiren davalarda devletin geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir¹⁴⁴. Keza iklim değişikliği ile mücadelede araçların seçimi konusu da devletlerin takdir marjı ile ilgili olup “(d)evlet iç hukukta öngörülen belirli bir tedbiri uygulamamış olsa bile, pozitif yükümlülüğünü başka araçlarla yerine getirebilir” ve pozitif yükümlülükler yetkililere imkânsız veya orantısız bir yük yüklememelidir¹⁴⁵. Dahası insanların sağlığına ve yaşamlarına yönelik tehlikeleri değerlendirebilmelerini sağlayan hayati bilgilere erişim, devletin pozitif yükümlülüğü kapsamına girmektedir¹⁴⁶. Davalı devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip

¹⁴¹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 538.

¹⁴² Jugheli ve Diğerleri v Gürcistan, App no: 38342/05, 2017, para. 75; Di Sarno ve Diğerleri v İtalya, App no: 30765/08, 2012, para. 106.

¹⁴³ Cuenca Zarzoso v İspanya, App no: 23383/12, 2018, para. 51; Bor v Macaristan, App no: 50474/08, 2013, para. 27.

¹⁴⁴ Hardy ve Maile v Birleşik Krallık, para. 218; Hatton ve Diğerleri v Birleşik Krallık, para. 100; Giacomelli v İtalya, App no: 59909/00, 2006, para. 79-80.

¹⁴⁵ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 538; Kolyadenko ve Diğerleri v Rusya, App no: 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 ve 35673/05, 2012, para. 160; Budayeva ve Diğerleri v Rusya, App no: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 2008, para. 134-135; Fadeyeva v Rusya, para. 96. Ayrıca bkz Kotov ve Diğerleri v Rusya, para. 134.

¹⁴⁶ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 538; Brincat ve Diğerleri v Malta, App no: 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 ve 62338/11, 2014, para. 102. Ayrıca bkz Guerra ve Diğerleri v İtalya, App no: 14967/89, 1998, para. 57-60; López Ostra v İspanya, App no: 16798/90, 1994, para. 55.

getirmediğini değerlendirirken AİHM, yetkililerin eylemlerinin veya ihmallerinin iç hukuka uygunluğunu, soruşturma süreçleri gibi her bir davanın özel durumunu göz önünde bulunduracaktır ve tehdidin kaynağı ve her bir riskin azaltılma derecesi, devlete atfedilen pozitif yükümlülüklerinin kapsamını belirleyecektir¹⁴⁷. Bir devletin pozitif yükümlülüklerini gerçekleştirmediğinin iddia edilebilmesi için belli bir eşiği karşılayan risk ile bu yükümlülüklerin yerine getirilmediği iddiası arasında nedensellik bağı olmalıdır¹⁴⁸. Aşağıda detaylı bir şekilde anlatılacağı üzere AİHM iklim değişikliği ile mücadelede İsviçre'nin yükümlülüklerini ihlal edip etmediğini değerlendirmek için sera gazı emisyonları azaltım yükümlülüğünün yerine getirilmesinde devletlerin pozitif yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir ve böylece AİHM devletlerin pozitif yükümlülüklerinin kapsamını genişletmiştir.

VII. AİHM'İN DEĞERLENDİRMESİ

A. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre

Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre davası dört yaşlı kadın ile Verein Klimaseniorinnen Schweiz Derneği tarafından açılmıştır. Başvuranlar İsviçre'nin iklim değişikliği ile yeterince mücadele etmediğini ve iklim değişikliğinin özellikle de sıcak hava dalgalarının yaşamları, refahları ve sağlıkları üzerinde olumsuz etkileri olduğunu ileri sürmüştür. Başvuranlara göre İsviçre AİHS'nin 2., 6., 8. ve 13. maddelerini ihlal etmiştir. AİHM yaşam hakkı kapsamında geliştirilen ilkelerin 8. madde kapsamındakilere “çok büyük ölçüde” benzer olduğunu belirterek AİHS'nin 2. maddesini ele almamış ve 8. maddeyi değerlendirmiştir¹⁴⁹.

1. AİHS 8. Maddesi

a. Mağdur statüsü

AİHM'ye göre İsviçre'nin iklim değişikliği ile mücadelede gerekli önlemleri almadığına ilişkin şikayetler, doğası gereği, bir bireyin hayatını tehlikeye atabilecek bir faaliyeti içeren davalar kategorisine en uygun şekilde girmektedir¹⁵⁰. Aslında başvuranlar AİHM'ye iklim değişikliğinin özellikle dezavantajlı gruplar için daha yüksek ölüm riski arasındaki bağlantıya ilişkin

¹⁴⁷ Kolyadenko ve Diğerleri v Rusya, para. 161; Budayeva ve Diğerleri v Rusya, para. 136-7; Brincat ve Diğerleri v Malta, para. 101.

¹⁴⁸ Bkz Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 438-9.

¹⁴⁹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 537.

¹⁵⁰ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 509.

güçlü bilimsel kanıtlar sunmuştur¹⁵¹. IPCC raporu uyarınca insan kaynaklı iklim değişikliği daha sık ve aşırı hava olaylarına sebep olup da iklim değişikliğinin insanlar üzerinde yaygın olumsuz etkileri vardır ve bu raporda sıcaklığa bağlı olarak insan ölümlerinde artış olduğuna yer verilmiştir¹⁵². Yine IPCC'ye göre sıcaklığa bağlı ölüm riski arasında “yaşlılar, çocuklar, kadınlar, kronik hastalıkları olanlar ve belirli ilaçları kullanan kişiler yer alır”¹⁵³. Dahası Avrupa Çevre Ajansı'na (European Environment Agency) göre sıcak hava dalgaları ve aşırı soğuklar özellikle de savunmasız nüfus gruplarında ölüme neden olmuştur¹⁵⁴. Tüm bu hususlar dikkate alındığında yaşlı kadınlar iklim değişikliğinden etkilenen savunmasız grup içerisinde olduklarını ispat etmiştir. Ancak başvuran kadınların savunmasız grup içinde olduklarını ispat etmeleri AİHS bakımından mağdur statüsünün verilmesi için tek başına yeterli değildir. Söz konusu başvuru sahibini etkileyen olumsuz sonuçların belirli bir dereceye ve ciddiyete sahip olması gerekliliği, her başvuru sahibinin özel durumunda kanıtlanmalı ve bu, başvuru sahibinin kişisel korunmasına yönelik acil bir ihtiyaç doğurabilecek kişisel hassasiyetleri de içermelidir¹⁵⁵.

Sıcak hava dalgalarının başvuranların yaşam kalitesini etkilediği kabul edilebilir fakat eldeki bilgiler, bu kişilerin iklim değişikliğinin zararlı etkilerine maruz kaldıklarını veya gelecekte herhangi bir zamanda maruz kalma riski altında olduklarını göstermemektedir¹⁵⁶. “Başvuranların, İsviçre’de mevcut olan uyum tedbirleri veya bu ülkeyi etkileyen sıcak hava dalgalarının kapsamı göz önüne alındığında, makul kişisel uyum tedbirleri yoluyla hafifletilemeyecek, sıcak hava dalgalarıyla bağlantılı olası ağırlaşan herhangi bir kritik tıbbi durumdan mustarip oldukları söylenemez”¹⁵⁷. AİHM gelecekteki riskle ilgili olarak mağdur statüsünü istisnai durumlarda kabul etmektedir ve bu davada bireysel başvuru sahiplerinin kendileriyle ilgili bu

¹⁵¹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 509.

¹⁵² IPCC, Summary for Policymakers, In: Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022, s. 9.

¹⁵³ IPCC, Impacts of 1,5°C Global Warming on Natural and Human Systems. In: Global Warming of 1,5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1,5°C above pre-industrial levels, 2018, s. 240-1.

¹⁵⁴ European Environment Agency, “Extreme Temperatures and Health”, Published in Climate-ADAPT 19 Oca 2021 -Last Modified in Climate-ADAPT 4 Nis 2024, <<https://climate-adapt.eea.europa.eu/en/observatory/++aq+ +metadata/indicators/extreme-temperatures-and-health?bs=1>>, Erişim Tarihi 16 Mayıs 2024.

¹⁵⁵ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 531.

¹⁵⁶ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 533.

¹⁵⁷ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 533.

tür istisnai koşulları kanıtlayamadığını belirtmiştir¹⁵⁸. Beşinci başvuru sahibi, sıcak hava dalgalarının neden olduğu, yaşlı kadınlardan oluşan gruptaki herhangi bir bireyin karşılaşılabileceği tipik etkilerin ötesinde herhangi bir spesifik hastalık veya diğer ciddi olumsuz etkiye işaret etmeyen çok belirsiz bir beyan sunmuş ve ayrıca astım teşhisini doğrulayan tıbbi bir belge sunmasına rağmen, sıcak hava dalgaları nedeniyle hiç doktora gitmemiştir¹⁵⁹. Dolayısıyla başvuru sahibinin sağlık sorunları ile AİHM'ye yaptığı şikâyetler arasında bir bağlantı yoktur¹⁶⁰. Sonuçta AİHM, dört yaşlı kadın bakımından mağdur statüsünü karşılayamadıkları için, bireysel başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

b. Derneğin temsilci statüsü

Yukarıda temsile ilişkin koşulları belirleyen AİHM, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz Derneğinin AİHS kapsamında temsil yetkisinin olup olmadığını ele almıştır. AİHM, “*derneğin kuruluş amacı, kâr amacı gütmeyen bir kuruluş olması, ilgili yargı alanındaki faaliyetlerinin niteliği ve kapsamı, üyeliği ve temsil kabiliyeti, yönetim ilkeleri ve şeffaflığı ve bir davanın özel koşullarında böyle bir statünün verilmesinin adaletin düzgün bir şekilde idaresinin yararına olup olmadığı gibi faktörleri*” göz önüne almıştır¹⁶¹. Keza AİHM'ye göre, bir derneğin üyeleri veya ilgili yargı alanındaki diğer etkilenen tarafların adına hareket edebilmesi için davanın açıldığı tarihte, iklim değişikliği bağlamında mağdur statüsüne sahip bireyler için aranan şartları karşıladığını ispat etmesine gerek yoktur¹⁶².

AİHM, başvuran derneğin, üyeleri adına etkili iklim korumasını teşvik etmek ve uygulamak için İsviçre hukukuna göre kurulmuş kar amacı gütmeyen bir dernek olduğunu, derneğin tüzüğünde ayrıca, derneğin İsviçre'de küresel ısınmayı hafifletmeye ve sera gazı emisyonlarını azaltmaya yönelik bir dizi girişimde yer almayı taahhüt ettiğini, iklimin etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla hem üyelerinin çıkarları doğrultusunda hem de genel halkın ve gelecek nesillerin çıkarları doğrultusunda hareket ettiğini tespit etmiştir¹⁶³. Bu hususları göz önüne aldığında AİHM, derneğin İsviçre'deki iklim değişikliği tehditlerine karşı bireylerin hak ve çıkarlarını savunmayı

¹⁵⁸ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 533.

¹⁵⁹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 534.

¹⁶⁰ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 534.

¹⁶¹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 502.

¹⁶² Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 502.

¹⁶³ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 521.

amaçlayan bir “*kolektif başvuru aracı olduğunu*” belirtmiştir ve AİHM’ye göre derneğe AİHM’de temsil yetkisinin verilmesi adaletin gerçekleştirilmesinde önemlidir¹⁶⁴. Böylece AİHM’nin madde 34 çerçevesinde sivil toplum kuruluşlarının statüsünü önemli ölçüde genişlettiği söylenebilir.

c. Actio popularis dava argümanları

AİHM içtihatlarında belirttiği gibi, AİHS, *actio popularis* kurumuna izin vermemektedir¹⁶⁵. AİHM’nin görevi, ilgili yasa ve uygulamaları soyut olarak incelemek yerine, bunların başvuru sahibine uygulanma veya bundan etkilenme şeklinin AİHS’nin ihlaliyle sonuçlanıp sonuçlanmadığını belirlemektir¹⁶⁶.

Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre davasında AİHM’nin *actio popularis* yargı yolunu açtığı öne sürülmüştür. Bir görüşe göre AİHS madde 34, AİHM’nin yargı yetkisini “*bir ihlalin mağduru olduğunu iddia eden herhangi bir kişi, sivil toplum kuruluşu veya birey grubunun başvuruları*” ile açıkça sınırlamakta olmasına rağmen Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre davasında çoğunluk, “*iklim değişikliği davaları söz konusu olduğunda ‘mağdur’ şartını etkili bir şekilde bir kenara bırak(mıştır)*”¹⁶⁷. Bu görüş çerçevesinde AİHM, başvuruların şikayetçi olduğu gelecekteki riski öngörmek veya ele almak için kurulmamıştır ve

*“(b)başvuranlar, İsviçre hükümetinin eylemlerinden doğrudan etkilendiklerini gösterememişlerdir; bu da başvurularının kabul edilemez olduğu anlamına gelmeliydi. Çoğunluk bunu umursamayarak, dernek üyelerinden hiçbiri 34. madde uyarınca mağdur olmasa bile Mahkeme’ye başvurma yetkisi vermiştir”*¹⁶⁸.

Yargıç Eicke’ye göre de Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre kararıyla AİHM, “*defalarca kaçınmak istediğini iddia ettiği şeyi,*

¹⁶⁴ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 523.

¹⁶⁵ Roman Zakharov v Rusya, App no: 47143/06, 2015, para. 164; N.C. v İtalya, App no: 24952/94, 2002, para. 56; Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romanya, para. 101.

¹⁶⁶ Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v Romanya, para. 101; Monnat v İsviçre, App no: 73604/01, 2006, para. 31-32.

¹⁶⁷ Richard Ekins, “Strasbourg’s Absurd Climate Ruling Will See Environmental Policy Annexed by the Courts”, 2024, <<https://conservativehome.com/2024/04/12/richard-ekins-strasbourgs-absurd-climate-ruling-will-see-environmental-policy-annexed-by-the-courts/>>, Erişim Tarihi 9 Haziran 2024).

¹⁶⁸ Ekins.

yani *actio popularis tipi şikayetlere bir temel oluştur(muş)*” oldu¹⁶⁹. Bir başka görüş uyarınca eğer AİHM'nin dört başvuranın mağdur statüsünü reddetmesinin ve derneğe temsil hakkının tanınmasının gerekçesi faydacı bir kaygı ve belirsiz sayıda mağdurla ilgili bir endişe ise, bu durumda AİHM'nin gerekçesi hatalıdır ve bir dava, hakları ihlal edilen bir kişi adına değil, yalnızca kamu yararı için açıldığında, bu bir *actio popularis* dava olarak kabul edilir¹⁷⁰.

*“Dernek, ya üyeleri adına dava açmıştır; bu durumda, dört kadının mağdur statüsünde bulunmadığı göz önüne alındığında, bu davaya hak verilmemesi gerekirdi veya alternatif olarak dernek, iddiayı yalnızca kamu yararı için ileri sürmüştür; bu durumda Mahkeme, AİHS'nin 34. maddesine aykırı olarak bir actio popularis'e izin vermiştir. Birinci seçenek Mahkemeyi tutarsızlığa sürüklerken, ikinci seçenek yargısal aktivizm durumunu oluşturmaktadır. Fakat burada bu sorunları ortadan kaldıracabilecek üçüncü bir seçenek (daha) (vardır): Dernek, şu anda mağdur sayılan ancak şikâyetle bulunamayan gelecek nesillerin Sözleşme haklarını temsil ediyordu. Bu yorum Mahkemenin içtihadında ve Sözleşme sisteminin mantığında herhangi bir zemin bulabilir mi?”*¹⁷¹

Yargıç Eicke'nin görüşüne göre *“(y)alnızca ‘son derece istisnai durumlarda’ bir kişi (a) ilgili yasa ve uygulamanın soyut olarak incelenmesini talep edebilir veya (b) ‘gelecekte ihlal’ riskiyle ilgili olarak ‘mağdur’ olduğunu iddia edebilir”*¹⁷². AİHM, bu istisnaları *“potansiyel mağdur”* başlığı altında inceledikten sonra bunların iklim değişikliği bağlamında geçerli olmadığına karar vermiştir¹⁷³. Fakat bilimsel kanıtlara göre önlem alınmadığı takdirde gelecek nesillerin *“doğrudan ve kesin olarak”* büyük zararlara uğrayacağı şüphesizdir¹⁷⁴. Bu durumda Verein KlimaSeniorinnen Schweiz'in *“kamu yararına veya üyeleri adına değil, bunu yapamayan mağdurlar (gelecek nesiller) adına bir talepte bulunduğu düşünülebilir”*¹⁷⁵. Bu görüş uyarınca

¹⁶⁹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, Partly Concurring Partly Dissenting Opinion Of Judge Eicke, para. 45.

¹⁷⁰ George Letsas, “Did the Court in Klimaseniorinnen Create an Actio Popularis?”, *Ejiltalk*, 2024, <<https://www.ejiltalk.org/did-the-court-in-klimaseniorinnen-create-an-actio-popularis/>>, Erişim Tarihi 9 Haziran 2024.

¹⁷¹ Letsas.

¹⁷² Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, Partly Concurring Partly Dissenting Opinion Of Judge Eicke, para. 34.

¹⁷³ Letsas; Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 485.

¹⁷⁴ Letsas.

¹⁷⁵ Letsas.

aslında Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve Diğerleri davasında AİHM'nin *actio popularis* dava açtığı yönünde görüşler olsa da AİHM'nin nesiller arası adalet ilkesi temelinde gelecek nesillerin iklim değişikliğinden doğrudan olumsuz etkileneneğinden yola çıkmıştır ve AİHM'nin dernekler aracılığıyla gelecek nesillerin çıkarlarını korumak için mağdur statüsünü genişletmiş olabileceği kabul edilebilir¹⁷⁶.

d. AİHS madde 8 kapsamında değerlendirme

(1) Genel olarak

AİHS madde 8 uyarınca “(h)erkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”¹⁷⁷. Devletin 8. madde kapsamındaki yükümlülüğü yalnızca müdahalenin doğrudan başvuranın evi, özel veya aile hayatıyla ilgili olması durumunda geçerlidir¹⁷⁸.

Belirli durumlarda bir kişinin önemli bir çevresel tehlikeye maruz kalması durumunda 8. maddenin uygulanması gündeme gelebilir¹⁷⁹. AİHM'nin içtihadına göre çevresel konularda¹⁸⁰, gerek devletin kirlilikten doğrudan

¹⁷⁶ Yargıç Eicke'e göre AİHM “Özellikle, Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamındaki “mağdur” statüsü/durumu kavramını gereksiz yere genişletmiş ve (8. madde ve muhtemelen 2. madde kapsamında) iklim değişikliğinin neden olduğu zararlı etkiler ve risklerden kaynaklanan yaşamları, sağlıkları, refahları ve yaşam kaliteleri üzerindeki ciddi olumsuz etkilere karşı Devlet yetkilileri tarafından etkili bir şekilde korunma yönünde yeni bir hak yaratmıştır... bunların hiçbirinin 8. maddede veya Sözleşme'nin başka bir hükmünde veya Protokolü'nde herhangi bir dayanağı yoktur” (Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, Partly Concurring Partly Dissenting Opinion Of Judge Eicke, para. 4). Yargıç Sözleşmeye taraf devletlerin, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, temiz ve sağlıklı bir çevre hakkı sağlayacak ek bir protokolün kabul edilmesi için tekrar tekrar yaptığı çağrılara olumsuz yanıt vermesi ile Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre davasında üçüncü taraf müdahil ve/veya Duarte Agostinho ve Diğerleri davasında davalı olan sözleşmeciler tarafların beyanlarından açıkça anlaşılacağı üzere, devletler böyle bir hakka yer vermek istememektedirler (Bkz Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, Partly Concurring Partly Dissenting Opinion Of Judge Eicke, para.19).

¹⁷⁷ Yargıtay, <<https://www.yargitay.gov.tr/icerik/1008>>, Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.

¹⁷⁸ Ivan Atanasov v Bulgaristan, App no: 12853/03, 2010, para. 66; Fadeyeva v Rusya, para. 68; Hardy ve Maile v Birleşik Krallık, para. 187.

¹⁷⁹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 518.

¹⁸⁰ Çevre hukuku ve insan hakları için bkz Zerrin Savaşan, “Çevre Hakları: İnsan Hakları Kuralları ile Korunmadan Asli Korumaya”, Zerrin Savaşan / Çağlar Söker / Fırat Harun Yılmaz (Ed.), *Çevre Hukuku ve Politikalar: Kavramlar, Teoriler ve Tartışmalar*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 49-81; Ahmet M. Güneş, *Çevre Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 161-166; Melike Orçin, “Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Bağlamında Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı”, Zerrin Savaşan / Hakan Ünay (Ed.), *Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları: Dünden Bugüne ve Geleceğe*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 65-98; İbrahim Ö. Kaboğlu / Nihan Yancı Özalp, *Çevre Hakkı*, Tümüyle

sorumlu olmasından gerekse de özel sektörü yeterince düzenlemedeki başarısızlığından kaynaklasın 8. madde uygulanabilir¹⁸¹. Ayrıca, AİHM, 8. maddenin devletlerin tehlikeli faaliyetleri söz konusu olduğunda içerdiği doğal riskleri de kapsadığını belirtmiştir¹⁸².

Çevresel bozulmaların AİHS'nin 8. maddesi kapsamında ele alınabilmesi için başvuruca "özel veya aile hayatına ya da konutuna 'fili bir müdahale (actual interference)' olduğunu"¹⁸³ ve bu müdahalenin "belirli bir ciddiyet düzeyine" ulaştığını göstermelidir¹⁸⁴. "Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi görecelidir" ve rahatsızlığın derecesi ve uzunluğunun yanı sıra herhangi bir olumsuz psikolojik veya fiziksel etki de dahil olmak üzere, durumun tüm gerçeklerine bağlıdır¹⁸⁵. Eğer ciddi bir ihlal, kişinin evinin olanaklarını kullanmasını engelliyorsa, bu durum, kişinin evine saygı hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir¹⁸⁶. Konuta saygı hakkının ihlalleri, birinin evine izinsiz girmek gibi somut veya fiziksel ihlallerle sınırlı olmayıp emisyon, gürültü, koku veya diğer türden rahatsızlıklar gibi somut olmayanları da kapsar¹⁸⁷. AİHS çerçevesinde kamu yararı yani *actio popularis* gerekçesiyle başvuru mümkün olmadığı için de çevre içtihadı bakımından yalnızca çevrenin genel

Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Tekin Yayınevi, 2021, s. 257-268; Heta Heiskanen, "Climate Change and the European Court of Human Rights: Future Potentials" Sébastien Duyck / Sébastien Jodoin / Alyssa Johl (Ed.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, Routledge, 2018, s. 319-324; Christine Bakker, "Climate Change and Right to Life: Limits and Potentialities of the Human Rights Protection System" Ottavio Quirico / Mouloud Boumghar (Ed.), *Climate Change and Human Rights: An International and Comparative Law Perspective*, Routledge, 2016, s. 71-88; Dinah Shelton, "Equitable Utilization of the Atmosphere: a Right-based Approach to Climate Change?", Stephen Humphreys (Ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge University Press, 2009, s. 91-125.

¹⁸¹ Hatton ve Diğerleri v Birleşik Krallık, App no: 36022/97, 2003, para. 98; Zammit Maempel v Malta, App no: 24202/10, 2011, para. 61; Giacomelli v İtalya, para.78; Borysiewicz v Poland, App no: 71146/01, 2008, para. 50.

¹⁸² Bkz Di Sarno ve Diğerleri v İtalya, para. 106; Öneriyıldız v Türkiye, App no: 48939/99, 2004, para. 90.

¹⁸³ "Bu bağlamda çevrenin genel olarak bozulması yeterli değildir. Bireyin özel veya aile alanı üzerinde olumsuz bir etkisi olmalıdır" (Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para.515).

¹⁸⁴ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 514; Pavlov ve Diğerleri v Rusya, App no: 31612/09, 2023, para. 61; Fadeyeva v Rusya, para. 70.

¹⁸⁵ Yevgeniy Dmitriyev v Rusya, App no: 17840/06, 2020, para. 32; Fadeyeva v Rusya, para. 69; López Ostra v İspanya, para. 51; Çiçek ve Diğerleri v Türkiye, App no: 44837/07, 2020, para. 22.

¹⁸⁶ Udovičić v Hırvatistan, App no: 27310/09, 2014, para. 136.

¹⁸⁷ Udovičić v Hırvatistan, para. 136.

olarak bozulması yeterli değildir; aynı zamanda bir kişi üzerinde zararlı bir etkisinin de olması gerekmektedir¹⁸⁸.

(2) İklim değişikliği davaları ve AİHS madde 8

AİHM iklim değişikliği davaları bakımından yargı yetkisinin olup olmadığını ele almış ve iklim değişikliğinin siyasi yönü olması yanında hukuki boyutunun da olduğuna da dikkati çekmiştir. Bu çerçevede AİHM, iklim değişikliği bağlamda hukuki ve politik konular ile siyasi tercihler arasında ayırım yapmanın zor olabileceğini ve AİHS'nin öncelikli olarak ikincil bir role sahip olduğunu kabul ederek bu durumun, çevre politikalarının oluşturulması söz konusu olduğunda ve mevcut meselelerin karmaşıklığı göz önüne alındığında özellikle doğru olduğunu vurgulamıştır¹⁸⁹. Buna paralel olarak ulusal makamlar doğrudan demokratik meşruiyete sahiptir ve genel olarak ilgili gereklilikleri ve koşulları değerlendirmek için uluslararası bir mahkemeden daha iyi konumdadır ve demokratik bir toplumda görüşlerin büyük ölçüde farklılık gösterebileceği siyasi kararlar veya genel politika konularında yerel politika yapıcılara özel bir ağırlık verilir¹⁹⁰. Bununla birlikte, AİHM'nin bir bireyin veya bir grup bireyin AİHS kapsamındaki haklarını etkileyen bir meseleyle ilişkin devlet politikasıyla ilgili şikayetler aldığı durumlarda, söz konusu mesele artık yalnızca siyasi veya politik bir mesele olarak kalmamakta, aynı zamanda AİHS'nin nasıl yorumlanacağını ve uygulanacağını etkileyen hukuki bir mesele haline gelebilir¹⁹¹. Bu doğrultuda AİHM, ilk olarak IPCC'nin raporlarının bulgularını hem İsviçre hem de müdahil devletler tarafından sorgulanmadığını vurgulamıştır. Aslında iklim değişikliğinin etkilerine ait bilimsel bulgular uluslararası düzenlemeler kapsamında da kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile IPCC'nin iklim değişikliğine ilişkin bulguları devletler tarafından farklı zaman aralıklarıyla teyit edilmiştir. Buna paralel olarak 1992 BMİDÇS'nin ön sözünde insan faaliyetlerinin atmosferdeki sera gazı emisyonlarının artışına neden olduğuna, bu artışların doğal sera etkisini arttırdığına ve *"bunun dünya yüzeyinde ve atmosferde ek bir ortalama sıcaklık artışı ile sonuçlanacağı(na) ve doğal ekolojik sistemlere ve insanlığa zarar verici etki yapabileceği(ne)"* yer verilmiştir¹⁹². Bu hususlar sonraki süreçte

¹⁸⁸ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 446.

¹⁸⁹ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 449.

¹⁹⁰ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 449.

¹⁹¹ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 450.

¹⁹² Dışişleri Bakanlığı, <<https://www.mfa.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi.tr.mfa>>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024.

1997 Kyoto Protokolü, 2015 Paris Anlaşması, Glasgow İklim Paktı, Şarm El-Şeyh Uygulama Planı gibi düzenlemelerde de onaylanmıştır.

Daha sonra AİHM, iklim değişikliğinin acil bir durum olduğunu hem İsviçre hem de müdahil diğer devletler tarafından da itiraz edilmediğini not etmiştir. Son olarak da AİHM, AİHS'nin “*günümüz koşulları ışığında ve uluslararası hukuktaki gelişmelere uygun olarak, alanda ihtiyaç duyulan giderek artan yüksek standardı yansıtacak şekilde yorumlanması gerek(tiğine)*” yer vererek AİHS'nin “*yaşayan bir belge*” olduğunu vurgulamıştır¹⁹³. İklim değişikliğinin geri dönülemez etkilerinin olduğu başta insan hayatı olmak üzere insan haklarının kullanılmasını olumsuz etkilediği gerek bilimsel bulgularla gerekse de açılan ve hak ihlalinin tespit edildiği davalarda görülmektedir. Bu açıdan da iklim değişikliğinin bilimsel, siyasal ve yargısal yönleri vardır¹⁹⁴.

AİHM iklim değişikliğinin insan faaliyetlerinden kaynaklandığına, AİHS tarafından güvence altına alınan insan haklarının günümüzde ve gelecekte kullanılmasına yönelik ciddi bir tehdit oluşturduğuna, devletlerin bunun farkında olduğuna ve iklim değişikliği ile mücadeleyi etkili bir şekilde ele almak için önlem alabilecek durumda olduğuna, sıcaklık artışının sanayi öncesi seviyelerin 1,5°C üzerinde tutulması ve derhal harekete geçilmesi halinde ilgili risklerin azalmasının beklendiğine yer vermiştir¹⁹⁵. Tüm bahsedilen hususlar ve iklim değişikliğine ilişkin devletin eylemleri ve/veya ihmalleri ile bireyleri etkileyen zarar veya zarar riski arasındaki nedensellik ilişkisi dikkate alındığında AİHM'ye göre “*8. madde, bireylerin iklim değişikliğinin yaşamları, sağlıkları, refahları ve yaşam kaliteleri üzerindeki ciddi olumsuz etkilerine karşı Devlet makamları tarafından etkili bir şekilde korunma hakkını içerecek şekilde*” yorumlanmalıdır¹⁹⁶. Bu bağlamda AİHM iklim değişikliği davaları bağlamındaki yetkisinin ilke olarak dışlanamayacağını belirtmiştir¹⁹⁷.

¹⁹³ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para.434. Yargıç Eicke “*Bu davada çoğunluk, uluslararası hukuk meselesi olarak benim düşündüğüm evrimsel yorumun izin verilen sınırlarının çok ötesine geçmiştir*” (Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, Partly Concurring Partly Dissenting Opinion Of Judge Eicke, para. 3) diyerek AİHM'nin çoğunluğunun verdiği kararı eleştirmiştir. Yargıç Eicke AİHM'nin AİHS ve Protokolleri'nde “*başlangıçta yer almayan bir hakkı*” ortaya çıkaracak şekilde yorumlamaması gerektiğine yer vermiştir (Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, Partly Concurring Partly Dissenting Opinion Of Judge Eicke, para.18).

¹⁹⁴ Bkz Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 434.

¹⁹⁵ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 436.

¹⁹⁶ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 519.

¹⁹⁷ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 450-51.

(3) İklim değişikliği kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri

AIHM, AIHS’de yer alan hakların iklim değişikliğinden kaynaklı olarak ihlal edilip edilmediğini değerlendirebilmek için bilimsel kanıtları ve iklim değişikliğinin geri dönülemez riskini¹⁹⁸ dikkate almıştır. AIHM, iklim değişikliğinin insan haklarından yararlanma üzerindeki kritik etkilerine ilişkin gerek bilimsel kanıtları gerekse de artan bir şekilde uluslararası fikir birliğini de göz önünde bulundurarak üye devletlerin taraf oldukları ve 2015 Paris Anlaşması gibi uluslararası düzenlemeler kapsamındaki taahhütlerini dikkate almıştır. Zaten devletlerin taraf oldukları bu uluslararası düzenlemelerle bilimsel bulgular da birbirlerini desteklemektedir.

AIHM 8. madde çerçevesindeki korumanın çevresel zararlardan veya risklerden dolayı bireylerin sağlıkları, refahları, yaşamları ve yaşam kaliteleri üzerindeki ciddi olumsuz etkilere karşı da devletlerin yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir¹⁹⁹. AIHM’ye göre devletlerin bu yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için de iklim değişikliğinin mevcut ve potansiyel olarak geri döndürülemez etkilerini azaltabilecek düzenlemeleri ve tedbirleri kabul ederek etkin bir şekilde uygulaması gerekmektedir²⁰⁰. Bu yükümlülük ise iklim değişikliği ile AIHS’deki haklardan yararlanma arasındaki nedensellik bağdan ve insan haklarının korunmasına yönelik bir araç olarak AIHS’nin amacı ve hedefi doğrultusunda güvence altına alınan hakların etkili olarak yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanmaktadır²⁰¹.

Taraf devletlerin özellikle 2015 Paris Anlaşması ve 1992 BMİDÇS kapsamındaki taahhütleri ve IPCC tarafından sunulan ikna edici bilimsel veriler uyarınca, bu devletler, *“Dünya atmosferindeki sera gazı emisyonlarının artmasını ve küresel ortalama sıcaklığın, başta Sözleşme’nin 8. Maddesi kapsamındaki özel ve aile yaşamı ve konut hakkı olmak üzere insan hakları üzerinde ciddi ve geri döndürülemez olumsuz etkiler yaratabilecek düzeylerin ötesine yükselmesini önlemeye yönelik gerekli düzenlemeleri ve tedbirleri yürürlüğe koymalıdır.”*²⁰².

¹⁹⁸ Ayrıca sera gazı emisyonlarının çevresel zararlardan farklı olarak sadece devletin kendi sınırlarında meydana gelmediğini, etkilerinin küresel olduğunu vurgulamıştır (Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 542).

¹⁹⁹ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 544.

²⁰⁰ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 545.

²⁰¹ Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 545.

²⁰² Verein KlimaseniörInnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 546.

AİHS madde 8 kapsamındaki hakların korunabilmesini sağlamak için önümüzdeki otuz yıl içinde her bir taraf devletin “*net sıfır emisyonuna ulaşmak amacıyla, kendi sera gazı emisyon seviyelerini önemli ölçüde ve aşamalı olarak azaltmaya yönelik tedbirler alması*” ve sonuç olarak bu tedbirlerin etkili olabilmesi için, kamu makamlarının “*zamanında, uygun ve tutarlı bir şekilde hareket*” etmesi gerekir²⁰³. Hem bunun gerçekleşmesi hem de gelecek nesiller üzerinde orantısız bir yük oluşmasını önlemek için devletler acilen harekete geçmeli ve ara azaltım hedeflerini belirlemelidir²⁰⁴. Başka bir ifadeyle AİHM, devletlerin insan hakları hukuku kapsamındaki taahhütlerini yerine getirebilmeleri için iklim değişikliği ile mücadelede katı bir düzenleyici çerçeve oluşturmaları gerektiğini ifade etmektedir²⁰⁵. Bu kararda AİHM, İsviçre'nin ilgili azaltım tedbirlerini hayata geçirmede ve uygulamada gerekli adımları atıp atmadığını değerlendirmiştir. AİHM, 2015 Paris Anlaşması'na dayanarak “*(h)er bir Devletten, kendi yetki alanındaki emisyon kaynakları ve seviyeleri ile diğer tüm ilgili faktörlere bağlı olarak, karbon nötrlüğüne ulaşmak için kendi(ne) uygun*” yolu seçmesini beklemektedir²⁰⁶.

İsviçre ulusal hukukunda 2013'ten beri yürürlükte olan 2011 CO2 Emisyonlarının Azaltılmasına İlişkin Federal Kanun'unda (2011 CO2 Kanunu) sera gazı emisyonlarının 2020 yılına kadar 1990 seviyelerine kıyasla genel olarak %20 oranında azaltılması gerektiğine yer verilmiştir²⁰⁷. Fakat İsviçre Federal Konseyi Ağustos 2009'daki bir değerlendirmede, o tarihte küresel ısınmanın sanayi öncesi seviyelerin 2°C ile 2,4°C üzerinde sınırlandırılmasına ilişkin mevcut bilimsel kanıtların olduğunu ve bu nedenle de İsviçre gibi sanayileşmiş ülkelerin emisyonlarını 2020 yılına kadar 1990 seviyelerine kıyasla %25-40 oranında azaltmaları gerektiğini vurgulamıştır²⁰⁸. AİHM, İsviçre'nin 2013-2020 arasında sera gazı emisyonlarını 1990 seviyelerine kıyasla ortalama yüzde 11 civarında azaltmış olduğunu ve iklim değişikliği ile mücadelede gerekli tedbirleri almamış olduğunu tespit etmiştir²⁰⁹. Hükümet yüzde yirmilik sera gazı emisyon taahhüdünü de gerçekleştirememiştir. AİHM'ye göre, İsviçre'nin iklim değişikliği ile mücadelede karbon bütçesi veya ulusal sera gazı emisyon limitleri de dahil olmak üzere ilgili yerel

²⁰³ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 548.

²⁰⁴ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 549.

²⁰⁵ Bkz Hilson.

²⁰⁶ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 547.

²⁰⁷ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 84, 558.

²⁰⁸ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 558.

²⁰⁹ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 559.

düzenleyici çerçevenin oluşturulmasında kritik boşluklar vardır²¹⁰. Dahası İsviçre sera gazı emisyon azaltım hedefini gerçekleştirmemiştir²¹¹. Her ne kadar iklim politikasının belirlenmesinde devletlerin geniş takdir marjı olsa da iklim değişikliği ile mücadelede İsviçre üzerine düşen pozitif yükümlülüğü yerine getirmemiştir ve sonuç olarak AİHS'nin 8. maddesini ihlal etmiştir. AİHM'ye göre İsviçre'nin yukarıda değinilen hususları gerçekleştirmemesi AİHS'nin 8. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varması için yeterlidir²¹².

2. AİHS 6. maddesi

AİHS madde 6 adil yargılanma hakkına yer vermiştir. Bu maddenin uygulanabilir olması için “kişisel hak veya yükümlülükler” ya da “bir suç isnadı” ile ilgili bir uyuşmazlığın olması gerekir²¹³. Böylece kişiler hem özel hukuk uyuşmazlıklarında hem de ceza hukuku alanına giren durumlarda 6. maddenin korunmasından faydalanabileceklerdir²¹⁴.

a. Mağdur statüsü

Başvuran dernek “iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine ilişkin olarak üyelerinin belirli medeni haklarını savunmaya çalışmıştır”²¹⁵. Bu bağlamda AİHM'ye göre çevrenin korunması alanında belirli davaların savunulmasında derneklerin önemli rolü vardır ve iklim değişikliğinin sonuçları sadece belirli bireylerle sınırlı değildir ve bu sebeple de AİHM kolektif eylemin özel önemini vurgulamıştır²¹⁶. İklim değişikliğinin bu kolektif boyutundan dolayı “doğrudan belirleyici” bir çözüme duyulan ihtiyaç, üyelerin medeni haklarına zarar veren eylem ve ihmallerinin düzeltilmesini sağlamaya yönelik ulusal hukukun daha geniş bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir²¹⁷. Böylelikle

²¹⁰ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 561-573.

²¹¹ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 558-559, 573.

²¹² Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 555.

²¹³ Bkz Osman Doğru / Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt: 1*, Legal Yayıncılık, 2012, s. 610; Mehmet Emin Çağırın, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020, s. 399; Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Oğuz Sancakdar / Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 220-221; Enver Bozkurt / Selim Kanat / Sezercan Bektaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin, 2022, s. 240.

²¹⁴ Çağırın, s. 399; Tezcan / Erdem / Sancakdar / Önok, s. 220-221.

²¹⁵ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 621.

²¹⁶ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 622.

²¹⁷ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 622.

AİHM başvuran derneğin mağdur statüsüne sahip olduğu sonucuna varmıştır.

Dört kadın başvurucu mevcut ulusal hukuk kapsamında azaltım tedbirlerinin etkili bir şekilde uygulanmamasının iklim değişikliği bağlamında bireysel hakları üzerinde yeterince yakın ve kesin etkiler yaratacağını gösterememiştir²¹⁸. Neticede AİHM, bireysel başvurular bakımından AİHS hükümleriyle konu bakımından bağdaşmadığı için kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

b. AİHM'nin Değerlendirmesi

Çevre söz konusu olduğunda, AİHM'ye göre yaşam, fiziksel bütünlük ve mülkiyet haklarının tehlikede olduğu ve ulusal hukukun çevrenin korunmasına yönelik bireysel bir hak tanıdığı durumlarda bir medeni hakkın varlığından bahsedilir²¹⁹. Derneklerle ilgili olarak ise AİHM, içtihadında dernek üyelerinin yaşam tarzını ve mülkiyet haklarını korumaya yönelik işlemlerde 6. maddenin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir²²⁰. Bu davada da başvuran dernek, üyelerinin kişisel varlıkları ve yaşam tarzları üzerinde doğrudan ve spesifik bir tehdit olduğundan şikayetçi olarak bunun ekonomik ve medeni bir boyutu olduğunu göstermiştir²²¹. Böylece AİHM yargılamanın bir bütün olarak dernek üyelerinin medeni hakkıyla ilgili olduğunu belirtmiştir²²². AİHM'ye göre başvuranların, mevcut hukuk kapsamında iklim değişikliği ile mücadelede azaltım tedbirlerinin etkili bir şekilde uygulanmasına ilişkin şikâyeti, 6(1). maddenin kapsamına girebilir²²³. İklim değişikliği nedeniyle başvuranların sadece yaşam hakkı değil aynı zamanda fiziksel bütünlükleri de tehlikede olduğu için AİHM, yerleşik içtihadına uygun olarak bunları, 6. madde çerçevesinde medeni haklar olarak ele almıştır²²⁴.

Mevcut davada, başvuran derneğin hukuk davası, önce idari bir makam olan DETEC tarafından ve daha sonra da iki dereceli yargı yetkisine sahip yerel mahkemeler tarafından reddedilmiştir ve sonuç olarak da derneğin mahkemeye erişim hakkı sınırlanmıştır²²⁵. AİHM, iklim değişikliğinin

²¹⁸ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 624.

²¹⁹ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 600.

²²⁰ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 601. Bkz Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri v İspanya, para. 45-47.

²²¹ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 601.

²²² Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 601.

²²³ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 616.

²²⁴ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 617.

²²⁵ Verein Klimasenioren Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 630.

insan hakları üzerindeki mevcut ve gelecekteki kaçınılmaz etkilerine ilişkin aciliyetin genel kabul gördüğünü ve zaten var olan iklim değişikliğine ilişkin bilimsel kanıtların yeterince incelenmemesi sebebiyle de ulusal mahkemelerin, küresel ısınmanın kritik sınıra ulaşmasını önlemek için hala biraz zaman olduğu argümanını kabul etmemiştir²²⁶. Keza ulusal mahkemeler, “başvuran derneğin açtığı davayla ciddi bir şekilde ilgilenmemiş ya da hiç ilgilenmemiştir”²²⁷. Ayrıca, AİHM dernek üyelerinin gerek mahkemeye erişim izninin verilmediğini gerekse de ulusal hukukta şikayetlerini mahkemeye taşıyabilecekleri başka bir yol bulunmadığını belirtmiştir²²⁸. Tüm bu hususları dikkate alan AİHM, mahkemeye erişim hakkının engellendiği sonucuna varmıştır.

B. Carême v Fransa

Başvuran Fransa’nın Grande-Synthe şehrinin eski belediye başkanıdır ve Grande-Synthe’deki konutunun gelecekte sel baskını riski altında olduğunu ve mevcut durumun kendisini evinde huzurlu bir şekilde hayal etmesini engellediğini iddia etmiştir. Bu yer 2019 yılında, iklime maruz kalma riskinin çok yüksek olduğu düşünülen bir bölgede yer almaktadır. Başvuran, hükümetin iklim değişikliği ile mücadelede yeterli önlemleri almadığını ve Fransa’nın 2015 Paris Anlaşması kapsamında belirlediği hedeflere ulaşmak için gerekli sera gazı emisyon azaltım yükümlülüğünü gerçekleştirilerek AİHS’nin 2. ve 8. maddeleri kapsamındaki haklarının ihlal edildiğini savunmuştur.

Başvuran Mayıs 2019’da Avrupa Parlamentosu üyesi olduktan sonra Brüksel’e taşınmıştır. Grande-Synthe’de sadece kardeşi yaşamakta ve herhangi başka bağı da yoktur. AİHM’nin yerleşik içtihadına göre, yetişkin kardeşlerin 8. madde kapsamında aile hayatına dayanabilmeleri için ek bağımlılık unsurları gerekmektedir; ancak “mevcut davada böyle bir durum söz konusu değildir”²²⁹. AİHM’ye göre başvurunun Brüksel’e taşınması ile Grande-Synthe ile herhangi bir bağlantısı bulunmamakta ve ayrıca başvuru artık Fransa’da bile yaşamamaktadır²³⁰. Bu hususlar AİHS’nin 2. maddesi kapsamındaki şikâyet için de doğrudur. Aksinin kabul edilmesi “neredeyse herkesin iklim değişikliğinin gelecekteki olumsuz etkilerinin riskleriyle

²²⁶ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 635.

²²⁷ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 636.

²²⁸ Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri v İsviçre, para. 637.

²²⁹ Carême v Fransa, App no: 7189/21, 2024, para. 81.

²³⁰ Carême v Fransa, para. 82-83.

bağlantılı bir tür endişe duymak için meşru bir nedeni” olabilecektir²³¹.

Başvuranın Grande-Synthe'nin eski belediye başkanı olarak AİHM'ye şikâyetle bulunduğu iddiasına gelince de AİHM merkezi organlar karşısında özerk olsalar bile belediye gibi kamu işlevlerini yerine getiren merkezi olmayan makamları, AİHS'nin 34. maddesi çerçevesinde “(m)ahkeme'ye başvuruda bulunmaya yetkili olmayan 'hükümet kuruluşları' olarak kabul” etmektedir²³². AİHM, Grande-Synthe belediyesi adına şikâyetle bulunma hakkının bulunmadığı sonucuna varmıştır. Neticede AİHM başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin 9 Nisan 2024'te verdiği iklim kararları dönüm noktası niteliğindedir. AİHM'nin ilk iklim davalarının en önemli etkisi başta Avrupa Konseyi'ne taraf devletler olmak üzere birçok ulusal hukuk sistemini ve uluslararası hukuk mekanizmalarını etkileyecek nitelikte olmasıdır.

İklim değişikliğine ilişkin bu üç dava AİHM'nin iklim değişikliği davalarına yaklaşımı ile ilgili genel tutumunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda AİHM, oluşturmuş olduğu çevre içtihadının iklim değişikliğine ilişkin kararlardan farklı olduğuna yer vermiştir. Çevre içtihadı kısmen iklim davalarına uygulanabilse de iklim değişikliği davalarının küresel bir olgu olması ve herkesi etkilemesinden dolayı temelde çevre içtihadından farklıdır. Böylece AİHM iklim değişikliğinin yeni bir dava kategorisi olduğunu belirtmiştir.

AİHM de sera gazı emisyonlarının çoğunun insan kaynaklı olduğunu, bu emisyonların da küresel sıcaklık artışına neden olduğunu ve iklim değişikliğinin küresel bir olgu olduğunu teyit etmiştir. İklim değişikliği sebebiyle devletlerin sorumluluğunun tespitinde AİHM, devletlerin taraf olduğu uluslararası andlaşmaları dikkate alarak İsviçre'nin sera gazı emisyon azaltım yükümlülüğü olduğunu ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin de AİHS kapsamında pozitif yükümlülüklerinin ihlali olduğunu tespit etmiştir. Böylelikle AİHM pozitif yükümlülüklerin kapsamını genişletmiştir²³³. Ayrıca

²³¹ Carême v Fransa, para. 84.

²³² Carême v Fransa, para.85; Assanidze v Gürcistan, App no: 71503/01, 2004, para. 148; Slovenya v Hırvatistan, App no: 54155/16, 2020, para. 61.

²³³ Bir görüşe göre AİHM “üye devletlere yeni yükümlülükler icat ederek ve Avrupa çapında çevre politikasını denetleyecek yeni bir güç ilan ederek kendini aştı” (Ekins).

AİHM iklim değişikliğinin küresel bir olgu olmasından dolayı tüm devletlerin iklim değişikliğine neden olduğu argümanına dayanılarak devletlerin sorumluluklarının bulunmadığı iddiasını kabul etmemiştir. AİHM devletlerin ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluğu olduğunu ve her devletin üzerine düşeni yapmakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır.

İklim değişikliğinin başta yaşam hakkı olmak üzere insan haklarının kullanılmasında olumsuz etkilerinin olduğu AİHM tarafından da belirtilmiştir. Yine iklim değişikliğinden gerek doğrudan gerekse de potansiyel olarak birçok kişinin etkilenmesi mümkündür. Dolayısıyla da mağdur statüsünün tespiti önem arz etmektedir. AİHM iklim değişikliğinden dolayı mağdur olabilmek için kişisel olarak ve doğrudan etkilenilmesi gerektiğine yer vermiştir. Böylece bireysel mağdurlar için yüksek bir eşik belirlenmiştir. AİHM, iklim değişikliği ile mücadelede derneklerin önemini vurgulamıştır.

AİHM ilk kez nesiller arası adalet kavramına yer vererek gelecek nesillerin iklim değişikliğinden en çok etkileneceklerden olduğunu ve gelecek nesillerin şu anda başvuru yapmasının mümkün olamaması nedenleriyle dernekler aracılığıyla temsilinin mümkün olduğuna karar vermiştir. Neticede AİHM, AİHS kapsamında mağdur statüsünü genişletmiştir.

KAYNAKÇA

- Abel P, “Mixed Signals for Domestic Climate Law: The Climate Rulings of the European Court of Human Rights”, *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/mixed-signals-for-domestic-climate-law/>>, Erişim Tarihi 7 Haziran 2024.
- Algan B, *İnsan Hakları: Kavramsal ve Kuramsal Çerçeve*, Adalet Yayınevi, 2023.
- Bakker C, “Climate Change and Right to Life: Limits and Potentialities of the Human Rights Protection System” Ottavio Quirico / Mouloud Boumghar (Ed.), *Climate Change and Human Rights: An international and comparative law perspective*, Routledge, 2016, s. 71-88.
- Bozkurt E / Kanat S / Bektaş S, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin, 2022.
- Bozoğlu B, 21. *Yüzyılda İklim Krizi, Paris Anlaşması ve İklim Değişikliğine Uyum*, Dorlion, 2021.
- Brucher A / De Spiegeleir A, “The European Court of Human Rights’ April 9 Climate Rulings and the Future (Thereof)”, *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/the-european-court-of-human-rights-april-9-climate-rulings-and-the-future-thereof/>>, Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.
- Çağırın M E, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020.
- Dışişleri Bakanlığı, <<https://www.mfa.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi.tr.mfa>>, Erişim Tarihi 9 Mayıs 2024.
- Doğan İ, “Avrupa Konseyinin İnsan Haklarını Koruma Sisteminin Ana Hatları”, İlyas Doğan (Ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Astana Yayınları, 2019, s.391-433.
- Doğru O / Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt:1*, Legal Yayıncılık, 2012.
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2001.
- Ekins R, “Strasbourg’s Absurd Climate Ruling Will See Environmental Policy Annexed by the Courts”, 2024, <<https://conservativehome.com>>

com/2024/04/12/richard-ekins-strasbourgs-absurd-climate-ruling-will-see-environmental-policy-annexed-by-the-courts/>, Erişim Tarihi 9 Haziran 2024).

European Environment Agency, “Extreme Temperatures and Health”, Published in Climate-ADAPT 19 Oca 2021 -Last Modified in Climate-ADAPT 4 Nis 2024, <<https://climate-adapt.eea.europa.eu/en/observatory/++aq++metadata/indicators/extreme-temperatures-and-health?bs=1>>, Erişim Tarihi 16 Mayıs 2024.

Gemalmaz M S, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Temel Teorisine Giriş-Cilt 2*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yayıncılık, 2012.

Gökalp S S, “Paris Anlaşması ve Türkiye’ye Yansımaları” Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk / Kutluhan Bozkurt / Duygu Kulaç (Ed.), *İklim Krizi ve Hukuk*, Legal Yayıncılık, 2022, s.1-29.

Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, Ekin Yayınevi, 2023.

Gözler K, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, 2023.

Güneş A M, *Çevre Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.

Heiskanen H, “Climate Change and the European Court of Human Rights: Future Potentials” Sébastien Duyck, Sébastien Jodoin ve Alyssa Johl (Ed.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, Routledge, 2018, s. 319-324.

Hilson C, “The Meaning of Carbon Budget within a Wide Margin of Appreciation: The ECtHR’s KlimaSeniorinnen Judgment”, *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/the-meaning-of-carbon-budget-within-a-wide-margin-of-appreciation/>>, Erişim Tarihi 8 Haziran 2024.

Human Rights Council, Human Rights and Climate Change, A/HRC/RES/41/21, 12 July 2019.

Human Rights Council, Human Rights and Climate Change, Resolution 7/23, 28 March 2008.

Human Rights Council, Mandate of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights in the Context of Climate Change, A/

HRC/RES/48/14, 13 October 2021.

Human Rights Council, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights, A/HRC/10/61, 15 January 2009.

Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment, A/HRC/31/52, 1 February 2016.

Human Rights Council, Resolution 10/4, Human Rights and Climate Change, 25 March 2009.

International Energy Agency, Net Zero by 2050, A Roadmap for the Global Energy Sector, Revised version, October 2021.

International Human Rights Instruments, Statement on Human Rights and Climate Change, HRI/2019/1.

IPCC, Climate Change 2022 Mitigation of Climate Change - Working Group III Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Summary for Policymakers, 2023.

IPCC, Global Warming of 1,5°C- Summary for Policymakers, Revised on January 2019, 2023.

IPCC, Global Warming of 1,5°C. An IPCC Special Report on the Impacts of Global Warming of 1,5°C Above Pre-industrial Levels and Related Global Greenhouse Gas Emission Pathways, in the Context of Strengthening the Global Response to the Threat of Climate Change, Sustainable Development, and Efforts to Eradicate Poverty, 2018.

IPCC, Impacts of 1,5°C Global Warming on Natural and Human Systems. In: Global Warming of 1,5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1,5°C above pre-industrial levels, 2018.

IPCC, Summary for Policymakers, In: Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022.

IPCC, Summary for Policymakers. In: Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2013.

- IPCC, Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2021.
- IPCC, Summary for Policymakers. In: Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2023.
- İklim Değişikliği Başkanlığı, <<https://iklim.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi-i-33>>, Erişim Tarihi 31 Mayıs 2024.
- İneli Çiğner M, *İklim Değişikliği ile Mücadelede Devletlerin Farklaştırılmış Sorumlulukları*, Yetkin Yayınları, 2022.
- Kaboğlu İ Ö / Yancı Özalp N, *Çevre Hakkı*, Tümüyle Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Tekin Yayınevi, 2021.
- Kahl V, “A Human Right to Climate Protection – Necessary Protection or Human Rights Proliferation?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 40(2), 2022, s. 158-179.
- Kaynakçioğlu U, *Uluslararası Hukukta İklim Değişikliğinin Denizler Üzerindeki Etkileri*, Filiz Kitabevi, 2023.
- Kumid, <<https://kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/cevreilave02>>, Erişim Tarihi 31 Mayıs 2024.
- Letsas G, “Did the Court in Klimaseniorinnen Create an Actio Popularis?”, *Ejiltalk*, 2024, <<https://www.ejiltalk.org/did-the-court-in-klimaseniorinnen-create-anactiopopularis/>>, Erişim Tarihi 9 Haziran 2024.
- Orçin M, “Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Bağlamında Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı”, Zerrin Savaşan / Hakan Ünay (Ed.), *Uluslararası Çevre Hukuku ve Politikaları: Dünden Bugüne ve Geleceğe*, Yetkin Yayınları, 2021, s.65-98.
- Özkerim Güner N, *İklim Değişikliği Nedeniyle Devletlerin Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, 2018.
- Reich J, “KlimaSeniorinnen and the Choice Between Imperfect Options: Incorporating International Climate Change Law to Maintain the ECHR’s Relevance Amid the Climate Crisis”, *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/klimaseniorinnen-and-the-choice-between-imperfect-options/>>, Erişim Tarihi 7 Haziran 2024.

- Rocha A, “States’ Extraterritorial Jurisdiction for Climate-Related Impacts”, *Verfassungsblog*, 2024, <<https://verfassungsblog.de/states-extraterritorial-jurisdiction-for-climaterelated-impacts/>>, Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.
- Sancakdar O, “İklim Değişikliğinin Kamu Hizmeti, Sürdürülebilir Kalkınma ve Temel Haklara Etkilerinden Kesitler ve İklim Davaları”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 22, 2023, s. 99-129.
- Savaşan Z, “Çevre Hakları: İnsan Hakları Kuralları ile Korunmadan Asli Korumaya”, Zerrin Savaşan / Çağlar Söker / Fırat Harun Yılmaz (Ed.), *Çevre Hukuku ve Politikalar: Kavramlar, Teoriler ve Tartışmalar*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.49-81.
- Shelton D, “Equitable Utilization of the Atmosphere: a Right-based Approach to Climate Change?”, Stephen Humphreys (Ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge University Press, 2009, s.91-125.
- Tezcan D / Erdem M R / Sancakdar O / Önok M R, *İnsan Hakları El Kitabı*, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Türkeş M, “Küresel İklimin Korunması, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Türkiye”, *Tesisat Mühendisliği, TMMOB Makina Mühendisleri Odası, Süreli Teknik Yayın 61*, 2001, s. 14-29.
- UNFCCC, Glasgow Climate Pact, Decision-/CP.26, 2021.
- UNFCCC, Sharm el-Sheikh Implementation Plan, Decision-/CP.27, 2022.
- United Nations General Assembly, “The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment”, A/76/L.75, 22 July 2022.
- Verheyen R, *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Yargıtay, <<https://www.yargitay.gov.tr/icerik/1008>>, Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.
- Yüksel C, “İklim Değişikliğiyle Mücadelede Bir Araç Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 10(2), 2022, s. 339-366.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

BELEDİYE BAŞKAN YARDIMCILIĞININ İDARE HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE DEPUTY MAYORSHIP IN TERMS OF
ADMINISTRATIVE LAW

Hikmet TOKGÖZ*  

ÖZET

5393 sayılı Belediye Kanunu'na göre norm kadrosunda belediye başkanı bulunan belediyelerde bu kadrolara atanmak suretiyle göreve gelen başkan yardımcısı ile bu kadrolara bağlı olunmaksızın belediye meclisi üyeleri arasından görevlendirilebilen başkan yardımcısı olmak üzere iki tür belediye başkan yardımcılığı vardır. Meclis üyeleri arasından başkan yardımcısı olarak bir üyenin görevlendirilebilmesi ilk defa mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu döneminde söz konusu olmuştur. Her ne kadar yürürlükteki Kanun gerekçesinde bu hususun yeniden düzenlenerek devam ettirildiği belirtilse de önceki dönemden beri devam edegelen problemler söz konusudur. Çalışmada başkan yardımcılarının hukuki statüsü tespit edilecektir. Onların göreve gelmeleri ve görevden alınmaları hususu da ayrıca incelenecektir. Son tahlilde, konuya ilişkin mevzuat düzenlemelerinin yetersiz olduğu belirtildikten sonra buna ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Belediye başkan yardımcısı, Hukuki statü, Memur, Diğer kamu görevlisi, Üst düzey kamu yöneticisi.

ABSTRACT

According to Law No. 5393 on Municipalities, there are two types of deputy mayors

- * **Dr. Öğr. Üyesi,** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ISPARTA, **E-Posta:** hikmettokgoz32@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-2378-4392,
• **DOI:**10.34246/ahbvuhfd.1596082.
Atf Şekli / Cite As: Tokgöz H, "Belediye Başkan Yardımcılığının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.245-280.
• **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.*

in municipalities with a mayor in their norm staff: deputy mayors appointed to these positions and deputy mayors appointed from among the members of the municipal council, regardless of these positions. The appointment of a deputy mayor from among the council members was first introduced under the repealed Municipal Law No. 1580. Although the commentary of the current Law states that this issue has been reorganized and continued, certain problems persists from the previous period. This study aims to determine the legal status of deputy mayors. The issue of their appointment and dismissal will also be examined. In the final analysis, after stating that the legislative arrangements on the subject are insufficient, solutions will be proposed.

Keywords: Deputy mayor, Legal status, Civil servant, Other public servant, Senior public administrator.

EXTENDED ABSTRACT

Municipalities are established to meet the local and common needs of the towns residents. According to the Municipal Law, the mayor has numerous duties. Deputy mayors are assigned to assist the mayor in these duties. The position of deputy mayor has a long standing history. Deputy mayors should be qualified to assist the mayor in carrying out assigned tasks. For this purpose, the deputy mayors to be recruited must be adequately equipped. Considering that they work closely, assisting in the execution of their duties, they should also be able to work in harmony with the mayor.

The municipal law provides for two types of deputy mayors, each with distinct legal statuses. One of them has civil servant status. Deputy mayors who are civil servants are appointed to this position. The other deputy mayors are appointed from among the council members. It can be said that appointed deputy mayors have the status of civil servants because they are appointed to a predetermined position and receive a salary based on that position. They continue to hold this position until they are dismissed. Therefore, they carry out this duty on a permanent basis. Since they hold this position exclusively, their main duty is that of a deputy mayor. In contrast, the legal status of deputy mayors from among council members is not regulated by law. The duties of these deputy mayors are limited to the term of office of the council of which they belong. Thus, when their council membership expires, their deputy mayoral duties also come to an end, making their tenure temporary. On the other hand, there is no provision stating that the council members appointed as deputy mayors forfeit their council membership. Therefore, their main duty remains council membership. In light of these data, the legal status of those appointed as deputy mayors from among the members of the municipal council is not that of civil servants. At the same time, their legal status cannot be classified as that of other public officials.

We previously mentioned that there are two types of deputy mayors, both whom must have certain qualifications to take office. According to the Municipal Law, deputy mayors with civil servant status must have a certain level of education in order to

be eligible for appointment. In addition, they must have previously served as a civil servant for at least 10 years. On the other hand, the law considers it sufficient for deputy mayors appointed from among the members of the municipal council to be 18 years of age or older. This creates a clear qualification difference between two types of deputy mayors. The law should be amended to introduce more stringent qualification requirements for those elected as deputy mayors.

The duties of deputy mayors elected among the members of the municipal council are limited to the term of office of the municipal council of which they are a member. Consequently, their duties end when this term expires. It is possible for them to be dismissed by the mayor even before the term concludes. On the other hand, there is no explicit provision in the law regarding the dismissal of deputy mayors with civil servant status. Therefore, there must be a lawful reason for their dismissal. In other words, there must be concrete information and data for their dismissal. However, it should be noted that the dismissed mayor may file a lawsuit in court to seek reinstatement.

The legal status of deputy mayors has been set out above, along with information regarding their appointment and dismissal. Within the framework of this information, it has been determined that the existence of two different types of deputy mayors causes many legal problems. For this reason, it should be stated that the practice of deputy mayors should be continued, but the practice of two different status deputy mayors should be abandoned. There should be one deputy mayor position with a single legal status. By this way, the legal problems arising from the existence of two types of deputy mayors can be resolved. However, simply establishing a single deputy mayor position is not enough the law should also regulate the qualifications required for the person who will serve as deputy mayor. The duration of their term of office and the circumstances under which they can be dismissed should also be specified. Only then, the expected benefit from the deputy mayor position can be achieved.

GİRİŞ

Belde sakinlerinin mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organları seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan belediye, Anayasa’da öngörülen mahalli idarelerden biridir (m. 127/1). 2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu’na¹ (BK) göre belediyenin organları; belediye meclisi, belediye encümeni ve belediye başkanıdır (m. 3/b). Belediye meclisi üyeleri ve belediye başkanı doğrudan mahalli seçmenler tarafından seçilmektedir. Belediye idaresinin başı ve tüzel kişiliğinin temsilcisi (BK m.

¹ RG, T. 13.07.2005, S. 25874.

37) olan belediye başkanının birçok görev ve yetkisi² vardır. Bu görevlerin yerine getirilmesinde başkan yardımcıları başkana yardım eder.

Başkan yardımcılığı görevine, mülga 1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanunu³ (mülga Kanun) döneminde olduğu gibi hem memur statüsünde birinin atanabilmesi hem de seçilmiş üyelerden meydana gelen meclis üyeleri arasından bir üyenin görevlendirilebilmesi mümkündür (m. 49/7). Dolayısıyla iki farklı usulle göreve gelinen (*atama/görevlendirme*) belediye başkan yardımcılığı görevinde, iki ayrı hukuki statüde bulunan başkan yardımcısı görev yapmaktadır.

Başkan yardımcılarının hukuki statülerinin farklı olması sebebiyle, önceki dönemde⁴ olduğu gibi, göreve gelmeleri ve görevden alınmaları konusu başta olmak üzere uygulamada birçok problemle karşılaşmaktadır. Çünkü mülga Kanun'da başkan yardımcılığına ilişkin öngörülen birçok konuya yeni Kanun'da yer verilmemiştir. Başkan yardımcılarının göreve gelmeleri ve görevden alınmalarına ilişkin usul ve esaslar ise mülga Kanun döneminde olduğu gibi, yeni Kanun'da da düzenlenmeden eksik bırakılmıştır. Bu konularda ortaya çıkan uyuşmazlıklara dair yargı kararları incelendiğinde, konuya ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle başkan yardımcılarının hukuki statüleri yönünden bir değerlendirme yapılarak bu çerçevede uyuşmazlıkların yargı yerlerince çözümlendiği görülmektedir.

Başkan yardımcılığı konusu, hukuk ve siyaset bilimi gibi farklı bilim dallarının inceleme alanında yer alsa da çalışmada sadece idare hukuku yönüyle ele alınacaktır. Bu bağlamda, başkan yardımcılarının göreve gelme ile görevden alınma konularına değinilecek ve hukuki statüleri tespit edilecektir.

I. BAŞKAN YARDIMCISININ GÖREVE GELMESİ VE GÖREVİNİN SONA ERMESİ

A. Göreve Gelmesi

Norm kadrosunda belediye başkan yardımcısı bulunan belediyelerde, bu

² Belediye Kanunu'nun 38. maddesinde belediye başkanının görev ve yetkileri on altı bent halinde sayılmıştır. Burada sayılanların dışında diğer düzenlemelerde de başkana çeşitli görevler verildiği görülmektedir. Örneğin 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu (m. 7/2); 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu (m. 16).

³ RG, T. 14.4.1930, S. 1471.

⁴ Mülga Belediye Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde de başkan yardımcılığı pozisyonunda iki farklı statüde olan başkan yardımcısının görev yapması, birçok problemle karşılaşmasına neden olmuştur. Bu problemler, İçişleri Bakanlığı veya mülga Devlet Personel Başkanlığının (DPB) mütalaalarıyla çözülmeye çalışılmıştır. Ancak uygulamaya, konuya dair Sayıştay ve Danıştay kararları yön vermiştir.

kadrolara *atanan* belediye başkan yardımcısından başka norm kadrosu olan ancak bu kadroya ve kadronun sayısına bağlı kalımsızın belediye meclisi üyeleri arasından *görevlendirilen* belediye başkan yardımcısı da vardır (BK m. 49/7). Bunların yanında diğer kurumlardan belirli bir süreyle başkan yardımcılığına geçici görevlendirme de yapılabilmektedir.

1. Atama ve Geçici Görevlendirme ile Göreve Gelinmesi

Belediye Kanunu, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına norm kadro ilke ve standartlarını belirleme görevini vermiştir⁵. Bakanlıkça bu ilke ve standartlar Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelik⁶ (Norm Kadro Yönetmeliği) ile belirlenmiştir. Yönetmelik'te (m. 9/1), bu Yönetmelik'in ekinde gösterilen ünvan ve sayı itibarıyla tespit edilenler dışında belediyelerin kadro kullanamayacakları da hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle başkan yardımcısı ataması yapılabilmesi için her şeyden önce, Yönetmelik ekinde ilgili belediye için başkan yardımcısı ünvanı öngörülmüş olmalıdır. Yönetmelik ekinde gösterilen sayılarla sınırlı olarak belediyenin kaç adet başkan yardımcısı kadrosu ihtiyacı varsa, Yönetmelik'te işaret edilen esaslar doğrultusunda belediye meclisince⁷ kadro ihdas edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle yönetmelik ekinde belediye başkan yardımcısı ünvan ve sayısı gösterilmekle birlikte, belediye meclisi tarafından bu yönde bir kadro ihdası yapılmadan, doğrudan başkan yardımcısı ataması yapılamaz.

Öte yandan Yönetmelik ekinde gösterilen sayıda kadro ihdas edilmesi zorunlu olmadığından, ekte tespit edilen sayıdan daha az sayıda kadro ihdas edilebilir. Örneğin X belediyesi için Yönetmelik ekinde 4 adet başkan

⁵ “Norm kadro ilke ve standartları Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir” (BK m. 49/1). 2 Temmuz 2018 tarih ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca, DPB'nin 2019 yılında varlığı sona ermiştir (m. 123 ve geçici m. 3; RG, T 09.07.2018, S. 30473, 3. Mükerrer). Dolayısıyla norm kadro ilke ve standartları sadece ilgili bakanlık tarafından belirlenmektedir. BK m. 49 hükmüne işlenmemiş olsa da Bakanlığın şu anki adı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığıdır.

⁶ RG, T. 17.4.2022, S. 31812.

⁷ BK'ya göre “norm kadro çerçevesinde belediyenin ve bağlı kuruluşlarının kadrolarının ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar vermek” belediye meclisinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır (m. 18/1-I). Yine BK'nın norm kadro ve personel istihdamı başlıklı maddesinde norm kadro ilke ve standartlarının bakanlıkça belirleneceği ifade edildikten sonra maddenin devamında “Belediyenin ve bağlı kuruluşlarının norm kadroları, bu ilke ve standartlar çerçevesinde belediye meclisi kararıyla belirlen(eceği)” hüküm altına alınmıştır (m. 49/1). Norm Kadro Yönetmeliği'nde de bu husus “1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memur kadroları ile sürekli işçi kadroları bu Yönetmeliğe uygun olarak meclisler tarafından ihdas edilir” ifadeleriyle tekrarlanmıştır (m. 10).

yardımcısı kadrosu belirlendiğini varsayalım. Belediye meclisince, bu kadroların tamamı kullanılmak üzere yani 4 adet kadro ihdas edilebileceği gibi belediyenin ihtiyacı doğrultusunda 3 adet kadro ihdas edilmesi de mümkündür.

Norm Kadro Yönetmeliği'nde (m. 5) belediyeler, hukuki durumları ve hizmet özelliklerine göre dört gruba ayrılmıştır. Buna göre A grubu: büyükşehir belediyeleri, B grubu: il belediyeleri, C grubu: büyükşehir ilçe belediyeleri, D grubu: ilçe ve belde belediyeleridir. Bu gruplar da kendi içinde nüfus sayılarına göre alt gruplara ayrılmaktadır.

A grubundakiler büyükşehir belediyesidir ki, bu belediyelerde başkan yardımcısı bulunmayacağı 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda açıkça öngörülmüştür⁸. Diğer belediyelerde bulunan başkan yardımcılığı kadro sayıları Norm Kadro Yönetmelik ekindeki (Ek-2) norm kadro standartları cetvellerinde nüfus sayıları esas alınmak suretiyle şu şekilde öngörülmüştür⁹:

(B) GRUBU: İl Belediyeleri Norm Kadro Standartları Cetveli

Grubu	Nüfusu	Ünvan	Adet
B1	0-49.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
B2	50.000-99.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	2
B3	100.000-149.000	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3
B4	150.000-199.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3
B5	200.000-249.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3
B6	250.000-299.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	4
B7	300.000-349.000	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	4
B8	350.000 ve üzeri	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	4

⁸ 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu (RG, T. 23.07.2004, S. 25531) m. 22/3: “Büyükşehir belediyesinde başkan yardımcısı bulunmaz”.

⁹ Bu tablolar ilgili Yönetmelik eki esas alınarak hazırlanmıştır.

(C) GRUBU: Büyükşehir İlçe ve İlk Kademe Belediyeleri Norm Kadro Standartları Cetveli

Grubu	Nüfusu	Ünvan	Adet
C1	0-9.999	-	-
C2	10.000-14.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
C3	15.000-19.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
C4	20.000-29.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
C5	30.000-49.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
C6	50.000-74.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	2
C7	75.000-99.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	2
C8	100.000-149.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3
C9	150.000-199.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3
C10	200.000-249.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3
C11	250.000-299.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	4
C12	300.000-399.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	4
C13	400.000-499.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	4
C14	500.000-599.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	5
C15	600.000-699.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	5
C16	700.000-799.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	5
C17	800.000-899.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	5
C18	900.000-999.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	5
C19	1.000.000 ve üzeri	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	5

(D) GRUBU: İlçe ve Belde Belediyeleri Norm Kadro Standartları Cetveli

Grubu	Nüfusu	Ünvan	Adet
D1	0-2.999	-	-
D2	3.000-4.999	-	-
D3	5.000-7.499	-	-
D4	7.500-9.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
D5	10.000-14.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
D6	15.000-19.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
D7	20.000-29.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
D8	30.000-39.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
D9	40.000-49.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	1
D10	50.000-74.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	2
D11	75.000-99.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	2
D12	100.000- 124.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3
D13	125.000- 149.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3
D14	150.000- 174.999	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3
D15	175.000 ve üzeri	Belediye Başkan Yardımcısı (Memur)	3

Norm Kadro Yönetmeliği'nde bu gruplar belediyelerin niteliği (il, ilçe, belde) ve nüfus sayıları baz alınarak oluşturulmuştur. Ancak nüfus kriterinin yanında ilçe merkezi, sanayi, ticaret ve turizm nitelikleri de dikkate alınarak belediyelerin grup içindeki yerlerinin değişebileceği yine aynı Yönetmelik'te (m. 5) belirtilmiştir. Örneğin Artvin İl Belediyesinin nüfusu 25.785'dir. Buna göre il belediyeleri içinde yer alan Artvin'in bulunduğu grup (B) grubudur. Nüfusuna göre (B) grubu içindeki alt grubu (B1) olması gerekirken, turizm özelliği dikkate alınarak 1 üst grup olan (B2) grubuna çıkarılmıştır. Dolayısıyla (B2) grubuna çıkarılan Artvin İl Belediyesinde, belediye meclisince 1 adet başkan yardımcısı yerine 2 adet başkan yardımcısı kadrosu ihdas edilebilecektir.

Norm kadrosunda belediye başkan yardımcılığı ünvanı bulunan ve Norm Kadro Yönetmeliği'ndeki esaslar çerçevesinde kadro ihdas edilen belediyelerde başkan yardımcısı atamaları konusunda aranacak şartlar bakımından BK'da bir hüküm öngörülmemiştir. Norm Kadro Yönetmeliği'nde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na¹⁰ (DMK) tabi memur ünvanlarının gösterildiği memur kadro kütüğünde, başkan yardımcılığı genel idari hizmetler (GİH) sınıfının içinde gösterilmiş ve kadro derecesi 1 olarak belirtilmiştir. Bu nedenle GİH sınıfında bulunan bir kadronun 1. derecesine yapılacak atamalar bakımından DMK'da öngörülen (m. 68/B) şartları taşıyan ve en az 10 yıl¹¹ memuriyette hizmeti bulunanlar arasından başkan yardımcılığına atama yapılabilir. Dolayısıyla bu şartları taşıyan belediye memurları arasından veya diğer kurumlarda memur olup bu şartları taşıyanlar arasından kurumlarının muvafakati ile naklen atama ya da bu şartları taşımakla birlikte hâlihazırda memuriyet vazifesi görmeyenler arasından açıktan atama ile bu göreve gelinebilmektedir.

Memurlar içinden veya daha önce memuriyeti bulunan ve şartları taşıyanlar arasından bu göreve atama yapılabileceği gibi; bir başka kurumda görevli memurlar arasından belediye başkanının talebi, görevlendirilecek kişinin rızası, kurumlarının muvafakati ve boş bir kadronun da olması şartıyla (DMK ek madde 8/1-a) başkan yardımcılığı kadrosuna *geçici görevlendirme* de yapılabilmektedir (BK m. 49/6).

¹⁰ RG, T. 23.07.1965, S. 12056.

¹¹ Sayıştay Temyiz Kurulunun kararına göre 10 yıldan az süreli hizmeti bulunanların bu göreve atanmaları mevzuata aykırıdır. Karar için bkz. Sayıştay 5. Daire, Dosya No: 53178, Tutanak No: 56551, Tutanak Tarihi: 06.03.2024.

BK'da geçici görevlendirmenin ne kadarlık bir süre için yapılabileceği gösterilmemiştir. Kurumlar Arası Geçici Görevlendirme Yönetmeliği'ne¹² (m. 1/4) göre belediyelerin bu Yönetmelik kapsamında geçici görevlendirme yapamayacağı açıkça belirtildiğinden, bu hususta da yine genel kanun niteliğinde olan DMK'ya bakılmalıdır. DMK'nın kurumlar arası geçici süreli görevlendirme başlıklı maddesi (ek madde 8/1-d) uyarınca geçici süreli görevlendirme süresi 1 yılda 6 ayı geçemez. Dolayısıyla geçici görevlendirme işlemi yapılırken bu süre sınırlarına uyulmalı ve görevlendirme yapılan süre de açıkça belirtilmelidir¹³.

Başkan yardımcılığına hem atamalarda hem de geçici görevlendirmelerde yukarıda işaret edilen hususlara ek olarak bir de personel giderlerine yönelik BK'da öngörülen bütçe sınırına uyulması gerekir. Bu husus Norm Kadro Yönetmeliği'nde de (m. 14) ayrıca vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bu yönde bir atama ya da görevlendirme için ilgili belediyenin personel gideri bakımından yeterli bütçesinin bulunması gerekir. BK'da (m. 48) bütçenin bu sebeple aşıldığı durumlara ilişkin olarak “... *cari yıl ve izleyen yıllarda personel giderleri bu oranların altına ininceye kadar yeni personel alımı yapılamaz*” denilmektedir.

Özetle, bu yöndeki atamalar için boş bir kadroya ihtiyaç olduğu gibi; görevlendirmeler de boş kadro olması şartıyla ilgili kadroya yapılacaktır. Dolayısıyla, bu kadroya bağlı bütün giderler de atama veya görevlendirmeyi yapan belediyenin bütçesinden karşılanacağından (BK m.49/6), yeterli bütçenin olması ve personel alımı konusunda da yukarıdaki kısıtlamanın söz konusu olmaması gerekir.

2. Belediye Meclisi Üyelerinden Birinin Görevlendirilmesi

Belediye meclisi içinden seçilen bir üyenin başkan yardımcısı olarak görevlendirilebilmesi usulü ilk defa mülga Kanun döneminde söz konusu olmuştur. Belediye meclisi üyelerinin başkan yardımcısı olabilmesi usulünün

¹² RG, T. 3.5.2019, S. 30763.

¹³ Bolu İdare Mahkemesi'nin bir kararında belirsiz süreli görevlendirme yapılamayacağı vurgulanmaktadır. Kararda “... *geçici görevlendirmede görevlendirme süresinin belirli olması ve öngörülen sürenin sonunda ilgilinin kadro görevine döndürülmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla, geçici görevlendirmenin belirli süre için yapılması zorunludur. ... geçici görevlendirmenin süresi belirtilmediğinden dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmaktadır*”. Karar için bkz. Bolu İdare Mahkemesi, E. 2019/922, K. 2020/524, T. 27.08.2020.

Fransa'dan ilham alındığı ifade edilmektedir¹⁴.

BK'ya göre “*Norm kadrosunda belediye başkan yardımcısı bulunan belediyelerde norm kadro sayısına bağlı kalınmaksızın; belediye başkanı, zorunlu gördüğü takdirde, ... belediye meclis üyesini belediye başkan yardımcısı olarak görevlendirebilir*” (BK m. 49/7). Hükümden de anlaşılacağı üzere bu yönde bir görevlendirme yapılabilmesi için ilgili belediyenin norm kadrosunda belediye başkan yardımcısı kadrosunun bulunması yeterlidir. Mülga Kanun'a göre ilgili kadronun boş olması da aranmaktaydı¹⁵. Ancak BK'ya göre bu kadronun boş veya dolu olması önemli değildir. Bu yönde bir görevlendirme için belediyede böyle bir kadronun var olması yeterlidir. Başkan yardımcısı kadrosu, belediye meclisi üyesinin görevlendirilmesinde kullanılmamaktadır. Esasında, ilgili belediye için başkan yardımcılığı mevkiinin Yönetmelik eki cetvelde öngörülmüş olması yeterlidir.

Kanun koyucu, meclis üyelerinden birinin başkan yardımcısı olarak görevlendirilebilmesi hususunda görevlendirilecek kişi için herhangi bir şart öngörmemiştir. Dolayısıyla kişinin meclis üyesi olması bu görevlendirme için yeterlidir. Meclis üyesi olmak için de 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun'da¹⁶ (Mahalli İdareler Seçim Kanunu) (m. 9) işaret edilen seçilmeye engel hâllerden birinin bulunmaması ve 18 yaşını doldurmuş olmak yeterlidir.

BK'da nüfus sayısı baz alınarak başkan yardımcısı olarak görevlendirilebilecek belediye meclis üyesi sayısı şu şekilde öngörülmüştür (m. 49/7):

¹⁴ Fethi Aytaç, “Birbiriyle Karıştırılmaması Gereken Belediye Başkan Yardımcılığı ile Belediye Başkan Vekilliği Hakkında”, *Belediye Dünyası*, 2(7), 2001, s. 29-30. Gözler 1580 sayılı Belediye Kanunu üzerinde Fransız etkisi olduğunu ve belediye encümenleri ve büyükşehir belediyelerine ilişkin iki fark dışında, Fransız ve Türk belediye sistemlerinin birbirine benzediğini ifade etmektedir. Bkz. Kemal Gözler, “Türk Belediye Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 3 Nisan 1930 Tarihli Belediye Kanunu Fransa'dan mı İktibas Edilmiştir?”, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, 28(1-2), 2019, <<https://cyy.hacibayram.edu.tr/hbv/1-228715790>>, Erişim Tarihi 18 Ağustos 2024, s. 1-24.

¹⁵ İlgili düzenlemede bu yönde açık bir hüküm olmamakla birlikte boş olması gerekmediği yönünde de bir hüküm olmadığından, uygulamada belediye meclisi üyeleri arasından görevlendirme yapılabilmesi için boş bir kadro aranmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aytaç, s. 30.

¹⁶ RG, T. 18.1.1984, S. 18285.

Başkan Yardımcılığına Görevlendirilebilecek Belediye Meclisi Üyesi Sayısı

Ünvanı	Nüfusu	Görevlendirme	Adet
Meclis Üyesi	0-50.000	Belediye Başkan Yardımcısı	1
Meclis Üyesi	50.001-200.000	Belediye Başkan Yardımcısı	2
Meclis Üyesi	200.001-499.999	Belediye Başkan Yardımcısı	3
Meclis Üyesi	500.000- üzeri	Belediye Başkan Yardımcısı	4

Bir belediyede her iki tür başkan yardımcısı (*memur/meclis üyesi*) bakımından kaç adet başkan yardımcısı ataması ve görevlendirmesi yapılabileceği, ilgili belediyenin bulunduğu grup (B, C, D ve bunların kendi içinde hangi alt grubunda olduğu) ve bundan başka bir de nüfusuna bakılarak tespit edilebilir. Örneğin D12 (*100.000-124.999 aralığında nüfusa sahip belediyeler*) grubunda yer alan bir belediyede 3 adet başkan yardımcısı memurlar arasından atanabilir; 2 adet de belediye meclisi üyeleri arasından başkan yardımcısı görevlendirmesi yapılabilir ki, bu da o belediyede toplamda 5 adet başkan yardımcısı olabileceği anlamına gelir.

3. Atama ve Görevlendirmelerde Dikkate Edilecek Hususlar

Başkan yardımcılığına ister atama isterse de görevlendirme yapılsın bu işlemlerin tamamı belediye başkanı tarafından yapılır (BK m. 49/2).

Mülga Kanun'da (m. 96/4) "*belediyelerde reis muavinleri (başkan yardımcıları) ile daire ve şube reisleri ve bilumum belediye memurları ilk içtimanda belediye meclisince tasdik olunmak şartile belediye reisi tarafından intihap ve tayin olunurlar*" denilmekteydi. Hükümden de anlaşılacağı üzere o dönemde atamalar başkan tarafından yapılsa dahi, meclisin onayına da (tasdikine) tabiydi. Dolayısıyla atamalarda ya da görevlendirmelerde, başkanın sadece kişilerin seçimi (intihabı) noktasında bir takdir yetkisi vardı. Ancak BK'da bu husus kaldırılarak "*Birim müdürlüğü ve üstü yönetici kadrolarına yapılan atamalar ilk toplantıda belediye meclisinin bilgisine sunulur* (m. 49/2)" denilmektedir. Bu nedenle atama ya da görevlendirmelerde meclisin onayı gerekli olmayıp, onun bilgisine sunulması yeterli olduğundan, bu işlemlerde tek başına belediye başkanı yetkilidir. Dolayısıyla hem kişilerin seçimi hem de atama ya da görevlendirilmelerde başkanın takdir yetkisi vardır. Ancak belediye başkanı memurlar arasından başkan yardımcılığına atama yaparken, onun bu husustaki takdir yetkisi mutlak ve sınırsız değildir. Başkan

takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gerekleri¹⁷ çerçevesinde kullanmalıdır. Atamalarda başka saiklerle takdir yetkisi kullanılırsa atama işlemi sebep ve maksat unsurları yönünden hukuka aykırı hâle gelir.

Meclis üyelerinin başkan yardımcısı olarak görevlendirilmelerinde de başkan yardımcısı atamalarında olduğu gibi bu hususun meclisin bilgisine sunulması zorunlu mudur sorusu akla gelebilir. Meclis üyeleri arasından başkan yardımcısı görevlendirmeleri kadroya bağlı bir *atama* değil, kadroya bağlı olmayan bir *görevlendirmedir*. Dolayısıyla bu yönde bir görevlendirme için meclisin bilgisine sunma zorunluluğu Kanun'da açıkça öngörülmediğinden bu hususun meclisin bilgisine sunulmayacağı düşünülebilir. Fakat Kanun hükmü geniş yorumlandığı takdirde (m. 49/2) birim yöneticisi ve üstü yöneticilerin atamaları hakkında meclise bilgi verilmesi gerekiyorsa, meclisin kendi üyelerinden birinin başkan yardımcısı olarak görevlendirildiği hakkında meclise bilgi sunulmayacağı düşünülemez¹⁸. O sebeple bu yöndeki görevlendirmeler de diğer başkan yardımcısı atamalarında olduğu gibi meclisin bilgisine sunulmalıdır. Kaldı ki bu yöndeki görevlendirmeler kadroya da yapılmadığından, başkan yardımcılığı kadrosunun aylığı da bu kimselere ödenmez. Kanun'da başkan yardımcılığına görevlendirilenlere bu görevleri nedeniyle belediye başkanına verilen ödeneğin 2/3'ünü aşmamak üzere belediye meclisi tarafından belirlenecek aylık ödenek verileceği (m. 49/7) öngörüldüğünden, işin doğası gereği meclis konu hakkında bilgi sahibi olacaktır.

Meclis üyelerinden birinin başkan yardımcısı olarak görevlendirilmesinde başkanın sahip olduğu takdir yetkisi, memurlar arasından yapacağı atamalarda sahip olduğu takdir yetkisine göre daha dardır. BK'da "...; *Belediye başkanı, zorunlu gördüğü takdirde ... belediye meclis üyesini belediye başkan yardımcısı olarak görevlendirebilir* (m. 49/7)" denilmektedir¹⁹. Hükümden de

¹⁷ "İdari kurumlar, görevlerini yerine getirebilmek bakımından, yönetici kadrolarına, bu kadroların görevlerini yerine getirebilecek nitelik ve yeterlikte personel ataması yapmak zorundadırlar. Bu konuda atamaya yetkili amirlerin takdir yetkileri bulunduğu gibi, o görev için en uygun kişiyi seçme görevleri de vardır. Bu bakımdan, bu şekilde atanan kişilerin, görevin gerektirdiği koşullara sahip ve o görevi yerine getirmeye en uygun personel olduklarının kabulü zorunludur". Karar için bkz. Danıştay 5. Daire, E. 2009/3013, K. 2011/7360, T. 13.12.2011.

¹⁸ Aynı yönde bkz. Mustafa Tamer, "Belediye Başkan Yardımcılığı ve Özel Kalem Müdürlüğüne Atanma Şartları", *Belediye Dünyası*, 16(9), 2015, s. 34.

¹⁹ Mülga Kanun'da (m. 96/5) "**Lüzum görülen belediyelerde reis muavinlerinin** (başkan yardımcılarının) **meclis azası** (üyesi) **arasından intihabı** (seçimi) **caizdir** (mümkündür)" denilmektedir.

anlaşılacağı üzere başkanın bu hususta bir görevlendirmeyi *zorunlu görmesi* gerekmektedir. Dolayısıyla meclis üyeleri arasından yapılacak başkan yardımcısı görevlendirmelerinde başkanın takdir yetkisi bu hükümle birlikte daralmaktadır.

Danıştay bir kararında²⁰ “*belediye başkanının zorunlu görmesi halinde belediye meclis üyeleri arasından da belediye başkan yardımcısı görevlendirebileceği, bu görevlendirmenin belediye başkanı için bir zorunluluk olmadığı, kamu yararı ve hizmet gerekleri çerçevesinde onun takdir yetkisine bırakıldığı, özellikle belediyelerin yönetimi konusunda belediye başkanlarına verilen görev, yetki ve sorumluluklar göz önüne alındığında kendilerine çok yakın ve onun adına hareket eden belediye başkan yardımcılarını belirleme konusundaki takdir yetkisinin geniş yorumlanması gerektiği sonuç ve kanaatine varılmaktadır*” denilmektedir. Danıştay meclis üyeleri arasından birinin başkan yardımcısı olarak görevlendirilmesinin zorunlu görülmesi gerekliliğine ilişkin Kanun’da işaret edilen hususu yanlış yorumlamıştır. Zira düzenlemede, bir üyenin başkan yardımcısı olarak görevlendirilmesi için başkana öneride bulunulabileceği ve bu doğrultuda başkanın görevlendirme yapacağı şeklinde bir husus zaten yoktur. Bu yönde bir hüküm olsaydı, başkanın bu öneriyi kabul etmede zorunlu olup olmadığı hususu noktasında takdir yetkisinin kapsamı değerlendirilebilirdi.

BK’nın ilgili hükmünde (m. 49/7) yer alan *zorunlu görülmesi* şeklindeki ifadenin, belediye başkanının yardımcısını meclis üyeleri arasından görevlendirme yapmak suretiyle seçmesi hususundaki takdir yetkisini daraltan bir husus olduğunu belirtmiştik. Yani Kanun koyucu zorunlu görülmedikçe bu yönde bir görevlendirme yapılmamasına işaret etmektedir. Eğer bu hususta başkana geniş takdir yetkisi tanınmış olsaydı, düzenlemede sadece *meclis üyeleri arasından görevlendirme yapılabilir* denilmekle yetinilirdi. Ne var ki *zorunlu gördüğü takdirde* şeklinde bir kısıtlama getirilmiştir. Kanun koyucu bu hükümle meclis üyeleri arasından birinin başkan yardımcısı olarak görevlendirilmesinin *zorunlu olduğu durumlarla* sınırlı olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle ilgili hüküm uyarınca, bu yönde bir görevlendirmenin neden zorunlu görüldüğünün, gerektiğinde somut ve objektif verilerle ortaya konulabilmesi gerekir. Aksi takdirde görevlendirme işlemi sebep unsuru yönünden hukuka aykırı hâle gelir.

Özetle, belediye meclisi üyeleri arasından birisi başkan yardımcısı

²⁰ Danıştay 8. Daire, E. 2016/9557, K. 2020/4994, T. 10.11.2020.

olarak görevlendirilecekse, bu hususun başkan tarafından zorunlu görülmesi gerekmektedir. Bu hâl ortaya çıktıktan sonra başkanın hangi üyeyi görevlendireceği noktasına gelince; işte burada başkanın geniş takdir yetkisi vardır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere meclis üyeleri arasından görevlendirileceklerde herhangi bir şart aramamış, meclis üyesi olmaları yeterli görülmüştür. Bu da meclis üyeleri arasından görevlendirilecek kişilerin seçiminde başkanın geniş takdir yetkisi olduğunu açıkça göstermektedir.

B. Görevin Sona Ermesi

BK'da belediye meclisi üyelerinin bu görevlerinin belediye meclisinin görev süresini aşamayacağı yönündeki hüküm dışında, belediye başkan yardımcılarının görevlerinin hangi hâllerde sona ereceği hususunda bir hüküm vazedilmemiştir. Dolayısıyla başkan yardımcılarının görevlerinin sona ermesi genel hükümler (DMK) çerçevesinde söz konusu olacaktır. Bundan başka, görevden alma işleminde kimin yetkili olduğu Kanun'da belirtilmemişse de yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca, bu atama ve görevlendirmeleri başkan yaptığı için görevden alma işlemi de yine başkan tarafından yapılacaktır.

Belediye başkan yardımcılarının görevlerinin sona ermesi konusu, bu görevi yürüten yardımcılar açısından söz konusu olan üç farklı hâl (*geçici görevlendirilenler, meclis üyeleri arasından görevlendirilenler, atanalar*) için ayrı ayrı incelenmelidir.

1. Geçici Görevlendirilenler Yönünden

Bir başka kurumda görev yapan memurlar arasından birisi, belediyede başkan yardımcısı olarak geçici süreli görevlendirilebilir. Bu süre 1 yılda en fazla 6 aydır (DMK ek madde 8). Dolayısıyla görevlendirme süresi sona erdiğinde başkan yardımcılığı görevi de kendiliğinden sona erer.

Geçici görevlendirme usulüne kurumun, açıktan veya naklen atamayla ilgili pozisyonda sürekli görev yapacak bir memurunun hâlihazırda bulunamaması gibi geçici hâllerde başvurulması gerekir. Görevlendirme nedeni olan geçici hâlin ortadan kalkması durumunda, görevlendirme süresi dolmadan da geçici görevlendirmeye başkan tarafından her zaman son verilebilir.

2. Belediye Meclisi Üyeleri Arasından Başkan Yardımcısı Olarak Görevlendirilenler Yönünden

BK'da belediye meclis üyesinin başkan yardımcılığı görev süresi,

Mülga Kanun'dakine²¹ benzer şekilde belediye meclisinin görev süresiyle sınırlandırılmıştır²² (BK m. 49/7). Buna göre, 5 yıllık süre için meclis üyesi seçilen bir kimse, başkan yardımcısı olarak görevlendirildiği tarihten itibaren meclis üyeliğindeki kalan süre boyunca bu görevini sürdürür. Meclisin görev süresi dolduğunda ise hem meclis üyeliği hem de başkan yardımcılığı görevi kendiliğinden sona erer. Bundan başka, Kanun'da (m. 29) sayılan belediye meclisi üyeliğini sona erdiren hâllerden biri ortaya çıktığında da başkan yardımcılığı görevi yine sona erer. Çünkü başkan yardımcılığı görevlendirmesi, ilgili kimsenin meclis üyeliğine bağlı bir husustur.

Meclis üyeleri arasından görevlendirilen başkan yardımcısının, meclis üyeliği sona ermeden de başkan tarafından görevden alınabilmesi mümkündür. Kanun'da açıkça belirtildiğinden, meclis üyeleri arasından yapılacak görevlendirmelerin başkan tarafından zorunlu görülmesi gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla görevlendirmedeki zorunluluk hâli ortadan kalktığına da başkan ilgili başkan yardımcısını görevden alabilir.

3. Memurlar Arasından Atama ile Göreve Gelen Başkan Yardımcısı Yönünden

Memurluğun sona erme hâllerinden biri (DMK m. 98) ortaya çıktığında, hâliyle başkan yardımcılığı görevi sona erer.

Bundan başka DMK'nın, naklen atamaya ilişkin (m. 71/2 ve m. 76/1) düzenlemeleri ile Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Yönetmelik'te²³ (Görevde Yükselme Yönetmeliği) işaret edilen (m. 19) kısıtlamalara uyulması kaydıyla başkan yardımcılarının, bu görevden alınarak bir başka göreve naklen atanması söz konusu olabilmektedir ki, bu hâlde de yardımcılığı görevleri sona erer.

Başkan yardımcılarının görevlerinden alınarak, naklen başka bir göreve atanmaları hususunda başkanın takdir yetkisi vardır. İdari yargı yerlerince başkanın bu konuda geniş takdir yetkisi olduğu yönünde kararlar verildiği gibi, aksi yönde de kararlar verildiği görülmektedir.

İdari yargı yerlerinin, naklen atamalarda başkanın geniş takdir yetkisi

²¹ Mülga Kanun m. 96: “Lüzum görülen belediyelerde reis muavinlerinin meclis azası arasından intihabı caizdir. **Bu takdirde muavinlerin memuriyetleri meclisin devamı ile mukayyettir**”.

²² BK m. 49/7: “Bu şekilde görevlendirme, ... **belediye meclisinin görev süresini aşamaz**”.

²³ RG, 02.07.2020, S. 31173.

olduğu yönündeki kararlarına bakıldığında; örneğin Battalgazi Belediye Başkanlığınca belediye başkan yardımcılığı görevinden alınarak temizlik işleri müdürlüğü kadrosuna naklen atanan kimsenin ilgili işlemin iptali istemiyle açtığı davada ilk derece mahkemesi “*belediyelerin yönetimi konusunda belediye başkanlarına verilen görev, yetki ve sorumluluklar göz önüne alındığında kendilerine çok yakın, gerektiğinde onun yetkilerini devralan ve onun adına hareket eden belediye başkan yardımcılarını atama konusunda kanunla tanınan takdir yetkisinin geniş yorumlanması gerektiğinden, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği*” gerekçesiyle davayı reddetmiş ve bu karar temyiz incelemesinde Danıştay tarafından da onanmıştır²⁴. Bir başka örnek olayda naklen atama işlemine karşı açılan dava ilk derece mahkemesince kabul edilmiştir. Daha sonra bu karar bölge idare mahkemesince yapılan istinaf incelemesi neticesinde “*Belediye Başkan Yardımcılığı unvanının üst düzey kadro olduğunun kabulüyle, üst düzey kamu yöneticilerinin, kamu kurum ve kuruluşlarının geleceğe dönük planlarını ve politikalarını saptayan, bu plan ve politikadaki hedefleri gerçekleştirmek için gerekli kaynakları ve bu kaynakların kullanım yerlerini belirleyen ya da bu kişilerin emir ve direktifleri yönünde uygulamayı yapan veya onlara yardımcı olan kişiler oldukları; ayrıca, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda atama yapma ve görevden alma konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin bu tür kadrolar için daha geniş olduğunun kabulü, bu görevlerden başka görevlere atanmaya ilişkin işlemlerin kazanılmış hakları veya genel olarak hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; bulunduğu göreve herhangi bir mesleki yarışma sınavı veya kurum içi görevde yükselme sınavında başarılı olmak suretiyle gelmeyen, emeklilik sonrası açıktan atama yoluyla göreve başlayan davacının, bu görevinden alınması yolunda tesis edilen dava konusu işlemde, usulde paralellik ilkesine uygun olması hasebiyle, hukuka aykırılık ... bulunmadığı gerekçesiyle davalı idarenin istinaf başvurusunun kabulüne” denilerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmıştır. Kaldırma kararı Danıştay tarafından da hukuka uygun bulunarak davacının temyiz talebi reddedilmiştir²⁵. Konuya ilişkin benzer bir*

²⁴ Danıştay 2. Daire, E. 2020/2379, K. 2021/2373, T. 30.06.2021. Aynı yönde Danıştay 2. Daire, E. 2020/2519, K. 2021/591, T. 15.03.2021; Danıştay 2. Daire, E. 2021/15048, K. 2021/2300, T. 24.06.2021.

²⁵ Danıştay 12. Daire, E. 2021/16434, K. 2021/2685, T. 15.09.2021. Aynı yönde Danıştay 2. Daire, E. 2016/8839, K. 2020/951, T. 18.2.2020; Danıştay 2. Daire, E. 2019/1287, K. 2019/5092, T. 15.10.2019; Adana Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2021/2300, K. 2022/816, T. 3.3.2022.

olayda²⁶ bölge idare mahkemesi “Üst düzey yönetici atamalarında, nitelikli yöneticilerin hangi usule göre ve nasıl belirleneceği, yöneticilik vasıflarının hangi ölçütlere göre ve nasıl değerlendirileceği konusu tamamen atamaya yetkili amirlerin subjektif tercihlerine ve geniş takdirine bırakılmıştır. **İdarenin, hangi kıstas ve kriterlere göre hukuki tasarrufta bulunacağına hukuk kuralları ile önceden kesin bir şekilde belirlenmediği durumlarda, idareye geniş takdir yetkisinin tanındığı kabul edilmelidir.** Başka bir deyişle, idari işlemin unsurları bakımından hukuk kuralları idareye serbest hareket imkânı tanıyorsa, bu durumda idarenin geniş takdir yetkisinden söz edilebilir” şeklindeki kararıyla aynı yönde fakat başka bir gerekçeyle naklen atama ile başkan yardımcısının görevden alınmasında başkanın geniş takdir yetkisinin bulunduğuna işaret etmiştir.

İdari yargı yerlerinin konu hakkında başkanın takdir yetkisinin geniş olmadığı yönünde kararları da bulunmaktadır. Örneğin²⁷ belediye başkan yardımcısı olarak görev yapan davacının uzman kadrosuna naklen atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan dava idare mahkemesince reddedilmesine karşın temyiz incelemesinde “... İdarelere kamu görevlilerinin naklen atanmaları konusunda **takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetkinin kullanımı kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olup, bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu, İdare Hukuku'nun bilinen ilkelerindedir. ... dava konusu işlemlerle de belediye başkan yardımcılığı görevinden alınarak, Fen İşleri Müdürlüğüne uzman olarak atandığı; bunun üzerine, bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Davacının belediye başkan yardımcılığı görevini gereği gibi yerine getiremediğine, mesleğinde başarısız olduğuna dair herhangi bir bilgi ve belge dosyaya sunulmadığından, görevinde başarısızlığı ya da yetersizliği ortaya konulmaksızın, sadece takdir yetkisi kapsamında tesis edildiği görülen dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararında da hukuki isabet görülmemiştir”** denilerek Danıştay tarafından davacının temyiz başvurusu kabul edilmiştir.

İdari yargı yerlerinin yukarıdaki kararlarına bakıldığında başkan yardımcısı olarak atanan bir kimsenin bir başka göreve nakledilmesinde iki farklı içtihadın söz konusu olduğunu söyleyebiliriz²⁸.

²⁶ Karar için bkz. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2022/1837 K. 2022/1752, T. 21.12.2022.

²⁷ Danıştay 5. Daire, E. 2015/1701, K. 2015/9963, T. 07/12/2015. Aynı yönde Danıştay 5. Daire, E. 2015/2492, K. 2016/1579, T. 22.3.2016.

²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemesine konu olan başkan yardımcılığı

Takdir yetkisinin geniş olmadığı yönündeki kararlarda; belediye başkanlarının yardımcılarını naklen başka bir göreve atamak suretiyle başkan yardımcılığı görevinden alma işleminde takdir yetkilerinin bulunmasına karşın, bu yetkiyi kamu yararı ve hizmet gerekleri çerçevesinde kullanmaları gerektiği belirtilmektedir. Görevden alma hususunun başkan yardımcılarının görevini gereği gibi yerine getirememesi durumu veya görevinde başarısızlık ya da yetersizliğin ortaya çıkması hâli gibi somut verilerle gerekçelendirilmesi gerektiği de kararlarda vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bu kararlarda başkanın konuya ilişkin takdir yetkisi dar yorumlanmakta ve sadece salt takdir yetkisine dayanarak bu yönde bir işlem yapılamayacağı vurgulanmaktadır.

Diğer taraftan takdir yetkisinin geniş olduğu yönündeki kararlarda ise; başkan yardımcılarının, başkana yakın, gerektiğinde onun yetkilerini devralan ve onun adına hareket eden kişiler oldukları gibi gerekçelerle başkanın salt takdir yetkisi çerçevesinde yardımcılarını görevden alabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu kararlarda başkanın geniş takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir.

İdarenin bir görevlinin görevden alınmasında geniş takdir yetkisinin olduğunun kabulü için mevzuatta bu hususta açık bir hükmün olması gerekmektedir²⁹. Örneğin bakanlık müşavirlerinin görevden alınabilmeleri

görevinden alınmalar hakkında ortaya çıkan içtihat farklılığı hakkındaki kararında “Somut olayda başvurusunun belediye başkan yardımcılığı kadrosundan uzman kadrosuna atanmasına ilişkin işlemin iptali için açtığı dava reddedilmiştir. Mahkeme, başvurusunun durumunu Belediyenin değerlendirdiğini, atama konusunda takdirin idareye ait olduğunu ve atama işleminde hukuka aykırılık bulunmadığını açıklamıştır. Başvurucu, benzer konumda olanlar tarafından açılan davaların lehe sonuçlandığını belirterek Mahkeme kararının haksız olmasından yakınmaktadır. Bu aşamada belirtmek gerekir ki yargılama sürecinde delillerin değerlendirilmesi ve hukuk kurallarının yorumlanması -kural olarak- derece mahkemelerinin takdirindedir. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp derece mahkemelerinin kararlarının açıkça keyfi olmaması veya bariz bir takdir hatası içermemesi gerekir. Başvurucu tarafından sunulan kararlar ile Mahkeme kararı arasındaki farklılığın kanun hükümlerinin yorumundan kaynaklanmadığı, olguların farklı değerlendirilmesinin söz konusu olduğu, dolayısıyla içtihat farklılığı olarak nitelendirilemeyeceği anlaşılmaktadır” denilerek, bu sebeple hak ihlali oluşmadığını belirtilmiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru Numarası: 2018/7543, T. 18.05.2021.

²⁹ Anayasa Mahkemesi idareye bu yönde yetki veren bir düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. “Genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadroları idareci (yönetici) kadroları olup idarenin bu kadrolara bir kere atadığı kişileri meslek hayatları boyunca bu kadrolarda çalıştırma zorunluluğunun bulunmayacağı açıktır. ... Bu nedenle, kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınarak bu kişilerin idarecilik görevlerine son verilmesi ve kariyer meslek kadrolarından gelenlerin kendi kadrolarına, kariyer mesleklerden gelmeyenlerin ise bazı koşulları taşımak kaydıyla, geldiği kadrodan daha üst bir görev(e) ... atanmaları mümkün olup bunu düzenleyen kuralın kazanılmış hakları veya genel olarak

hususunda idarenin geniş takdir yetkisi vardır. Çünkü DMK’da (m. 61/A-2) bu hususta herhangi bir sebebe işaret edilmeden idareye açıkça yetki verilmiştir. İlgili hükme göre: “*Bakan müşavirleri, bakanın görev süresiyle sınırlı olarak görev yapar. Bakanın görevi sona erdiğinde, bakan müşavirlerinin görevi de sona erer. Bakan müşavirleri gerektiğinde bakanın görev süresi dolmadan da görevden alınabilir*”. Görüleceği üzere söz konusu hükümde görevden alma hususunda herhangi bir şart koşulmamıştır. Dolayısıyla müşavirlerin görevine her zaman son verilebilmektedir. Elbette bu yöndeki görevden almalarda da idare hukukunun genel ilkelerinden kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilmelidir. Ancak idarenin bu husustaki takdir yetkisinin diğer görevden almalara göre daha geniş olacağı da kabul edilmelidir. Başkan yardımcılarında memur sıfatıyla atananların görevden alınmalarında idareye tanınan takdir yetkisinin kapsamı hususunda Kanun’da açık bir hükmün olmadığı ortadadır. Dolayısıyla başkanın bu hususta geniş takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

II. BELEDİYE BAŞKAN YARDIMCISININ HUKUKİ STATÜSÜ

A. Memur ve Diğer Kamu Görevlisi Yönünden

BK’ya göre iki tür başkan yardımcısının olduğunu ifade etmiştik. Norm kadrosunda belediye başkan yardımcısı bulunan belediyelerde, bu kadrolara atanan başkan yardımcısının hukuki statüsünün *memur* olduğu açıktır. Çünkü bunların hizmet sınıfı ve derecesi BK’ya istinaden yürürlüğe giren Norm Kadro Yönetmeliği’nde (m. 2) düzenlenmiştir. Yönetmelik’te başkan yardımcılığı DMK’ya tabi memur unvanlarının gösterildiği memur kadro kütüğünde GİH sınıfının içinde gösterilmiş ve kadro derecesi 1 olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla bu statüdeki başkan yardımcıları, bir kamu idaresinde kadroya atanmak ve ilgili kadro karşılığında maaş almak suretiyle istihdam edilmektedirler. Atama yoluyla göreve gelen başkan yardımcısının asli görevi başkan yardımcılığıdır. Bu görevi belli bir süreyle kayıtlanmadığı için de süreklidir. Yani norm kadroya atanan başkan yardımcılarının memuriyetleri süresince başkan yardımcılığı görevleri (başka bir göreve nakledilmedikçe) devam etmektedir.

BK’da meclis üyesi başkan yardımcılarının hukuki statüsüne yönelik açık bir hüküm yoktur. Her şeyden önce şunu belirtelim ki, başkan yardımcısı olarak görevlendirilen meclis üyeleri *bu üyelikleri yönünden* memur ya da

hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır”. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/87, K. 2015/112, T. 8.12.2015, RG, T. 28.01.2016, S. 29607.

diğer kamu görevlisi statüsünde değildir. Anayasa Mahkemesi³⁰ ve Danıştay³¹ da bu görüştedir. Öte yandan, meclis üyelerinin *başkan yardımcılığı görevi yönünden* de aşağıda ortaya konulan gerekçeler çerçevesinde bu statüler arasında sayılmayacaklarını söyleyebiliriz.

1. Memur Statüsü Yönünden

Mülga Kanun'da (m. 96) “*Lüzum görülen belediyelerde reis muavinlerinin (başkan yardımcılarının) meclis azası arasından intihabı (seçilmesi) caizdir. Bu takdirde muavinlerin memuriyetleri meclisin devamı ile mukayyettir (sınırlıdır)*” denilmekte idi. Mülga Kanun dönemindeki meclis üyesi başkan yardımcılarının memur olduklarına ilişkin bu hüküm, bu yöndeki görevlendirmelerde kadro aranıp aranmayacağı, yardımcılara belediye meclisince tespit edilecek ödeneğin mi, yoksa memur belediye başkan yardımcılığına özgülenen kadro aylığının mı ödenmesi gerekeceği³², meclis üyesinin başkan yardımcılığı görevlendirmesinden sonra meclis üyeliğinin devam edip etmeyeceği³³ gibi hususlar başta olmak üzere uygulamada birçok tartışma ve soruna yol açmaktaydı. BK'da (m. 49/7) ise meclis üyesi başkan yardımcılarının memur ya da diğer kamu görevlisi oldukları yönünde bir nitelendirme yapılmamış ancak bu yöndeki görevlendirmelerin kadroya bağlı olmadığı, görevlendirilen meclis üyelerine belediye başkanına verilen ödeneğin 2/3'ünü aşmamak üzere belediye meclisi tarafından belirlenen aylık ödenek verileceği ve taleplerine göre bir sosyal güvenlik kurumu ile ilişkilendirilecekleri hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bu yöndeki bir görevlendirmenin de memuriyete geçiş, sözleşmeli veya işçi statüsünde çalışma dâhil ilgililer açısından herhangi bir hak teşkil etmeyeceği de açıkça ifade edilmiştir.

DMK'daki (m. 33) “*Kadrosuz memur çalıştırılmaz*” hükmü dikkate alındığında, kadroya bağlı olmadan, atamayla değil görevlendirmeye göreve gelen ve kadro karşılığı ödenen maaş yerine belediye meclisince

³⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 1987/18, K. 1988/23, T. 22.6.1988, RG, T. 26.11.1988, S. 20001.

³¹ “*Belediye Meclis Üyesi olan davacının ... işçi niteliği taşımayan kamu personeli durumunda olmadığı...*” yönünde bir tespitte bulunmuştur. Karar için bkz. Danıştay 8. Daire, E. 1988/627, K. 1988/683, T. 13.10.1988. Aynı yönde bkz. Danıştay 1. Daire, E. 1996/131, K. 1996/242, T. 19.12.1996.

³² Abdurrahman Acar, “Belediye Başkan Yardımcılığı”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 4(3), 1995, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/atauniiibd/issue/38242/332807>>, Erişim Tarihi 20 Mart 2014, s. 39 vd.

³³ Şerafettin Yarkin, “Belediye Başkan Yardımcısının Belediye Meclisi Üyeleri Arasından Tayini Konusu Üzerinde Bir İnceleme”, *İller ve Belediyeler Dergisi*, (344), 1974, s. 248.

belirlenen aylık ödenek verilen meclis üyesi başkan yardımcılarının memur olmadığı ortadadır. Bunlar memur statüsünde olmadıklarından memuriyetten kaynaklanan haklardan da yararlanamazlar. Örneğin görevden uzaklaştırılan meclis üyesi başkan yardımcılara, diğer memur statüsündeki başkan yardımcılarının görevden uzaklaştırılmaları hâlinde maaşlarının 2/3'ünün ödenmesi durumu (DMK m. 141/2), bunlara ödenen aylık ödenekleri yönünden söz konusu değildir³⁴. Öte yandan bunlar memurların tabi olduğu yasaklara ve memuriyetle bağdaşmayan hâller bakımından söz konusu olan kısıtlamalara da tabi değildirler. Örneğin memurların ticaretle uğraşması yasaktır (DMK m. 28). Meclis üyelerinin ticari faaliyette bulunmalarına izin verildiğinden, bu yöndeki faaliyetler onlar için serbesttir (BK m. 28). DMK'da öngörülen disiplin hükümleri meclis üyeleri arasından görevlendirilen başkan yardımcılarını hakkında uygulanmaz. Zira BK'da meclis üyesi başkan yardımcılarının disiplin hükümleri açısından DMK'ya tabi olduklarına dair bir hüküm yoktur. Uygulamada da bunlar hakkındaki disiplin işlemleri meclis üyelikleri yönünden yapılmaktadır³⁵.

Memurlar siyasi partilere üye olamaz ve siyasi faaliyetlerde bulunamazlar (DMK m.7). Buna karşın meclis üyelerinin siyasi faaliyetlerde bulunabilmeleri mümkündür. Zira meclis üyeliği seçimine bağımsız olarak katılınabileceği gibi, bir siyasi partinin listesinden aday olmak suretiyle de katılınabilmektedir³⁶. Ayrıca meclis üyeliğine seçildikten sonra da meclis üyelerinin siyasi parti üyelikleri devam etmektedir. Çünkü ihtisas komisyonlarının ve denetim komisyonunun oluşumunda belediye meclisi içindeki parti gruplarından da üye seçilir (BK m.24/2, BK m. 25). Dahası “*Belediyeye verilen görevlerle ilgisi olmayan siyasî konularda karar*” almadıkça (BK m. 30/1-b), siyasi hususlarda da karar alabilmek yönünden belediye meclisinin yetkilendirilmesi hususu ve hemen yukarıda işaret ettiğimiz siyasi yönlerine ilişkin düzenlemeler

³⁴ Aynı yönde bkz. Sayıştay 2. Daire Temyiz Kurulu Kararı, Dosya No: 35401, Tutanak No: 39961, Tutanak Tarihi: 27.01.2015.

³⁵ Bkz. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü'nün E-53773008-622.02-8039830 sayı ve 27.11.2023 ve tarihli görüş yazısı ile E-53773008-622.02-3914594 sayı ve 20.06. 2022 tarihli görüş yazısı.

³⁶ Mahalli İdareler Seçim Kanunu m. 10. Bu doğrultuda, 31 Mart 2024 tarihinde yapılan mahalli idareler seçiminde mevcut 20.953 belediye meclisi üyeliği için 306 adet aday bağımsız olarak seçime katılmıştır. Bunlardan da sadece 7 adet kazanan olmuştur. Buna göre siyasi partilere üye olmayan meclis üyelerinin üye olanlara oranı 0,03'tür. Bkz. Yüksek Seçim Kurulu Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğü, *31 Mart 2024 Mahalli İdareler Genel Seçimleri Seçim İstatistikleri Bülteni*, 2024, https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/31%20MART%202024%20MAHALL%C4%B0%20%C4%B0DARELER%20B%C3%9CLTEN%C4%B0_08_7_2024, Erişim Tarihi 15 Kasım 2024, s. 8-9.

birlikte değerlendirildiğinde, belediye meclisinin siyasi yönü³⁷ buna bağlı olarak da meclis üyelerinin siyasi kişiliklerinin söz konusu olduğu açıktır. Başkan yardımcılığına görevlendirilen meclis üyesinin, siyasi parti üyeliği mevcutsa, üyesi olduğu parti ile ilişkisi kesileceğine dair bir hüküm de BK'da bulunmamaktadır.

6. Diğer Kamu Görevlileri Statüsü Yönünden

Belediyemeclisiyelerininbaşkanyardımcısıolarakgörevlendirilebilmesi, mevzuattaki istihdam biçimlerinden tamamen farklı ve kendine özgü bir çalışma biçimi³⁸ olduğundan eşine rastlanmayan³⁹ bir uygulamadır. Bunlar belediye meclisi üyeleri arasından başkan yardımcısı olarak görevlendirilmek suretiyle başkan yardımcılığı görevine gelmektedirler.

Belde halkı tarafından seçilmek suretiyle, onları mecliste temsil etmek üzere görevlendirilmiş olan bir üyenin bu sıfatının ancak Kanun'un açık bir hükmüne istinaden sona ermesi mümkündür. Kanun'da ise meclis üyeliğini sona erdiren hâller arasında başkan yardımcılığına görevlendirilme sayılmamıştır. Bu nedenle meclis üyelerinden birinin başkan yardımcısı olarak görevlendirilmesi hâlinde onun meclis üyeliği de devam etmektedir⁴⁰. Buna karşın meclis üyeliği sıfatı ortadan kalkınca, ona bağlı olan başkan yardımcılığı görevi de sona ermektedir. Dolayısıyla görevlerine devam edebilmelerinin meclis üyeliği sıfatlarının devamına bağlı olması esas görevlerinin meclis üyeliği olduğuna işaret eder. Yani bunların başkan yardımcılığı görevleri arızidir⁴¹; çünkü asli görevleri meclis üyeliğidir. Bununla birlikte, başkan

³⁷ Gözler, “Şüphesiz ki belediye meclisi bir mahalli siyaset organıdır, kaldı ki üyeleri siyasi partilerin listesinden seçilmektedir” demektir. Bkz. Gözler Kemal, *İdare Hukuku Cilt 1*, Ekin Kitabevi, 2019, s. 558.

³⁸ Acar, s. 37.

³⁹ Nur Şat, “Türkiye’de Belediye Başkan Yardımcılığı”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 32(3), 2018, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/atauniiibd/issue/38242/332807>>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2024 s. 601; Hayriye Çiçek, *Güçlü ve Etkin Başkan Yönetiminde Belediye ve Organları*, T.C. İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Uluslararası ve Mukayeseli Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2022, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>>, Erişim Tarihi 20 Ekim 2024, s. 92.

⁴⁰ Mülga Kanun döneminde de bu yönde tereddüt oluşmuştur. Konu hakkında bir Sayıştay kararında ilgili meclis üyesi başkan yardımcılarının üyeliklerinin devam edeceği yönünde karar verilmiştir. Karar için bkz. Sayıştay Genel Kurulu, Karar No: 4794/1, Karar Tarihi: 20.12.1993, Sayıştay Kararları, S. 14, Ekim-Aralık 1993, s. 58.

⁴¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre arızı: sonradan olan, gelip geçici anlamına gelmektedir. Bkz. <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 15 Kasım 2024.

yardımcılığı görevlerinin meclisin görev süresiyle sınırlandırılması⁴² nedeniyle başkan yardımcılığı görevini sürekli değil; geçici olarak icra etmektedirler.

Özetle, meclis üyeleri arasından görevlendirilen başkan yardımcıları, başkan yardımcılığı görevini meclis üyeliğine bağlı olarak ve geçici bir süreliğine yürütmekte olduklarından, hukuki statüleri başkan yardımcılığı görevi yönünden değil, meclis üyeliği yönünden değerlendirilmelidir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere meclis üyelerinin hukuki statüsü ise ne memur ne de diğer kamu görevlisidir⁴³.

B. Hiyerarşi ve Üst Yöneticilik Yönünden

1. Hiyerarşi Yönünden

Mülga Kanun'da⁴⁴ belediye idaresinden sorumlu olanlar içinde başkan yardımcılarını da sayılmaktaydı. Dolayısıyla belediyelerde başkan yardımcısının da yönetici sınıfından olduğu açıkça belirtilmişti. BK'da (m. 38/1-a) ise belediye başkanının belediyenin en üst amiri olduğu ve belediyenin sevk ve idaresinden sorumluluğu olduğu ifade edilmiştir. BK'da belediye başkan yardımcılarının görevleri ile ilgili açık bir hüküm olmamasının yanında, onların belediye personeli içindeki statülerine yönelik de net bir bilgi verilmemiştir. Dolayısıyla Mülga Kanun ve BK'nın konuyla ilgili olan diğer hükümleri üzerinden bir çıkarım yapmak gerekmektedir.

⁴² BK m. 49/7: “*Bu şekilde görevlendirme, ... belediye meclisinin görev süresini aşamaz*”.

⁴³ Mahalli İdareler Seçim Kanunu'nda (m. 17) mahalli idare seçimlerinde aday olabilmek için istifa etmesi gerekmeyenler gösterilmiştir ki bunlar arasında belediye meclis üyeleri de sayılmıştır. Dolayısıyla mahalli idare seçimlerine katılmak isteyen meclis üyesinin meclis üyeliğinden istifa etmesi gerekmemektedir. Belediye meclis üyeleri arasından seçilen başkan yardımcısının adaylık için başkan yardımcılığı görevinden istifa etmesi gerekmediği hususunda Yüksek Seçim Kurulu (YSK) 2019 yılı mahalli idareler seçimlerinden önce verdiği kararında meclis üyesi belediye başkan yardımcılarının aday olabilmek için Mahalli İdareler Seçim Kanunu'nda öngörülen istifa etmesi gerekmeyenler arasında başkan yardımcılarının sayılmadığı gerekçesi ile meclis üyesi olanların da belediye başkan yardımcılığı görevinden istifa etmeleri gerektiğine hükmetmiştir. Önceki kararının aksine, belediye meclis üyeleri arasından görevlendirilen belediye başkan yardımcılarının mahalli idare seçimlerine katılabilmek için başkan yardımcılığı görevinden istifa etmelerinin gerekmediğine karar vermiştir. Kararın gerekçesi, bu yöndeki görevlendirilenlerin memur ya da diğer kamu görevlisi olmadıkları doğrultusunda temellendirilmiştir. Karar için bkz. Yüksek Seçim Kurulunun 19.11.2018 tarih ve 1052 numaralı kararı; Yüksek Seçim Kurulunun 09.11.2023 tarih ve 2023/1480 numaralı kararı.

⁴⁴ Mülga Kanun m. 3: “*Belediye idaresi, belediye meclisi ile belediye encümeni ve belediye reisi ve muavinlerine (başkan yardımcısına), belediye şubeleri mevcut ise şube müdürlerine ve şube heyetlerine mevduur (emanet edilmiştir)*”.

Mülga Kanun'da yetki devri konusunda (m. 101) “*Belediye reisi kendi mesuliyet ve nezareti (gözetimi) altında kendine ait vezâiften (görevlerden) bir kısmını namına tedvir (adına yönetmek) ve intaç etmek (sonuçlandırmak) üzere muavinlerine (başkan yardımcılara) tevdi eylemek salâhiyetini haizdir (bırakmak yetisine sahiptir)*” denilmekteydi. İlgili hükümden de anlaşılacağı üzere, başkanın yardımcılara yetki devredebileceği açıkça öngörülmüştü. BK'da ise yetki devri hususunda (m. 42) “*Belediye başkanı, görev ve yetkilerinden bir kısmını uygun gördüğü takdirde, **yöneticilik sıfatı bulunan** belediye görevlilerine devredebilir*” denilmektedir. Burada hem başkan yardımcısı zikredilmemekte hem de Kanun'un diğer maddelerinde belediye başkanı dışındaki yönetici sınıfın kimlerden oluştuğu da açıkça belirtilmemektedir. Ancak Kanun'un yetki devrine ilişkin ilgili hükmünün gerekçesinde⁴⁵ bu husus şu şekilde açıklığa kavuşturulmuştur: “... *Madde ile belediye başkanlarının, yetkilerinden uygun gördüklerini **başkan yardımcılara** ve diğer yöneticilere devretmesine imkân tanınmaktadır*”.

BK uyarınca, “*Birim müdürlüğü ve üstü yönetici kadrolarına yapılan atamalar ilk toplantıda belediye meclisinin bilgisine sunulur*” (m. 49/2). Kanun'da birim müdürlüğü üstü yöneticilerin kimler olduğu belirtilmemiştir. Görevde Yükselme Yönetmeliği'nde (m. 19/1-c) “*Bu **Yönetmelik kapsamı dışında bulunan daha üst görevlerde en az altı ay süreyle çalışmış olanlar, ... unvan değişikliğine tabi kadrolara sınavsız, genel hükümlere göre atanabilirler***” denilmektedir. Yönetmelik'te (m. 5) görevde yükselme ve ünvan değişikliği sınavına tabi olanlar arasında sırasıyla müdür, şube müdürü, koruma ve daha alt derecede olan görevliler sayılmışken, başkan yardımcılığı sayılmamıştır. Dolayısıyla başkan yardımcılığı görevinin “birim müdür üstü yönetici” olduğu kabul edilmelidir. Hâlihazırda hem ilgili Bakanlık⁴⁶ hem Sayıştay⁴⁷ hem de Danıştay⁴⁸ kararları da bu yöndedir.

⁴⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi 944 No'lu Komisyon Raporu, <https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_meclis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=5393&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih=>, Erişim Tarihi 15 Ağustos 2024, s. 14.

⁴⁶ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü'nün T. 14.11.2024 tarih ve S. E-53773008-622.02-10971697 görüş yazısı.

⁴⁷ “*Mahalli İdareler Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Yönetmelik'in kapsamı dışında bulunan başkan yardımcılığı gibi üst düzey görevlerde en az altı ay süreyle çalışmış olanlar, aranan diğer şartları taşımaları kaydıyla yönetim hizmetleri grubunda yer verilen müdür kadrosuna sınavsız olarak atanabilmektedir*”. Karar için bkz. Sayıştay 6. Daire, Dosya No: 53221, Tutanak No: 56479, Tutanak Tarihi: 14.02.2024.

⁴⁸ Danıştay 12. Daire, E. 2021/16434, K. 2021/2685, T. 15.09.2021. “... *davalı idare, davacıyı*

Norm Kadro Yönetmeliğine göre (m. 9/2) “... birim müdürlüğü ve üstü yönetici kadro unvanları ile ... idarî birimler oluşturulur”. Bu hüküm uyarınca başkan yardımcılarını belediye içinde idari birimlerden en az biriyle ilişkilendirilmekte ve başkanın emir ve talimatları doğrultusunda ilgili birim başkan yardımcısı tarafından sevk ve idare edilmektedir. Bu husus hem yargı kararlarında belirtilmiş hem de bu yönde bir ilişkilendirme yapılmaması Kamu Görevlileri Etik Kurulu kararında etik ihlali nedenlerinden birisi olarak gösterilmiştir⁴⁹.

Yukarıdaki hususlar birlikte değerlendirildiğinde, başkan yardımcısının hem yöneticilik sıfatı⁵⁰ bulunmakta hem de başkan yardımcılığı birim müdürlüğü

Başkan Yardımcılığından aldıktan sonra müktesep kadrosu olan Şef kadrosu yerine yine istisnai bir hüküm ile görevde yükselme sınavına tabi Müdür kadrosuna sınavsız olarak atanmıştır. Bu şekilde atanmanın dayanağı ise davacının görevde yükselme ve unvan değişikliği yönetmeliği kapsamında yer almayan üst görev niteliğindeki Başkan Yardımcılığı kadrosunda Yönetmeliğin 19.maddesinin (c) bendi kapsamında en az altı ay çalışmış olmasıdır”. Karar için bkz. Adana Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi E. 2023/1509, K. 2023/2172, T. 22.11.2023.

⁴⁹ Belediye Başkan Yardımcısı olarak görev yapan davacı tarafından, sorumluluğunda bulunan veteriner işleri müdürlüğünün bir başka başkan yardımcısı ile ilişkilendirilmesi ve kendisine herhangi bir birim bağlanmaması biçiminde teşkilat şeması belirlenmesine (ve) başkanlık emrinde görevlendirilmesine ilişkin işlem “... **bir görevle ilişkilendirilmemesinde** ‘neden ve amaç’ yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı ...” gerekçesiyle ilk derece mahkemesince iptal edilmiş ve bu karar, temyiz incelemesinde Danıştay tarafından da hukuka uygun bulunmuştur. Karar için bkz. Danışta 5. Daire, E. 2013/7750, K. 2015/8743, T. 09.11.2015. Kamu Görevlileri Etik Kuruluna bir belediye başkan yardımcısı tarafından yapılan başvuruda, kendisi dışındaki diğer tüm başkan yardımcılarını müdürlükler bağlanırken şahsına hiçbir müdürlük bağlanmadığı hususunu da değerlendiren Kurul verdiği kararında diğer gerekçelerinin yanında, başkan yardımcının “... kendine bağlı olan birimlerin alınması(mı)” Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in 9 ve 10’uncu maddelerine aykırın bulmuştur. Karar için bkz. Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kararı, Dosya Numarası: 2012/75, Karar Numarası: 2012/26, T. 22.03.2012.

⁵⁰ Sosyal bilimler alanlarında yürütülen saha araştırmasında yapılan bir ankette, belediye personeline yöneltilen başkan ve başkan yardımcısının liderlik yeteneğine sahip olması gerekip gerekmediği yönündeki bir soruda verilen cevaplara göre “... bir belediye başkanın liderlik yeteneğine sahip olması gerektiğini düşünenlerin oranı %100’dür. ... Aynı soru daha alt kademe yöneticilere göre yöneltildiğinde; başkan yardımcısının liderlik yeteneğine sahip olması gerektiğini düşünenlerin oranı %94,1 (dir)”. Bu çalışmaya göre, ankete katılan belediye personeli tarafından başkan yardımcılığı pozisyonu yönetici mevkiinde görülmektedir ki, bu sebeple ankete katılan personelin büyük bir çoğunluğu bu görevi yürütecek kişinin de yöneticilik sıfatını haiz bir kimse olması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Onur Kemal Yılmaz, “Belediye Üst Kademe Yöneticilerinin Liderlik ve Mesleki Bilgi Kapasitelerinin Geliştirilmesine Yönelik Bir Eğitim Programı Önerisi”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, <https://dergipark.org.tr/pub/oguiibf/issue/51635/4_99715>, Erişim Tarihi 20 Ekim 2024, 14(3), 2019, s. 744.

üstünde⁵¹ bir mevkide yer almaktadır. Bu nedenle başkan yardımcısına hem yetki devri⁵² yapılabilir, hem de atama ya da görevlendirmeleri meclisin bilgisine sunulur. Bundan başka, belediye teşkilatı içinde hiyerarşi⁵³ yönünden başkan yardımcılarını, birim müdürlerinin üstü olup belediye başkanından da hemen sonra gelmektedirler⁵⁴.

2. Üst Düzey Kamu Görevlileri Yönünden

1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda⁵⁵ (İYUK) temyiz edilebilecek kararlar arasında “... *daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları*” da sayılmıştır (m. 46/1-f). Buna göre başkan yardımcılığı mevkiinin, daire başkanına denk veya daha üst düzey kamu görevlileri arasında kabul edilip edilemeyeceği yönünden de bir değerlendirme yapılmalıdır.

2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na⁵⁶ (5018 sayılı Kanun) göre belediyelerde üst yönetici belediye başkanıdır (m. 11). Düzenlemede belediye başkanı sayılmış ancak başkan yardımcısı üst yöneticiler arasında sayılmamıştır. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise üst yönetici tanımlanmıştır⁵⁷.

⁵¹ “Bilindiği gibi belediye başkan yardımcısı kadrosu ... müdür ünvanlı kadrodan daha üst bir görevdir”. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü Sayı: E-53773008-622.02-1066934 sayı ve 03.09.2024 tarihli görüşü.

⁵² Yetki devrinin başkan yardımcılara da yapılabileceği hakkında bkz. Çiçek, s. 92. Belediye başkanının, başkan yardımcısına yetki devri yapabileceğine yönelik açık bir hüküm BK'da olmamasına rağmen, bunun dışında birden çok düzenlemede konu hakkında açık düzenlemelerin olduğunu da belirtelim. Örneğin, Belediye Zabıta Yönetmeliği'ne (RG, T. 11.04.2007, S. 26490) göre “Belediye zabıta teşkilatı belediye başkanına bağlıdır. Belediye başkanı, zabıta teşkilatı üzerindeki yetkilerini belediye başkan yardımcısına; büyükşehirlerde genel sekreter veya genel sekreter yardımcısına devredebilir” (m. 7).

⁵³ Sayıştay Temyiz Kurulu kararında da başkan yardımcılarının belediye içindeki hiyerarşisi yönünden “...hiyerarşik olarak daha üst bir makam olan belediye başkan yardımcılığından tenzilen bir alt görev olan “müdürlük” görevine atanan kişi bakımından...” denilerek müdürlerin üstünde olduğunu açıkça ifade edilmiştir. Sayıştay 5. Daire, Dosya No: 52776, Tutanak No: 56450, Tutanak Tarihi: 07.02.2024.

⁵⁴ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, 2023, s. 132. Şat, “Belediye başkanının katılmadığı toplantılarda, belediye başkanının görevlendireceği başkan yardımcısı veya encümen üyesi, encümene başkanlık eder” şeklindeki BK m. 42 hükmü uyarınca hiyerarşik olarak başkandan sonra belediye başkan yardımcılarının geldiğini söylemektedir. Bkz. Şat, s. 632.

⁵⁵ RG, T. 20.01.1982, S. 17580.

⁵⁶ RG, T. 24.12.2003, S. 25326.

⁵⁷ Buna göre üst yöneticiler: “*idarelerinin stratejik planlarının ve bütçelerinin kalkınma planına, yıllık programlara, kurumun stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet*

İdari yargı yerlerince verilen kararlara bakıldığında, başkan yardımcılığının *üst düzey kadro* olduğu belirtildikten sonra, 5018 sayılı Kanun'dakine benzer şekilde bir de tanım yapılmaktadır. Örneğin⁵⁸ bölge idare mahkemesince verilen ve Danıştayın da onadığı bir kararda “**Belediye Başkan Yardımcılığı unvanının üst düzey kadro olduğunun kabulüyle, üst düzey kamu yöneticilerinin, kamu kurum ve kuruluşlarının geleceğe dönük planlarını ve politikalarını saptayan, bu plan ve politikadaki hedefleri gerçekleştirmek için gerekli kaynakları ve bu kaynakların kullanım yerlerini belirleyen ya da bu kişilerin emir ve direktifleri yönünde uygulamayı yapan veya onlara yardımcı olan kişiler oldukları ...**” şeklinde bir tespit ve tanım yapılmaktadır. Burada yapılan tanımda dikkat çeken husus, üst düzey kamu yöneticilerine yardım edenlerin de bu kategorinin içinde kabul edilmiş olunmasıdır.

Sayıştay kararlarında⁵⁹ başkan yardımcılığı *üst düzey görev* olarak kabul edilmektedir. Doktrinde ise başkan yardımcılığı mevkisi hakkında *üst düzey yönetici, üst kademe yönetici* gibi kavramlar kullanılmaktadır⁶⁰.

Büyükşehir belediyelerinde başkan yardımcısının bulunmadığını yukarıda belirtmiştik. Diğer belediyelerde de genel sekreterlik ve ondan hiyerarşik olarak daha alt bir seviyede olan daire başkanlıkları bulunmamaktadır. Doktrinde kimi yazarlar⁶¹ tarafından belediye başkan yardımcılığı statüsünün, büyükşehir belediyelerinde bulunan genel sekretere karşılık geldiği kabul edilmektedir. Ancak büyükşehir ilçe belediyesindeki başkan yardımcılığının

gereklerine uygun olarak hazırlanması ve uygulanmasından, sorumlulukları altındaki kaynakların etkili, ekonomik ve verimli şekilde elde edilmesi ve kullanımını sağlamaktan, kayıp ve kötüye kullanımının önlenmesinden, malî yönetim ve kontrol sisteminin işleyişinin gözetilmesi, izlenmesi ve kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen görev ve sorumlulukların yerine getirilmesinden Bakana; mahallî idarelerde ise meclislerine karşı sorumludurlar” 5018 sayılı Kanun m. 11/2.

⁵⁸ Danışta 12. Daire, E. 2021/16434, K. 2021/2685, T. 15.09.2021.

⁵⁹ Örneğin, “Mahalli İdareler Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Yönetmelik'in kapsamı dışında bulunan **başkan yardımcılığı gibi üst düzey görevlerde en az altı ay süreyle çalışmış olanlar; aranan diğer şartları taşımaları kaydıyla yönetim hizmetleri grubunda yer verilen müdür kadrosuna sınavsız olarak atanabilmektedir**”. Bkz. Sayıştay 6. Daire, Dosya No: 53221, Tutanak No: 56479, Tutanak Tarihi: 14.02.2024.

⁶⁰ Örneğin Erbay Arıkboğa, *Türkiye'de Yerel Yönetimlerin Temel Çerçevesi (Rapor)*, Yurttaşlık Derneği, 2020, <https://yereldemokrasi.net/attachments/article/202/Yerel_Yonetim_Rapor.>, Erişim Tarihi 20 Eylül 2024, s. 744.

⁶¹ Mehmet Mecek / Yıldız Atmaca, “Yerel Yönetimlerin İdari Yapısına İlişkin Mevzuat Analizi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(76), 2020, <https://dergipark.org.tr/pub/esosder/issue/56179/735143>>, Erişim Tarihi 26 Temmuz 2024, s. 2078.

büyükşehir belediyesindeki daire başkanlığına eşdeğer olup olmadığına ilişkin mülga DPB görüşünde⁶² yapılan değerlendirmede, başkan yardımcılarının daire başkanlığının altında bir mevkide olduğu belirtilmiştir.

Ne var ki mülga DPB'nin görüşüne benzer şekilde ancak herhangi bir gerekçe ortaya koymayan Danıştay da yukarıda örneği verilen kararlarındaki başkan yardımcılığının üst düzey kadro olduğu yönündeki içtihatlarına rağmen belediye başkan yardımcılarının hiyerarşik yönden daire başkanlarının altında bir mevkide olduğunu kabul etmektedir. Şöyle ki, idari yargıda 2014 sonrası çıkan uyuşmazlıklar hakkında, idare, vergi mahkemeleri ve Danıştay Kanunu'nda işaret edilen uyuşmazlıklarda (m. 24) Danıştay ilk derece yargılamalarını, bölge idare mahkemeleri istinaf incelemelerini ve Danıştay da temyiz incelemelerini yapmaktadır⁶³. Hangi hususlarda temyiz incelemesine gidilebileceği İYUK'da sayma yoluyla gösterilmiştir. Bu hususun yürürlüğe girmesinden önce, belediye başkan yardımcılığı görevinden başka bir göreve naklen atanmaların veya görevden alınanların ilgili işlemlere karşı açacakları davalarda verilen kararlara yönelik temyiz incelemesi Danıştay tarafından yapılmaktaydı. Ancak üç dereceli yargılama sisteminin yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan ilgili uyuşmazlıklarda belediye başkan yardımcılığı, İYUK'un m. 46/1-f hükmü kapsamında sayılanlar arasında (daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinden) görülmeyip, Danıştay içtihatlarıyla⁶⁴ temyiz incelemesinin dışında tutulmaktadır. Örneğin⁶⁵ ***“Dosyanın incelenmesinden; davanın konusunu, ... İlçesinde belediye başkan yardımcısı olarak görev yapan davacının, bu görevden alınarak uzman kadrosuna atanmasına ilişkin ... işlemin oluşturduğu; davanın reddi yolunda***

⁶² Mülga DPB'nin 16.03.2010 tarih ve 4504 sayılı görüşü.

⁶³ 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun (RG, T. 28.06.2014, S. 29044) ile yeni sistem yürürlüğe girmiştir.

⁶⁴ Örneğin ***“Belediye Başkan Yardımcısı olarak görev yapan davacının, Gençlik ve Spor Hizmetleri Müdürlüğü kadrosuna atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada verilen kararın, 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde sayılan temyiz edilebilecek kararlar arasında yer almadığı ve istinaf incelemesinden geçmek suretiyle kesinleştiği açıktır. Bu durumda, istinaf incelemesi üzerine kesinleşen karar aleyhine yapılan temyiz başvurusunun incelenmesine yasal olanak bulunmamaktadır”***. Karar için bkz. Danıştay 2. Daire, E. 2021/16602, K. 2021/1899, T. 02.06.2021; Aynı yönde ***“Samsun ili, İlçe Belediye Başkan Yardımcısı olarak görev yapan davacının, mühendis olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada verilen kararın, 2577 sayılı Kanununun 46. maddesinde sayılan temyiz edilebilecek kararlar arasında yer almadığı ve istinaf incelemesinden geçmek suretiyle kesinleştiği açıktır”***. Karar için bkz. Danıştay 2. Daire, E. 2021/17457, K. 2021/2811, T. 21.09.2021.

⁶⁵ Danıştay 2. Daire, E. 2020/2420, K. 2021/108, T. 18.012021.

*verilen karara ilişkin istinaf isteminin reddi üzerine davacı tarafından temyiz yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır. Ancak, temyiz istemine esas teşkil eden ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesi kararının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesi, (f) bendinde yer alan **daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri kapsamında olmadığı** ve temyiz yolu açık olmayan 'kesin' kararlardan olduğu anlaşıldığından, temyiz isteminin incelenmesine yasal olanak bulunmamaktadır".*

Danıştay, daha önceki kararlarında başkan yardımcılığı mevkisinin üst düzey kadro olduğunu ifade etmesine rağmen, son dönemdeki kararlarında, başkan yardımcılarının daire başkanı altında bir mevkide yer aldığını kabul etmektedir. Oysaki DMK'da (m. 43/B) memurların ek göstergelerinin düzenlendiği cetvelde hem daire başkanı hem de belediye başkan yardımcısı aynı yerde gösterilmekte ve her ikisinin de ek göstergesi 3600 olarak belirtilmektedir. Dolayısıyla hem daire başkanı hem de belediye başkan yardımcısı 1. derece kadroda yer almaktadır. Dahası, daire başkanlarının büyükşehir belediyesinin genel yönetiminde büyükşehir belediye başkanına yardımcı olmak görevi bulunmamakta ve sadece ilgili olduğu birime yönelik yöneticilik görevi bulunmaktadır. Belediye başkan yardımcısı ise yukarıda da ifade edildiği üzere hem kendisiyle ilişkilendirilen ilgili birimlerin yönetim görevini yürütmekte hem de belediye yönetiminde başkana yardımcı olmak suretiyle doğrudan belediyenin yönetimine katılmaktadır⁶⁶.

Sonuç olarak belediye başkan yardımcısının mevkisi yönünden daire başkanı üstü kamu görevlilerinden olmadığı varsayılabile de; Danıştayın bu konudaki yaklaşımının aksine, daire başkanının altında yer aldığını varsaymak dahi mümkün değildir. Bu nedenle belediye içindeki konumları dikkate alınmasa dahi, DMK hükmü uyarınca (m. 43/B) belediye başkan yardımcılarını en azından daire başkanlarına denktirler.

⁶⁶ Danıştay da bu hususu önceden verdiği birçok kararında tekrar etmektedir. Örneğin: "... belediyelerin yönetimi konusunda belediye başkanlarına verilen görev, yetki ve sorumluluklar göz önüne alındığında kendilerine çok yakın, gerektiğinde onun yetkilerini devralan ve onun adına hareket eden belediye başkan yardımcılarını..." karar için bkz. Danıştay 2. Daire, E. 2021/16722, K. 2021/4294, T. 17.11.2021; aynı yönde bkz. Danıştay 2. Daire, E. 2020/2379, K. 2021/2373, T. 30.06.2021; Danıştay 2. Daire, E. 2020/1681, K. 2020/3717, T. 30.12.2020; Danıştay 2. Daire, E. 2020/2519, K. 2021/591, T. 15.03.2021; Danıştay 2. Daire, E. 2021/15048, K. 2021/2300, T. 24.06.2021.

SONUÇ

Belediyelerin yerel ihtiyaçlarının ve bu ihtiyaçların karşılanma biçiminin değişkenlik göstermesine bağlı olarak hizmet örgütünde de farklılaşmanın olması normal karşılanmaktadır⁶⁷. Ancak buna uygun mevzuat düzenlemelerinin eksik bırakılması ilgili personel yönünden hukuki belirsizliklere neden olmaktadır⁶⁸. Mülga Kanun döneminden itibaren belediye başkan yardımcılığı, hem memur statüsünde birinin atandığı hem de meclis üyeleri arasından bir üyenin görevlendirildiği, ayrıca her iki belediye kanununda da yeterli düzenlemelerin bulunmadığı, bu nedenle de personel rejimi bakımından birçok sorunun ortaya çıktığı bir görevdir.

Her iki belediye başkan yardımcısı açısından tespit edilen farklılıklar şunlardır:

1. Başkan yardımcısı atamalarında; ilgilinin yüksekokul mezunu olması ve memuriyette en az 10 yıllık hizmeti bulunması gerekir. Meclis üyelerinin başkan yardımcılığı görevlendirmelerinde onların meclis üyeliğine seçilme yeterliliğine sahip olması yeterlidir. Dolayısıyla ilgilinin 18 yaşını doldurmuş olması gerekir. Bu nedenle başkan yardımcılığına atanma ve meclis üyesinin görevlendirilmesinde aranacak şartlar hususunda, taşımaları gereken nitelikler bakımından ciddi farklılıklar söz konusudur.

2. Görevde Yükselme Yönetmeliği hükümleri uyarınca başkan yardımcılığına atanan bir memur, bu görevi 6 ay yürüttükten sonra başka görevlere sınavsız naklen atanabilmektedir. Bu nedenle uygulamada bu görev bir geçiş kademesi olarak görülmektedir⁶⁹. Göreve atandıktan sonra 6 ay gibi kısa bir süre sonunda başkan yardımcılarının başka görevlere nakledilebilmelerine ilişkin hüküm, atamalarda başkanın takdir yetkisini görevin gerektirdiği niteliklerin dışında kullanmasına imkân tanımaktadır. Diğer taraftan meclis üyesi başkan yardımcıları yönünden konu değerlendirildiğinde, burada

⁶⁷ , Onur Karahanoğulları, “Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 47(1), 1998, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42684/514742>>, Erişim Tarihi 26 Temmuz 2024, s. 280.

⁶⁸ Karahanoğulları, s. 317-318.

⁶⁹ Şat, s. 601, 621. “Mevzuattan edinilen bilgiler ve katılımcı yorumları ışığında başkan yardımcılığı kadrosunun kolayca el değiştirebildiği görülmektedir. Bu da kadroda bulunanları çeşitli zorluklarla karşı karşıya getirmektedir. Kadronun, başkan yardımcılığına bazı memurların şeflik ve müdürlük için gerekli sınav şartını sağlamadan da atanabilmeleri için kullanılmasının sıkça Belediyelerdeki etik dışı uygulamalara örnek oluşturduğunun altı çizilmelidir”. Şat, s. 620.

da hizmetin gerektirdiği niteliklerin dışında görevlendirme yapılmasını engelleyecek açık bir hükmün bulunmadığını söyleyebiliriz. Çünkü meclis üyeleri arasından yapılacak başkan yardımcısı görevlendirmelerinde aranan, başkanın bu hususu *zorunlu görmesi gerektiği* yönündeki kurala rağmen (BK m. 49/7), hem başkanın hem de meclis üyesinin siyasi⁷⁰ yönü göz önüne alındığında görevlendirmelerde başkanın takdir yetkisini kullanmasında siyasi saiklerin⁷¹ rol oynaması pekâlâ mümkündür. Sonuç olarak, Anayasa'nın ilgili hükmünün (m. 70/2⁷²) tatbik edilebilmesi hususunda, başta göreve gelmelerinde aranacak niteliklerin her iki başkan yönünden aynı derecede bulunması gerektiği, Kanun'da açıkça düzenlenmelidir. 6 ay gibi kısa bir süre sonra başka görevlere nakledilebilmeleri hususu da kaldırılmalıdır. Meclis üyelerinin görevlendirilmesinde aranan başkanın bu hususu zorunlu görmesi hususuna dair sebeplerin de görevlendirme işleminde açıkça belirtilmesi ve bu yöndeki görevlendirmelerin de meclisin onayı aranması gerektiği, hükme eklenmelidir.

3. Aynı görevi yürüten her iki başkanın da hukuki statüsü farklıdır. Norm kadroya atanan başkan yardımcısı memur statüsündedir. Bunlar kadroya atanmakta, kadro karşılığı maaş almakta, asli görevleri başkan yardımcılığı olduğundan bu görevleri dışında bir görevleri bulunmamakta, görev süreleri herhangi bir süreyle de kayıtlanmadığından başkan yardımcılığını sürekli bir görev olarak yürütmektedirler. Belediye başkan yardımcılığına görevlendirilen meclis üyesinin ise bu görevlendirme nedeniyle meclis üyeliğinin sona ereceğine ilişkin bir hüküm olmadığından meclis üyeliği de devam etmektedir. Meclis üyeliğinin herhangi bir nedenle sona ermesi hâlinde ise başkan yardımcılığı görevi de sona ermektedir. Bu nedenle bunların asli görevi meclis üyeliğidir. Bundan başka, görev süresi meclisin görev süresiyle sınırlandırıldığından, başkan yardımcılığı görevini geçici

⁷⁰ Meclis üyeleri arasından görevlendirilen başkan yardımcılarının siyasi bir danışman imajına sebep olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Celal Güvenç, "Belediyelerde Başkan Vekilliği, Meclis Başkan Vekilliği ve Başkan Yardımcılığı", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 2(4), 1993, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/atauniitbd/issue/3_8242/332807>, Erişim Tarihi 22 Ağustos 2024, s. 68, 69.

⁷¹ Belediye meclisi üyeleri arasından yapılacak görevlendirmeler hususunda Acar "... *sırf politik amaçlarla belediye başkan yardımcısı çalıştırma yoluna gidebileceklerdir. Çünkü, kanunun ilgili hükmünde bunu engelleyen ne bir özellik ve şart, ne de sayı yönünden bir sınırlama bulunmamaktadır*" demektedir. Bkz. Acar, s. 44. Güvenç'e göre iki farklı statüdeki başkan yardımcılığı nedeniyle, biri idari diğeri de siyasi yönden belediye başkanına danışman pozisyonunda görüldüklerini ifade etmektedir. Bkz. Güvenç, s. 68.

⁷² Anayasa m. 70/2: "*hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*".

olarak yürütmektedirler. Dolayısıyla bunların hukuki statüsü de meclis üyeliği yönüyle değerlendirilmelidir. Meclis üyelerinin hukuki statüsü ise ne memur ne de diğer kamu görevlisidir.

4. Hiyerarşi ve üst düzey kamu görevlileri yönünden ulaşılan sonuçlara göre, ilk olarak hiyerarşi yönünden başkan yardımcılarının, belediye başkanından hemen sonra geldiklerini belirtelim. İkinci olarak, onların üst düzey kamu görevlileri arasında olduklarını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla naklen atanmaları işlemine karşı açılacak davalar da İYUK'un m. 46/1-f hükmü uyarınca temyiz incelemesi kapsamında yer almalıdır. Danıştayın son dönem içtihatlarında bu hususu kabul etmeyerek bu yöndeki uyuşmazlıkların istinaf incelemesinde kesinleşeceği yönündeki içtihadından da bu nedenle dönmesi gerekmektedir.

İki farklı statüde başkan yardımcısı uygulamasının neden olduğu problemlerin⁷³ birçoğuna çalışmanın kapsamını çok genişleteceği için değinme fırsatı olmamıştır. Ancak çalışmada işaret edilenlerin bile bu uygulamanın ne derece problemlili olduğunu ortaya koyması açısından yeterli olduğunu düşünmekteyiz.

Mülga Kanun'daki ilgili hükmün Fransa'dan ilham alındığına yukarıda işaret etmiştik⁷⁴. O nedenle Fransa'daki hâlihazır uygulama incelendiğinde; Fransa Belediye Kanunu'na⁷⁵ göre her belediyenin bir belediye başkanı ve belediye meclisi üyeleri arasından seçilen bir veya daha fazla belediye başkan yardımcısı vardır (L2122-1). Belediye Meclisi, Kanun'da işaret edilen sınırlar çerçevesinde belediye başkan yardımcılarının sayısını belirler (L. 2122-2 ve L2122-2-1). Belediye meclisi, belediye başkanını ve başkan yardımcılarını kendi üyeleri arasından gizli oyla seçer (L2122-4). Belediye başkan yardımcılarının görev süreleri başkanın görev süresiyle sınırlandırılmıştır. Herhangi bir nedenle başkanın görevinin sona ermesi hâlinde yardımcılarının da görevi sona ermektedir (L2122-10). Görüldüğü üzere, Fransa'da sadece meclis üyeleri başkan yardımcısı olabilmektedir. Başkan yardımcılarını

⁷³ Örneğin Yarkın'ın da belirttiği gibi “*Meclis üyeleri içinden getirilecek başkan yardımcısının, alacağı maaş ve ücret itibarıyla belediye başkanının statüsüne tabi olması, muayyen kadro dereceli bir göreve atanacakların taşıyacakları niteliklere sahip olma zorunluluğu bulunmaması da aynı belediyedeki başkan yardımcılarını arasında farklı durumlar meydana getirebilmektedir*”. Bkz. Yarkın, s. 252.

⁷⁴ Aytaç, s. 29-30.

⁷⁵ İlgili Kanun için bkz. <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000559120&categorieLien=id>>, Erişim Tarihi 22 Temmuz 2024.

meclis tarafından seçilmektedirler. Başkanla birlikte göreve başlayan başkan yardımcılarının görev süreside başkanın görev süresiyle sınırlandırılmıştır⁷⁶. Dolayısıyla tek bir statüde ve meclis üyeleri arasından seçilmek suretiyle göreve gelinen başkan yardımcılığı söz konusudur.

Sonuç olarak bizde de iki farklı statüde yer alan başkan yardımcılığı uygulamasına son verilmelidir⁷⁷. Başkan yardımcılarının görev ve yetkileri ile görevlerinin sona ermesi hususu da açıkça düzenlenmelidir. Hukuki statüleri yönünden de hem belediye içindeki hiyerarşileri belirtilmeli hem de üst düzey kamu yöneticisi oldukları açıkça ifade edilmelidir. Böylece mevcut problemlerin birçoğu çözümlenecektir.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hayrettin Yıldız, *Fransız Yerel Yönetim Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 2013.

⁷⁷ Bu uygulamanın kalkması gerektiği Mülga Kanun'un yürürlükte olduğu dönem dahi ifade edilmekteydi. Örneğin, “*Belediye meclisi üyelerinin belediye başkan yardımcısı olarak görevlendirilmesine imkan veren hükmü kaldırılmalı, bunun yerine kadrolu ve nitelikli personel istihdamına imkan verecek bir düzenlemenin kısa süre içerisinde yapılması yoluna gidilmelidir*”. Acar, s. 45.

KAYNAKÇA

- AcarA, “Belediye Başkan Yardımcılığı”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 4(3), 1995, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/atauniiibd/issue/38242/332807>>, Erişim Tarihi 20 Mart 2014, s. 37-45.
- Arıkboğa E, *Türkiye’de Yerel Yönetimlerin Temel Çerçevesi (Rapor)*, Yurttaşlık Derneği, 2020, <https://yereldemokrasi.net/attachments/article/202/Yerel_Yonetim_Rapor>, Erişim Tarihi 20 Eylül 2024.
- Aytaç F, “Birbiriyle Karıştırılmaması Gereken Belediye Başkan Yardımcılığı ile Belediye Başkan Vekilliği Hakkında”, *Belediye Dünyası*, 2(7), 2001, s. 29-33.
- Çiçek H, *Güçlü ve Etkin Başkan Yönetiminde Belediye ve Organları*, T.C. İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Uluslararası ve Mukayeseli Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2022 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tez_SorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi 20 Ekim 2024.
- Gözler K, “Türk Belediye Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 3 Nisan 1930 Tarihli Belediye Kanunu Fransa’dan mı İktibas Edilmiştir?”, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, 28(1-2), 2019, <<https://cyy.hacibayram.edu.tr/hbv/1-228715790>>, Erişim Tarihi 18 Ağustos 2024, s. 1-24.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Kitabevi, 2019.
- Gözler K, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, 2023.
- Güvenç C, “Belediyelerde Başkan Vekilliği, Meclis Başkan Vekilliği ve Başkan Yardımcılığı”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 2(4), 1993, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/atauniiibd/issue/38242/332807>>, Erişim Tarihi 22 Ağustos 2024, s. 49-69.
- Karahanoğulları O, “Belediye Personelinin Hukuki Yapısına İlişkin Gözlemler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 47(1), 1998, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42684/514742>>, Erişim Tarihi 26 Temmuz 2024, s. 279-318.
- Meccek M / Atmaca Y, “Yerel Yönetimlerin İdari Yapısına İlişkin Mevzuat Analizi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(76), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/esosder/issue/56179/735143>>, Erişim Tarihi 26 Temmuz 2024, s. 2068-2087.

- Şat N, “Türkiye’de Belediye Başkan Yardımcılığı”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 32(3), 2018, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/atauniiibd/issue/38_242/332807>, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2024, s. 601-626.
- Tamer M, “Belediye Başkan Yardımcılığı ve Özel Kalem Müdürlüğüne Atanma Şartları”, *Belediye Dünyası*, 16(9), 2015, s. 20-36.
- Yarkin Ş, “Belediye Başkan Yardımcısının Belediye Meclisi Üyeleri Arasından Tayini Konusu Üzerinde Bir İnceleme”, *İller ve Belediyeler Dergisi*, (344), 1974, s. 248-253.
- Yıldız H, *Fransız Yerel Yönetim Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 2013.
- Yılmaz OK, “Belediye Üst Kademe Yöneticilerinin Liderlik ve Mesleki Bilgi Kapasitelerinin Geliştirilmesine Yönelik Bir Eğitim Programı Önerisi”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/oguiibf/issue/51635/499715>>, Erişim Tarihi 20 Ekim 2024, 14(3), 2019, s. 729-752.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

KISIRLAŞTIRMA SUÇU VE HADIMLAŞTIRMA

STERILIZATION CRIME AND CASTRATION

Ramazan ARITÜRK*  

ÖZET

Her birey, üreme hakkı kapsamında çocuk sahibi olma hakkını haiz olduğu kadar, çocuk sahibi olmama hakkına da sahiptir. Üreme hakkını engelleyici bir işlem olan kısırlaştırma, çocuk sahibi olmak istemeyen kişilerin en sık başvurduğu tıbbi yöntemlerden biridir. Üreme yeteneğinin ortadan kalkması niteliğini haiz bu işleme ilgilinin rıza göstermesi mecburidir. Zira kişi, kendi geleceğini belirleme hakkına sahiptir. İlgilinin rızasının bulunmaması halinde kısırlaştırma işlemi, suç teşkil edebilecektir. Cerrahi bir operasyon olup, geri dönüşü mümkün olmayan sonuçlara gebe olan kısırlaştırma fiilinin, rızaen olsa bile, yetkili olmayan kişilerce gerçekleştirilmesi de suça sebebiyet verecektir. Kısırlaştırma fiili, kasten yaralama suçu ile sıkı bir bağlantı içerisindedir. Bu sebeple pek çok ülke hukukunda kısırlaştırma, ayrı bir suç olarak düzenlenmemiş ve kasten yaralama suçunun kapsamında değerlendirilmiştir. Türk Ceza Hukukunda kısırlaştırma, Türk Ceza Kanunu'nun 101. maddesinde müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada, ulusal ve uluslararası hukukta kısırlaştırma suçuna yönelik düzenlemelere yer verilecek olup, kısırlaştırma ve hadımlaştırma fiillerinin farklılıklarına ve ortak yönlerine değinilecek ve nihayet kısırlaştırma suçunun unsurları incelenerek doktrindeki tartışmalar hakkında bilgi verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kısırlaştırma, Sterilizasyon, Kastrasyon, Rıza, Üreme hakkı

* **Dr. Öğr. Üyesi,** İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı/ İSTANBUL, **E-Posta:** ramazanariturk@gmail.com, **ORCID:** 0000-0003-0898-2128, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1603014.

- **Atıf Şekli / Cite As:** Arıtürk R, “Kısırlaştırma Suçu ve Hadımlaştırma”, *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.281-306.
- **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.*



ABSTRACT

Every individual has the right to choose not to have children, just as they have the right to procreate, under the framework of reproductive rights. Sterilization, a medical procedure that halts reproductive capability, is one of the most commonly utilized methods by individuals who opt not to have children. Given that this procedure permanently removes the ability to reproduce, obtaining the patient's informed consent is a fundamental requirement. The right to shape one's own future is paramount, and in the absence of such consent, performing sterilization could be considered a criminal act. This act is often linked to the crime of intentional injury. Consequently, in the legal systems of many countries, sterilization is not treated as a distinct offense but rather as a subset of intentional injury. In Turkish Criminal Law, however, sterilization is specifically defined as an independent offense under Article 101, serving to safeguard individuals' reproductive rights. This study will examine how sterilization is regulated in both national and international legal contexts, highlighting its distinctions from and similarities to castration. Additionally, the elements that constitute the crime of sterilization will be analyzed, and doctrinal debates surrounding the subject will be explored.

Keywords: *Sterilization, Sterilization, Castration, Consent, Reproductive rights*

EXTENDED ABSTRACT

The Right to Reproduction encompasses not only the right to have children but also the right not to have children. Sterilization, which is an operation that prevents reproductive activity, is one of the most commonly used medical methods by individuals who do not wish to have children. Sterilization eliminates the ability to reproduce. There is no issue when the individual consents to this procedure, as anyone with the cognitive ability to understand the meaning and consequences of such a procedure can consent to an operation involving their body. Indeed, every individual has the right to determine their own future.

Criminal law does not concern itself with an individual voluntarily terminating their own reproductive ability. However, if this procedure is carried out by someone else without the individual's consent, criminal liability will come into play.

Castration, in contrast to sterilization, has more severe physical and psychological consequences. In our legal system, there is no specific regulation concerning this act, which has led to differing opinions on under which crime it should be punished. While this issue is addressed in the study, the focus is on the crime of sterilization due to its normative foundation.

Sterilization, being a surgical operation with irreversible consequences, constitutes a crime if performed by unauthorized individuals, even with the individual's consent. The act of sterilization is closely related to the crime of intentional injury. For this reason, in the legal systems of many countries, sterilization has not been defined

as a separate crime and is instead evaluated within the scope of intentional injury. However, in Turkish Criminal Law, sterilization is regulated as an independent crime under Article 101 of the Turkish Penal Code (TPC).

The crime regulated under Article 101 of the TPC requires an examination primarily from the perspective of the perpetrator. According to the first sentence of the first paragraph of this article, the perpetrator of the crime of sterilization carried out without consent is defined as an authorized person, i.e., a physician. The performance of sterilization without consent entails a heavier penalty. The second paragraph states that sterilization performed by an unauthorized person constitutes a crime even if the victim consents. In this context, if sterilization is performed with the victim's consent, the perpetrator cannot be a physician; such a procedure, provided it complies with all requirements of medical law, is lawful. However, sterilization carried out by an unauthorized individual is unlawful and constitutes a crime in all cases.

The victim of the crime can only be an adult. Consent provided by the victim's legal representative is invalid. Such a scenario amounts to an absence of consent. However, in cases of medical necessity, consent may be given under the conditions prescribed by the relevant legislation. These scenarios must be analyzed in terms of reducing risk within the framework of objective attribution under the theory of crime.

Consent is included in the definition of the act for this crime; it is not a justification for unlawfulness. Therefore, an error regarding the victim's consent should be evaluated as a mistake of fact (TPC Article 30/1). Since TPC Article 30/1 preserves liability for negligence, the perpetrator may be held liable for negligent injury under certain conditions.

Sterilization, especially when performed without consent, is essentially a specific form of the crime of injury. In this regard, Article 101 of the TPC serves as a special provision compared to intentional injury. If the perpetrator acts with the intent to sterilize the victim, Article 101 of the TPC applies. However, if the perpetrator injures the victim and the victim loses reproductive ability due to negligence, then the provisions on aggravated consequences, specifically TPC Article 87/2-c, will apply.

The crime can only be committed intentionally. It can also be committed with probable intent.

For the crime to be considered complete, the potential for the victim to regain reproductive ability is irrelevant. The burden placed on the victim to remedy the situation does not affect the completion of the crime.

The crime is one of free movement and constitutes a result and damage crime, making it susceptible to attempt.

The crime of sterilization does not exhibit unique characteristics in terms of complicity. When Articles 101/1-2 and 101/2 of the TPC are considered together, it is possible for

the act to be committed by a non-physician. In such cases, both physicians and non-physicians can establish functional dominion over the act within the framework of a shared plan and division of labor.

Regarding concurrence, while chain crimes seem unlikely due to the nature of the crime, if the initial act is incomplete and the same act is subsequently committed against the victim, the situation of chain crime should be applied. Similarly, if sterilization is carried out against multiple individuals in a single act, the principle of unity of act requires imposing a single penalty. There exists a special provision-general provision relationship between the crime of intentional injury and the crime of sterilization.

GİRİŞ

Bireyin, “soyunu sürdürebilme özgürlüğü” veya “döllenme özgürlüğü” hem çocuk sahibi olmayı hem de olmamayı eşit derecede kapsadığını ifade eder.¹ Bu hakkın, bireylerin çocuk sahibi olmama tercihini de içermesi nedeniyle, üreme faaliyetini engellemeye yönelik bazı işlemlerin hukuk düzeni tarafından tanınması gerektiği sonucuna ulaşılır. Bu bağlamda, kısırlaştırma üreme faaliyetini durdurmaya yönelik bir işlem olarak ele alınmıştır. Ancak 1983 yılına kadar Türk hukukunda bireylerin kısırlaştırılmasına izin verilmemiş, hatta kısırlaştırma işlemine rıza göstermek bile suç sayılmıştır. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un kabul edilmesiyle birlikte bu politika değişmiş ve günümüzdeki norma benzer bir düzenleme hukuk sistemine dahil edilmiştir.²

Kısırlaştırma işleminde kişi, üreme yeteneğini sürekli olarak kaybetmektedir³. Bu bakımdan kısırlaştırma fiili, kişinin sağlığına yönelik ağır bir müdahale oluşturmakta, başka organlara da zarar verme ihtimalini bünyesinde barındırmakta, dolayısıyla kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir tıbbi müdahale özelliği göstermektedir. Bu açılardan kısırlaştırma fiilinin kasten yaralama suçu ile olan bağlantısı dikkat çekmektedir. Nitekim kısırlaştırma işlemi, bizim hukuk sistemimizde bağımsız bir suç olarak düzenlenmesine karşın, farklı hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında, çoğu ülkede kısırlaştırma işlemine ayrı bir suç tipi olarak yer verilmediği ve bu fiilin

¹ Rahime Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 73 (1), 2015, s. 92.

² Erbaş, s. 93.

³ Hüseyin Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 4(1), 2018, s. 60; Erbaş, s. 92.

kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Örneğin; Alman Hukukunda kısırlaştırma fiili kasten yaralama suçu kapsamında görülmektedir⁴.

Bu çalışma kapsamında; kısırlaştırma fiilini düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve 18255 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük⁵ bağlamında kısırlaştırma suçu detaylı şekilde incelenmiştir. Ayrıca, fiilin hadımlaştırma (kastrasyon) işlemi ile olan bağlantısına değinilmiş, hadımlaştırmanın türleri ve bu konuya dair mevzuatımızdaki düzenlemelere yer verilmiştir.

I. KISIRLAŞTIRMA KAVRAMI

Kısırlaştırma, günümüzde en yaygın kullanılan doğum kontrol yöntemlerinden birisini oluşturmaktadır⁶. Kısırlaştırma işlemi, cerrahi ve kimyasal sterilizasyon olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilmektedir.

A. Cerrahi Kısırlaştırma

Erkeklerde cerrahi kısırlaştırma vazektomi, kadınlarda tüp ligasyonu denilen cerrahi işlemlerle gerçekleştirilmektedir. Başarı oranı %99,9 olan vazektomi işlemi, kadında tüplerin bağlanmasına göre daha güvenilir ve daha kolay bir yöntemdir⁷.

B. Kimyasal Kısırlaştırma

Kimyasal kısırlaştırma, vücuda belirli kimyasal maddelerin verilmesi yoluyla bireyin üreme yeteneğini kalıcı olarak sonlandırmayı amaçlayan bir tıbbi prosedürdür.⁸

II. HADIMLAŞTIRMA KAVRAMI

Hadımlaştırma işlemi⁹, kişinin üreme yeteneğinin ve cinsel ihtiyaçlarının tatmininin tamamen sona erdirildiği bir tıbbi müdahaledir. Bu durumda hadımlaştırma işlemi sonucunda kişinin cinsiyetine yönelik belirtilerinin

⁴ Erbaş, s. 93.

⁵ Karar Sayısı: 83/7395, RG. 18.12.1983, Sayı: 18255.

⁶ Ertuğrul, s. 60.

⁷ Bkz. <https://fertijin.com.tr/tedaviler/sterilizasyon-kisirlastirma> (Erişim tarihi: 16.02.2021).

⁸ Ertuğrul, s. 61.

⁹ Tıp biliminde *kastrasyon* işlemi olarak anılmaktadır.

ortadan kalkması söz konusu olmaktadır. Hadım etme işleminde erkeklerde testisler, kadınlarda yumurtalıklar ameliyatla alınarak veya kimyasal madde ya da ışınla tahrip edilerek testosteron ve östrojen hormonlarının salgısı durdurulur¹⁰. Hadımlaştırma, üreme yeteneğinin sona erdirilmesi bakımından kısırlaştırma işlemi de kapsamaktadır¹¹ ancak yukarıda da belirtildiği üzere cinsel ihtiyaçların tatminine engel olması yönüyle kısırlaştırma işleminden ayrılmaktadır.

A. Kastrasyonun Çeşitleri

Hadımlaştırma işlemi kendi içinde “cerrahi hadımlaştırma” ve “kimyasal hadımlaştırma” olarak ikiye ayrılmaktadır.

1. Cerrahi Kastrasyon

Cerrahi hadımlaştırma, orişektomi olarak anılmakta olup genelde ilerlemiş prostat kanserinin daha da büyümesine engel olmak amacıyla kullanılmakta olup testislerin veya yumurtalıkların ameliyat ile alınmasına yönelik bir operasyonu içermektedir¹². Cerrahi kastrasyonun cinsel suç faillerinin cinsel suç işlemelerini önlemek amacıyla uygulanarak kişinin yeniden bu tarz bir suç işlemeyeceğinin garanti altına alınabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır¹³. Cerrahi kastrasyon yöntemi, cinsel suç faillerine karşı bir tedavi ve ceza yöntemi olarak Norveç, İsviçre, Hollanda, Almanya, Danimarka, İsveç, Finlandiya, Estonya, İzlanda, Litvanya ve Çek Cumhuriyeti’nde uygulanmıştır¹⁴. Günümüzde cerrahi kastrasyonun cinsel istismar, tecavüz, pedofili gibi suçlarda önleyici ve caydırıcı bir ceza olarak uygulanması ülkemizde de sık sık gündeme gelmektedir. Ancak genel olarak cerrahi hadım uygulamasının insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir uygulama olduğundan bahisle Anayasal haklar bağlamında söz konusu

¹⁰ Hüseyin Ertuğrul, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları” Yayınlanmamış Doktora Tezi, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2016, s. 21.

¹¹ Füsün Ceren Küçük, “Kısırlaştırma ve Hadımlaştırma”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 91 (3), 2017, s. 159.

¹² Küçük, s. 160.

¹³ Sertaç Işıka, “Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2012, s. 99. Yazar, bu halde cezanın ıslah edici fonksiyonundan ziyade önleme niteliğinin ön planda tutulduğunu belirtmektedir.

¹⁴ Karen Harrison, ‘The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is Chemical Castration an Option?’, 46 (1), 2007, s. 18.

olamayacağı¹⁵ ayrıca kişinin vücut bütünlüğüne yönelik ağır bir müdahale teşkil etmesi sebebiyle insan onuru ve hümanizm ilkeleriyle bağdaşmayacağı ve cezalandırmadan beklenen yararın sağlanamayacağı savunulmaktadır¹⁶.

2. Kimyasal Kastrasyon

Kimyasal hadımlaştırma ise medikal kastrasyon olarak da anılmakta olup herhangi bir ameliyat gerektirmemekte ve kullanılan ilaçlarla hormon üretiminin durdurulması anlamına gelmektedir¹⁷. Kimyasal kastrasyon, Depo-Provera olarak bilinen bir ilaç kullanılarak uygulanmaktadır¹⁸. Bu ilaç, özellikle pedofili hastası olan suç faillerine uygulanmaktadır¹⁹. Kastrasyonun bu türü, etkilerinin geri dönüştürülebilir niteliği sahip olması sebebiyle cerrahi kastrayona göre daha fazla tercih edilen bir yöntem olup cinsel suçlular bakımından uzun hapis cezalarına bir alternatif olarak görülmektedir²⁰. Kimyasal kastrasyon uygulaması sona erdirildiğinde kişi uygulamadan önce sahip olduğu cinselliğe ilişkin fizyolojik işlevlerini geri kazanabilmektedir²¹. Günümüzde cinsel suç faillerine uygulanmakta olan hapis cezaları, sadece kişinin hapiste bulunduğu sürece suç işlemesinin önüne geçebilmektedir. Ancak cezalandırma ile kişinin geçici süreliğine suç işlememesi amaçlanmamaktadır. Nitekim ceza hukuku alanında önemli bir isim olan Beccaria da kendi döneminde savunulan suçlulara en ağır cezaların verilmesi gerektiği, böylece diğer kişilerin korkarak suç işlemekten imtina edecekleri fikrine²² karşılık cezanın amacının

¹⁵ Zeynep Burcu Akbaba, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II”, *TBBT*, 82, 2009, s. 16; Tefik Sönmez Küçük, “Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (4), 2015, s. 315. Burada anılan azarlar, bu tarz bir cezalandırmanın yaşam hakkı, özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi haklara aykırı olduğunu savunmaktadır.

¹⁶ Ubeydullah Turan, *Ceza Hukukunda Hümanizm İlkesi Açısından Kastrasyon Yaptırımı*, Adalet Yayıncılık, 2019, s. 162.

¹⁷ Işıka, s. 100.

¹⁸ Işıka, s. 104; Baran Kızıllırmak, “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25 (2), 2019, s. 1028.

¹⁹ Işıka, s. 104.

²⁰ Courtney Flack, “Chemical Castration: An Effective Treatment for the Sexually Motivated Pedophile or an Impotent Alternative to Traditional Incarceration?”, *Journal of Law in Society*, 7 (1), 2005-2006, s. 174-175. Yazar, kimyasal kastrasyonun kullanımının pedofillerle sınırlanması gerektiği görüşündedir.

²¹ Zeycan Güzelsoy, “Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü*, 2014, s. 15; Kızıllırmak, s. 1032.

²² M. Emin Artuk/ M. Emin Aışahin, *Kriminoloji*, Adalet Yayıncılık, 2017, s. 3.

suçlunun tekrar suç işlememesini sağlamak olduğunu savunmuş ve cezanın ne bireye ızdırap vermesi gerektiğini ne de işlenen suçü yok saymak anlamına geldiğini belirtmiştir²³. Bu bakımdan kimyasal kastrasyonun cinsel suç faillerine uygulanması fikrine katılmakla birlikte cezanın ıslah edici niteliği de düşünölmeli ve cinsel suç failini yeniden topluma kazandırma amacı ile hareket edilerek bu kişilere psikolojik destek de sağlanmalıdır. Aksi takdirde cezalandırma ile güdülen saik bu şekilde de gerçekleştirilemeyecektir.

3. Türk Hukukunda Kastrasyon

Kastrasyon, İngiltere, İsviçre, Norveç, Almanya ve ABD'nin bazı eyaletlerin yasalarında düzenlenmiş ise de TCK'da özel olarak düzenlenmemiş olup 2827 sayılı Kanun'da da kastrasyon işlemi tanımlanmamıştır. Ancak Kanun'un 2. maddesinde bu Kanun'un öngördüğü haller dışında sterilizasyon veya kastrasyon işlemlerinin yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Yine 4. maddenin son fıkrasında "*Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir*" şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. 18255 sayılı Tüzük'te ise yine hadımlaştırmaya dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hadımlaştırmanın TCK'da bağımsız bir suç olarak düzenlenmemesi sebebiyle bu müdahalenin nasıl cezalandırılacağı konusunda doktrinde üç farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre, hadımlaştırma işlemi zorunlu bir kısırlaştırmayı da gerektirdiği için bu fiil, TCK m. 101 kapsamında cezalandırılmalıdır²⁴. İkinci görüş ise hadımlaştırmaya yönelik fiillerin uzuv kaybı olarak değerlendirilmesi ve TCK m. 87/2 bağlamında cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır²⁵. Doktrinindeki son ve aynı zamanda katıldığımız görüşe göre ise, burada kısırlaştırma ile kasten yaralamanın neticesi sebebiyle

²³ Artuk/ Alşahin, s. 3.

²⁴ Erbaş, s. 111.

²⁵ Keskin Kızıroğlu S, "*Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürtme ve Kısırlaştırma Suçları*", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *MÜHFD*, 19 (2), 2003, s. 186. Aksi görüş için bkz. Berk Alpaslan, "*Türk Ceza Kanunu'na Göre Kısırlaştırma (Sterilizasyon) Suçu*", *İstanbul Barosu Dergisi*, 86 (4), 2012, s. 189. Alpaslan'a göre, hadımlaştırma işlemi, kısırlaştırma işlemine göre çok daha ağır neticeler doğurması sebebiyle suç ve cezada orantılılık ilkesi gereği failin kısırlaştırma işlemine nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılması gerekmektedir. Yazar, TCK m. 101'e göre hüküm kurulmasının adalet duygusunun tatminin için yeterli olmadığı görüşünü savunmakta olup TCK'daki bu boşluğun doldurulması gerektiğini vurgulamıştır.

ağırlaşmış şekli fikri içtima halinde bulunmaktadır²⁶. Bu durumda TCK m. 44 gereğince kişinin yalnızca m. 87/2'den sorumlu tutulması gerekmektedir.

Hadımlaştırma konusunda açık bir normatif düzenlemenin olmayışı, fiilin kanuni tipteki karşılığının bulunması çabası içerisinde görüş ayrılıkları doğurmuştur. Doktrindeki görüş ayrılıklarının ortadan kalkması ve neticeleri itibarıyla oldukça ağır bir müdahaleyi içeren hadımlaştırma fiilinin TCK'da ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi zorunluluk arz etmektedir. Zira hadımlaştırmadan daha az haksızlık içeriğine sahip olan kısırlaştırma fiili, TCK'da müstakil olarak düzenlenmiştir. Hadımlaştırmanın kanunumuzda yer alması halinde arz ettiği ağır neticeler dolayısıyla Anayasa'mıza ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olmaması amacıyla daha detaylı şekilde hazırlık ve inceleme safhalarından geçerek özenli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda, Türk Ceza Kanunu'nda açık düzenlemenin varlığı karşısında kısırlaştırma suçunu yapısal unsurları itibarıyla incelemeye devam edeceğiz.

III. KISIRLAŞTIRMA SUÇU

A. Genel Açıklamalar

“Kısırlaştırma” terimi, yabancı kökenli “sterilizasyon” sözcüğü ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan (TCK) önce, 765 sayılı TCK ile 1965 ve 1983 tarihli Nüfus Kanunlarında yalnızca “sterilizasyon” ifadesine yer verilmiş, 5237 sayılı TCK'da ise bu yerine “kısırlaştırma” terimi tercih edilmiştir.²⁷

Türk Hukuku'nda kısırlaştırma işlemi, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un “sterilizasyon ve kastrasyon” başlıklı 4. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; kısırlaştırma, bir erkek ya da kadının cinsel ihtiyaçlarının tatminine engel olmaksızın çocuk yapma yeteneğinin ortadan kaldırılması amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahale olarak tanımlanmıştır.²⁸

²⁶ Durmuş Tezcan/ Mustafa R. Erdem/ R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 366; Caner Yenidünya/ Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 14, 2013, s. 175.

²⁷ Erbaş, s. 94.

²⁸ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (m. 4/1). Ayrıca bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku El Kitabı*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 740; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 362;

Her ne kadar kısırlaştırma, kişinin üreme yeteneğinin sona erdirilmesi bakımından hadımlaştırma ile benzerlik gösterse de hadımlaştırma, kişinin cinsel arzu ve isteklerini tamamen ortadan kaldırması bakımından kısırlaştırmadan ayrılmaktadır. Bu iki işlem arasındaki temel fark, birinin yalnızca üreme yeteneğine, diğerinin ise cinsel dürtülere yönelik sonuçlar doğurmasıdır. Kısırlaştırmada ise cinsel ihtiyaçların tatmini tamamen ortadan kaldırılamaz. Dolayısıyla hadımlaştırma işleminin daha ağır bir netice doğurduğu anlaşılmaktadır. 2827 sayılı Kanunun 2. maddesinde, nüfus planlamasının gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanacağını belirtilmiş ve kısırlaştırma işlemi, gebeliği önleyici tedbirlerden birisi olarak düzenlenmiştir. Kanun, adeta doğum kontrol amacı güderek bu tıbbi müdahale şekline izin vermiştir²⁹. Buna göre, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un öngördüğü haller dışında kısırlaştırma işlemi yapılamayacaktır. Zira erkek ya da kadının çocuk yapma kabiliyetinin ortadan kalkması gibi ağır bir sonuç doğuran kısırlaştırma işlemi ancak hukuk düzeninin belirlediği koşulların gerçekleşmesi halinde yapılabilecektir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da kısırlaştırma işleminin düzenlendiği 4. maddenin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, "*Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır*". 2827 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkartılan 18255 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te, kısırlaştırma ameliyatının erkek ve kadınlar bakımından belirtilen uzmanlık alanına sahip hekimler tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır.

2827 sayılı Kanun ve Tüzük ile belirtilen koşullara uyulmadan kısırlaştırma ameliyatının yapılması halinde TCK'nın 101. maddesinde düzenlenen "kısırlaştırma" suçu oluşacaktır. İlgili madde şu şekildedir: (1) *Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır.* (2) *Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.* Madde hükmü dikkate alındığında, kısırlaştırma suçunun, mağdurun rızasına aykırı ve rızasına uygun şekilde işlenebileceği görülmektedir. Maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde; bir kadın veya erkeğin rızası olmaksızın gerçekleştirilen

Mahmut Koca, "Kısırlaştırma Suçu (TCK M.101)", 2009, 73 (1-2), s. 45; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayıncılık, 2018, s. 305.

²⁹ Örneğin Hindistan'da kısırlaştırma ve aile planlaması birbirine eş kavramlar olarak kullanılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <http://www.demographicresearch.org/volumes/vol20/28/20-28.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.12.2020).

kısırlaştırma fiili suç olarak tanımlamaktadır. İkinci cümlede, aynı türden eylemin yetkisiz kişi tarafından icra edilmesi daha ağır bir ceza yaptırımına bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrası ise kişinin rızasının bulunmasına rağmen, bu işlemin yetkili olmayan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi durumunu suç kapsamına almaktadır. Burada, rıza olmasına karşın fiilin suç sayılmasının nedeni, failin ehil olmayan, yetkisiz kişi oluşudur.³⁰

Yaralama fiili neticesinde kişinin çocuk yapma yeteneğini kaybetmesi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak öngörülmüştür (TCK m. 87/2-c). Burada öngörülen suç, bir kast-taksir kombinasyonudur. Failin mağdura karşı kasten kısırlaştırma fiilini icra etmesi durumunda TCK'nın 101. maddesi uygulanacak; yaralama kastı ile davranılması ve fakat bu fiil neticesinde mağdurun çocuk yapma yeteneğini kaybetmesi, bu ağır netice bakımından failin taksirli davranması durumunda ise artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan bahsedilecektir³¹.

Aynı şekilde kısırlaştırma suçunda kast-kast kombinasyonu, failin suçun unsurlarına veya neticelerine yönelik iradesinin farklı kast türleriyle şekillendiği durumları ifade eder. Örneğin, fail belirli bir mağduru darp etmek amacıyla hareket eder ve doğrudan kastla mağdurun bedenine zarar verir. Ancak bu fiil sırasında mağdurun üreme yeteneğinin kalıcı olarak zarar görebileceğini öngörüp bu ihtimali kabullenmişse, kısırlaştırma neticesi açısından failin olası kastla hareket ettiği kabul edilir. Bu durumda, failin iradesi darp eylemine bilinçli bir şekilde yönelmişken, kısırlaştırma sonucu yalnızca öngörülüp kabullenilmiştir.³² Bununla birlikte literatürde bu suçun olası kastla işlenemeyeceğini savunan görüşler de bulunmaktadır³³.

B. Korunan Hukuki Değer

Anayasa'nın 17. maddesi, herkese yaşama hakkı ile birlikte maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını tanımaktadır. Bu maddeye göre, tıbbi zorunluluklar veya kanunda öngörülen durumlar dışında bireyin vücut bütünlüğüne dokunulması yasaktır.

Kısırlaştırma suçu, kasten yaralama suçunun özel bir işleniş biçimini oluşturmaktadır. Kısırlaştırma niteliğindeki fiiller, bireyin vücut

³⁰ Köksal Bayraktar vd., *Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 458.

³¹ Kıyaslayınız Erbaş, s. 107; Hakeri, s. 745; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 363.

³² Tezcan/ Erdem/ Önok, s.303.

³³ Koca, s. 53.

dokunulmazlığına yönelik saldırı anlamına gelir. Bu bağlamda, kısırlaştırma suçunda korunan hukuki değer, kişinin üreme yeteneğinin korunması çerçevesinde vücut dokunulmazlığı hakkıdır.³⁴ Bu durum, bireylerin vücut bütünlüğü üzerindeki temel haklarının güvence altına alınmasını hedefleyen anayasal ilkelerle de doğrudan bağlantılıdır.³⁵

C. Suçun Unsurları

1. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

a. Fail

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 101. maddesinde iki ayrı suç düzenlemiştir. Maddenin birinci fıkrasında bir kimsenin rızası olmaksızın kısırlaştırılması yaptırım altına alınırken, maddenin ikinci fıkrasında kişinin rızası üzerine ve fakat yetkisiz bir kişi tarafından kısırlaştırılması cezalandırılmaktadır. Maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde, kısırlaştırma suçunun cezayı artıran nitelikli hali düzenlenmiştir. Buna göre; kısırlaştırma fiilinin, bu işlemi yapmaya yetkili olmayan kişi tarafından icra edilmesi, temel suça nazaran daha ağır bir cezayı gerektirir.

TCK'nın 101. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesinde tanımlanan fiil, "özgü suç" niteliği taşımaktadır. Çünkü bu fiil, yalnızca belirli bir sıfat ya da yetkiye sahip kişiler tarafından işlenebilir. Bu durum, suçun özgü suç niteliğine sahip olduğunu açıkça göstermekte ve bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.³⁶

Kısırlaştırma işlemi yapmaya yetkili kişilerin belirlenmesi, suçun temel şekli ile nitelikli şeklinin birbirinden ayrılması açısından büyük önem

³⁴ Koca/ Üzülmöz, s. 306.

³⁵ Ayrıca üreme yeteneğinin ve dolayısıyla neslin devamının korunduğı görüşü için bkz. Koca/ Üzülmöz, s. 305; Erbaş, s. 107. Ayrıca kendi geleceğini belirleme hakkının korunduğı görüşü için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 362; Keskin Kızıroğlu, s. 187; Alpaslan, s. 188.

³⁶ Koca/ Üzülmöz'e göre, her ne kadar madde hükmünde bu yönde açık bir ayırım yapılmamış olsa da, suçun temel ve nitelikli şeklinin tespitinde failin niteliğinin esas alınması, bu suçun özgü suç niteliğı taşıdığını göstermektedir. Bu bağlamda, TCK m. 101/1'in birinci cümlesinde düzenlenen suç bakımından, yalnızca kısırlaştırma yetkisine sahip olan hekimler fail olabilmektedir. Buna karşılık, ikinci cümlede düzenlenen suçun nitelikli hali açısından, kısırlaştırma yetkisine sahip olmayan hekimlerin fail olabileceğı öngörülmüştür. Dolayısıyla, suçun hangi şeklinin oluşacağını belirlerken, failin yetki durumunun belirleyici olduğu anlaşılmaktadır. Bu yaklaşım, suçun temel şekli ve nitelikli hali arasında net bir ayırım yapılmasını sağlamaktadır (s. 307). Karş. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 363; Keskin Kızıroğlu, s. 187; Erbaş, s. 112; Ertuğrul, s. 64.

taşımaktadır. Bu konuda, ilgili Tüzük'ün 10. maddesi, kadınlar ve erkekler için kısırlaştırma işlemini gerçekleştirebilecek yetkili kişileri ayrı ayrı tanımlamıştır.

Tüzük'te belirtilen uzmanlık alanına sahip olmayan hekimler ile gerekli yeterlilik belgesine sahip olmayan pratisyen hekimler, kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili olmayan kişiler arasında yer almaktadır. Bu ayırım, yalnızca kısırlaştırma fiilinin kimler tarafından hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebileceğini değil, aynı zamanda suçun temel ve nitelikli halinin koşullarını da belirlemektedir.

Tüzük'te belirtilmiş olan uzmanlık alanına sahip olmayan hekimler ve yeterlilik belgesi bulunmayan pratisyen hekimler, kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkisi bulunmayan kişileri oluşturmaktadır. Türk Ceza Kanunu 101. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiş olan suçların failleri ancak bu hekimler olabilecektir. Dolayısıyla bu suçun failinin ancak hekim olan kişiler olabileceği anlaşılmaktadır. Mağdurun rızasının bulunması halinde 2. fıkrada düzenlenmiş suç, mağdurun rızasının bulunmaması halinde ise 1. fıkrada düzenlenmiş olan suçun nitelikli hali işlenmiş olacaktır.

Kısırlaştırma suçu dolaylık faillğe de uygun bir suç tipidir. Özellikle bir doktor veya sağlık çalışanını kasten yanıltarak ya da yanlış bilgi vererek hukuka aykırı şekilde bir kişiye kısırlaştırma işlemi yaptıran kişi kısırlaştırma suçu itibarıyla dolaylı fail olarak değerlendirilebilecektir.

b. Mağdur

Kısırlaştırma fiiline maruz kalan, üreme yeteneğine sahip kadın ya da erkek, kısırlaştırma suçunun mağdurudur. Ancak belirtmek gerekir ki, 2827 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında kısırlaştırma ameliyatının reşit kişinin isteği üzerine yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda mağdurun reşit olması zorunlu bir unsur olup, reşit olmayan kişiler bu suçun mağduru olamazlar³⁷. Zira üreme organı bulunan bir bireyde, bu organ henüz üreme fonksiyonunu yerine getirecek düzeyde olmasa bile, kısırlaştırma suçunun işlenebileceği kabul edilmektedir. Bu durum, örneğin adet dönemine yeni girmiş bir kız çocuğuna karşı kısırlaştırma suçunun işlenebilmesini mümkün kılmaktadır. Ancak, menopoz dönemini tamamlamış bir kadına karşı

³⁷ Koca/ Üzülmöz, s. 309; Fiilin işlendiği anda çocuk olsa dahi üreme yeteneğine sahip kadın ya da erkeğin mağdur olabileceği görüşü için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 363; Erbaş, s. 113; Berna Aysen Yılmaz/ Furkan Özdemir, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)", *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (4), 2015, s. 64-75; Ertuğrul, s. 64.

kısırlaştırma fiili işlendiğinde, üreme fonksiyonunun zaten sona ermiş olması nedeniyle bu fiilin kasten yaralama hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Erkeklerde ise, üreme fonksiyonunun yaşam boyu devam etme ihtimali bulunduğundan, her yaşta bir erkeğe karşı kısırlaştırma suçunun işlenmesinin mümkün olduğu görüşü öne sürülmektedir. Dolayısıyla reşit olmayan kişilere karşı işlenen kısırlaştırma fiilleri, kişinin rızasına binaen uzman hekim tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi kasten yaralama suçu oluşacaktır³⁸. Kişinin kendi kendisini kısırlaştırması ise, bir kişinin aynı suçun hem faili hem mağduru olamayacağından bahisle suç sayılmayacak ve dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Bu kabulün sonucu olarak, böyle bir fiile azmettirme ve yardım etmenin de mümkün olmayacağı ve dolayısıyla şerikliğin söz konusu olmayacağı da belirtilmelidir³⁹.

c. Suçun Konusu

Suçun konusunu insan bedeni oluşturmaktadır. Ancak insan bedeni bir bütün olarak suçun konusunu teşkil etmemektedir zira bu suçta kişinin üreme yeteneği saldırıya uğramaktadır⁴⁰. Dolayısıyla üreme yeteneğine sahip olmayan bir kişiye karşı bu suç işlenemez. Bu durumda suçun konusuz kalmasından bahisle işlenemez suç kavramı söz konusu olacaktır⁴¹.

d. Fiil ve Netice

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e göre; kısırlaştırma işlemi, kişilerin cinsel arzularına zarar vermeksizin kadınlarda tüplerin bağlanmasını (tüp ligasyonunu), erkeklerde ise vazektomiye (erkeğin sperm yolunun ameliyatla bağlanmasını) ifade etmektedir (Tüzük m. 2/b, c)⁴².

Kanun koyucu, madde hükmünde kısırlaştırma fiilini yasaklamış; ancak bu suçun hangi fiiller ile gerçekleştirilebileceğini belirtmemiştir. Bu itibarla kısırlaştırma suçunun serbest hareketli bir suç olduğu söylenmelidir⁴³. Suçun

³⁸ Koca/ Üzülmöz, s. 309.

³⁹ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 363; Erbaş, s. 113.

⁴⁰ Koca/ Üzülmöz, s. 309; Erbaş, s. 107.

⁴¹ Koca/ Üzülmöz, s. 309; Erbaş, s. 107; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 363.

⁴² Kısırlaştırma işlemi, kadınlarda tüplerin bağlanması; erkeklerde ise vazektomi işlemi aracılığı ile sağlanır. Tüplerin bağlanması yöntemiyle kadın üreme organlarında spermle yumurtanın buluşması engellenmektedir. Vazektomide sperm kanalı cerrahi müdahale ile bağlanarak cinsel temas esnasında spermin kadına geçmesi önlenir. Koca/ Üzülmöz, s. 309-310.

⁴³ Erbaş, s. 113; Koca/ Üzülmöz, s. 309; Erbaş, s. 109; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 363; Ertuğrul,

tamamlanması bakımından mağdurun kısırlaştırılması, diğer bir ifade ile çocuk yapma yeteneğinin ortadan kaldırılması gereklidir. Burada kişinin çocuk yapma yeteneğinin durdurulması fiili, suçun tamamlanması için yeterli olmayıp, yeteneğin ortadan kaldırılması aranmaktadır⁴⁴. Her ne kadar tıp alanındaki gelişmelerle kısırlaştırma fiili geri dönülmez, mutlak bir müdahale olmaktan çıkmış olsa da sonradan yapılan tedavi ile kişinin tekrar çocuk yapma yeteneğine sahip olması, bu suçun oluşmasını engellemeyecektir⁴⁵. Gerçekten, mağdur olan kişiyi ayrıca bir tedavi külfetine katlanması durumunda, kendisine karşı işlenen fiilden ötürü farklı bir değerlendirmeye tabi tutmak doğru olmayacaktır.

Suçun oluşması bakımından mağdurun üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması şart olduğundan, bu suç neticeli bir suçtur, zarar suçudur⁴⁶.

2. Tipikliğin Manevi (Sübjektif) Unsurları

Kısırlaştırma suçunun manevi unsuru kasttır. Failin kastı, kısırlaştırma amacıyla bir eylemde bulunduğunu, bu işlemi üreme işlevini yerine getiren organlar üzerinde gerçekleştirdiğini ve bu eylemin sonucunda mağdurun çocuk yapma yeteneğini kaybedeceğini bilmesini içerir.⁴⁷

TCK m 101/1'e göre, kısırlaştırma fiilinin suç teşkil edebilmesi için mağdurun rızasının bulunmaması şarttır. Rızanın yokluğu, suçun tipikliğinin olumsuz bir unsuru olarak değerlendirilir.⁴⁸ Bu nedenle, failin mağdurun rızasının olmadığını bilmesi ve buna rağmen kısırlaştırma sonucunu doğuracak bir müdahalede bulunması gereklidir. Eğer fail, mağdurun rızası olmadığı konusunda bir yanılgıya düşerse, bu durum TCK m. 30/1 uyarınca, suçun maddi unsurlarında hata olarak kabul edilir.⁴⁹ Unsur yanılgısı durumunda taksirli sorumluluk saklı olduğundan, şartları dahilinde taksirle yaralama suçu gündeme gelecektir.

s. 65.

⁴⁴ Koca/ Üzülmöz, s. 311; Erbaş, s. 109; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 364. Kişilerin geçici süreli olarak üreme yeteneğinden yoksun bırakılması durumunda da suçun oluşması gerektiği ve bu konuda ilgili maddeye yeni bir fıkra eklenmesi gerektiği görüşü için bkz. Ertuğrul, s. 65.

⁴⁵ Koca/ Üzülmöz, s. 210; Erbaş, s. 109. Karşı görüş için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 364. Yazarlara göre, yapılan tedavi sonucunda kişinin yeniden üreme yeteneğine kavuşması durumunda, kısırlaştırma suçunun oluştuğundan söz edilemez.

⁴⁶ Koca/ Üzülmöz, s. 311; Erbaş, s. 110; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 366.

⁴⁷ Sahir Erman/ Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490)*, Dünya Yayıncılık, 1994, s. 214.

⁴⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 298.

⁴⁹ Koca/ Üzülmöz, s. 312.

Madde hükmüne göre, suçun temel şekli açısından (m. 101/1'in ilk cümlesi) failin, kısırlaştırma ameliyatını yapmaya yetkili bir kişi olduğunu bilmesi gerekir. Nitelikli şekil bakımından (m. 101/1'in ikinci cümlesi) ise failin, kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkisi olmayan bir kişi olduğunu bilmesi gereklidir. Bu bilgi, suçun manevî unsurunun oluşumu açısından önem taşır.

Kısırlaştırma suçunun taksirli şekli düzenlenmemiştir. Bu nedenle, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Ancak bir kişiye karşı taksirle gerçekleştirilen fiile bağlı olarak mağdur üreme yeteneğini kaybetmişse, taksirle yaralama suçu değerlendirilir.

Kısırlaştırma suçu olası kast ile de işlenebilir.⁵⁰ Örneğin, bir hekimin hastası üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahale sırasında, bu müdahalenin kısırlaştırmaya yol açabileceğini öngörmesine rağmen bu sonucu kabullenerek müdahaleye devam etmesi durumunda, olası kast ile hareket ettiği kabul edilir. Bu durumda, TCK m. 21/2 gereği, olası kast ile işlenen suçlarda zorunlu olan ceza indirimi uygulanır.⁵¹

3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hukuka uygunluk nedenleri; görevin ifası (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1) ve ilgilinin rızasıdır (m.26/2).

a. Hakkın Kullanılması

Türk Ceza Kanunu'nun 101. maddesi ilk fıkrasından hareketle, mağdurun rızası halinde, yetkili hekim tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma fiilinin haksızlık teşkil eden bir fiil olarak yorumlanamayacağı anlaşılmaktadır. Burada, mağdurun rızası, tipikliğe ait bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Ama diğer yandan, rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen kısırlaştırma fiilinin suç teşkil etmemesi için, operasyonu icra eden kişinin hekim olması, mevzuatta öngörülen koşullara göre cerrahi işlemi yapmaya ehil olması gerekmektedir. Bu yönüyle, fail konumunda olan "hekim" bakımından artık hukuka uygunluk

⁵⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 365; Erbaş, s. 114; Keskin Kızıroğlu, s. 189; Yılmaz/ Özdemir, s. 71. Aksi görüş için bkz. Koca/ Üzülmez, s. 312. Yazarlara göre, failin suçun kanuni tanımındaki unsurlar hakkındaki bilgisinin tam ve kesin olması gerekmektedir. Dolayısıyla yazarlar, kısırlaştırma suçunun olası kast ile işlenmesinin mümkün olmadığını, yalnızca doğrudan kast ile işlenebileceği görüşünü savunmaktadırlar.

⁵¹ Erbaş, s. 114.

nedeni olan hakkın kullanılmasından bahsedilebilir. Ancak burada, hekimin tıbbi müdahalesinin, rızaya dayalı işlem niteliğinde olması nedeniyle, öncelikle tipiklik içinde mütalaa edilmesi gerektiği, kanuni tipe uygun bir eylem teşkil etmediği unutulmamalıdır.

b. Mağdurun Rızasının Hukuki Niteliği ve Rızaya İlişkin Açıklamalar

TCK'nın 101. maddesinin 1. fıkrasında, bir erkek veya kadının rızası olmaksızın kısırlaştırılmasından söz edilmektedir. Bu durumda rızanın yokluğu, tipikliğin bir unsurunu oluşturmaktadır⁵². Bu suç bakımından rıza, bir hukuka uygunluk nedeni değildir; suçun maddi unsurlarından biridir. Failin, mağdurun rızası üzerindeki hatası da bu nedenle unsur yanığı (tipiklik hatası) kapsamında değerlendirilmelidir. Mağdurun rızası bakımından; 2827 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasına göre, kısırlaştırma ameliyatı, tıbbi sakınca bulunmayan hallerde reşit kişinin isteği üzerine yapılacaktır. Reşit olmayan kişilerin rıza açıklamasının geçerli olmaması sebebi ile bu kişilerin rızasına dayanarak kısırlaştırma işleminin yapılması durumunda da suç oluşur. Zira 2827 sayılı Kanun'da kısırlaştırma işleminin reşit olmayan kişilere yapılması yasaklanmıştır⁵³. Kısırlaştırılan kişinin evli olması halinde eşinin de müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir (2827 sayılı Kanun m. 6/2, Tüzük m. 13/2)⁵⁴.

Kısırlaştırma ameliyatının önemi dolayısı ile burada rıza "aydınlatılmış onam" şeklinde olmalıdır⁵⁵. Bu bakımdan salt rıza, bu tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için yeterli değildir⁵⁶. Kişinin rızasının hukuki bir değere sahip olabilmesi için neye rıza gösterdiği konusunda bilgilendirilmeli ve müdahalenin önemi gereği düşünmesi için kişiye yeterli zaman tanınmalıdır. Ayrıca kısırlaştırmanın ömür boyu devam etme niteliği dikkate alınarak kişiye psiko-sosyal aydınlatma da yapılması gerekmektedir⁵⁷. Bir kadının kısırlaştırılmasında, ameliyatın yüzde yüz başarı oranı içermediği ve

⁵² Koca/ Üzülmöz, s. 262; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 365; Keskin Kızıroğlu, s. 188. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, rızanın bu suçta hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz. Erman/ Özek, s. 214; Erbaş, s. 116.

⁵³ Koca/ Üzülmöz, s. 313; Erbaş, s. 116.

⁵⁴ Koca/ Üzülmöz, s. 313; Alpaslan, s. 189; Yenidünya ve Yaşar, s. 174. Karşı görüş için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 365; Erbaş, s. 116-117; Keskin Kızıroğlu, s. 188; Ertuğrul, s. 63; Hakeri, s. 742.

⁵⁵ Koca/ Üzülmöz, s. 313.

⁵⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 388.

⁵⁷ Hakeri, s. 742.

başarısızlık ihtimalinin de bulunduğu konusunda kadının bilgilendirilmesi gerekmekte olup hekimin bu konuda bir bilgilendirme yapmaması ve sterilize edilmiş kadının hamile kalması ihtimalinde hekimin, çocuğun bakım masraflarından sorumlu tutulacağı ve tazminat yükümlülüğü bulunacağı söylenmelidir⁵⁸.

Kişinin vücudu üzerinde, bizzat kendisinin ya da başkasının her türlü, sınırsız bir tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Kısırlaştırma işleminin ağır bir müdahale olması sebebiyle kişinin bu işleme yönelik rızasının fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği tartışmalıdır. Rızanın konusu, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka yönelik olmalıdır⁵⁹. Doktrinde salt rızanın hukuka uygunluk bakımından yeterli olmadığı ve fiilin kamu düzeni ve ahlaka aykırılığının da göz önünde bulundurulması gerektiği unutulmamalıdır⁶⁰. 2827 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasında "tıbbi bir sakıncanın bulunmaması" şartı aranmasına rağmen, TCK m. 101'de bu konuda açık bir hüküm yoktur. Ancak kısırlaştırma işleminin mahiyeti gereği, bu koşul TCK m. 101'in uygulanması bakımından da dikkate alınmalıdır⁶¹. Tıbbi açıdan başkaca sakıncaların bulunması halinde rıza, tek başına fiilin suç olmasının önüne geçemeyecektir. Hekimin tedavi maksadıyla hastasını kısırlaştırmasında, kısırlaştırma işleminden önce hastanın rıza beyan edebilecek durumda olması halinde önce kişinin rızasının alınması zorunludur. Hastanın rıza beyan edemeyecek durumda olduğu hallerde ise (bilincin kapalı olması gibi), müdahalenin ciddi ve acil bir nitelik taşıması koşuluyla hastanın rızasının alınmasına gerek yoktur. Bu durumda hastanın varsayılan rızasından hareketle kısırlaştırma işlemi gerçekleştirilmelidir⁶². 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasında bu yönde bir hüküm bulunmaktadır. Fakat suç teroris bakımından önemle belirtelim ki; tıbbi bir müdahale sırasında, ortaya çıkan zorunluluk gereği hastanın üreme yeteneğinden yoksun bırakılması, objektif isnadiyet bağlamında, ortaya çıkabilecek daha ağır neticenin önüne geçilmesi (riskin azaltılması) kapsamında değerlendirilebilecektir.

⁵⁸ Hakeri, s. 156.

⁵⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Özgenç, s. 375-376.

⁶⁰ Koca/ Üzülmmez, s. 314.

⁶¹ Koca/ Üzülmmez, s. 315; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 366; Hakeri s. 741. NPHK'daki "tıbbi sakınca olmaması" koşulunun TCK'nın 101. maddesinde suçun kanuni tanımında yer almadığı dolayısıyla bu suçta aranmayacağı, aksinin kabul edilmesinin kıyas anlamına geleceği görüşü için bkz. Keskin Kızıroğlu, s. 188.

⁶² Koca/ Üzülmmez, s. 315; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 366; Erbaş, s. 122.

Zeka geriliği veya akıl hastalığı gibi durumlar sebebi ile rıza yeteneği bulunmayan kişilerin kısırlaştırılması konusunda veli veya vasinin bu konudaki rızalarının geçerli olup olmayacağı konusunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüş, Kanun'da akıl hastalığı yahut zeka geriliği bulunan kimselerin veli veya vasilerinin izniyle ya da mahkeme kararıyla kısırlaştırılabileceğine dair bir açıklığın bulunmadığını dolayısıyla genel hükümlerden hareketle veli ya da vasi izni ile kısırlaştırma işleminin yapılamayacağını savunurken⁶³ diğer bir görüşe göre ise kısırlaştırma konusunda zeka geriliği ya da akıl hastalığı bulunan kişilerin rızalarının geçerli olmaması sebebiyle veli ya da vasinin bu konudaki rızası ile kısırlaştırma işlemi yapılabilecektir⁶⁴. Bu çalışmada savunulan görüşe göre, zeka geriliği veya akıl hastalığı bulunan bir kişinin fiil ehliyetinin bulunmaması ve kısırlaştırma işleminin üreme yeteneği üzerinde bıraktığı etkinin mahiyeti düşünüldüğünde, zeka geriliği veya akıl hastalığı bulunan kişilerin, veli veya vasinin izni ile kısırlaştırılmaması gerekmektedir. Veli izni ile kişinin kısırlaştırılması, kişinin çocuk doğurması halinde çocuğa bakabilecek iradesinin mevcut olmadığı ve doğacak çocuğun da akıl hastası olabileceği gibi ihtimallere dayanılmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, akıl hastası bir kimsenin çocuğunun da akıl hastası olması kesin bir ihtimal olmadığından, kısırlaştırma işleminin istenilen sonucu vermeyeceği kabul edilmelidir⁶⁵. Suçla mücadele temeline dayanan kısırlaştırma fiilinin, kişilerin cinsel tercih ve kararları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirme hakları açısından tartışılması gerekir. Kanun'da açık bir düzenleme bulunmaması ile oluşan bu görüş ayrılıklarının sonlandırılabilmesi amacıyla bu denli önemli bir konuda açık hüküm getirilmesi gerekmektedir. Alman Medeni Kanunu'nda reşit olmayan kişilerin kısırlaştırılması yasaklanmıştır. Bu Kanun'a göre, rıza yeteneği bulunmayan yetişkinler bakımından özel bir düzenleme getirilmiş olup, rıza yeteneği bulunmayan yetişkinlerin vasinin rızası ve mahkemenin

⁶³ Koca/ Üzülmöz, s. 315; Erbaş, s. 116.

⁶⁴ Hakeri, 2827 sayılı Kanun ve ilgili Tüzük'ün esas aldığı husus rıza olduğunu belirterek burada amaç unsurunun önemsiz olduğunu belirterek kısırlaştırma işleminin genel kurallardan hareket ederek veli veya vasi rızası ile gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır. Ancak Hakeri, bu konuda sadece veli ya da vasi izninin tek başına yeterli olmayacağını, ayrıca hâkim onayının da aranması gerektiğini vurgulamaktadır (bkz. Hakeri, s. 742-743). Tezcan/ Erdem/ Önok da Hakeri ile aynı görüşte olup reşit akıl hastaları veya zeka geriliği bulunan kişiler bakımından vasinin rızası veya vesayet makamı olan mahkemenin kararı ile kısırlaştırma işleminin yapılabileceği fikrini savunmaktadır (Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 366).

⁶⁵ Sinan Bayındır, *Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 117.

onayı ile kısırlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır⁶⁶. Ancak paylaştığımız görüşlerimiz çerçevesinde, Alman Hukukundaki bu yasal düzenlemeyi desteklemek mümkün değildir.

D. Kusurluluk

Zorunluluk hali, kusurluluğu ortadan kaldıran bir hukuki neden olup, böyle bir halin varlığı durumunda hekim kusursuz kabul edileceği için cezalandırılmaz (CMK m. 223/3-b). Ancak tıbbi bir zorunluluk bulunmayan durumlarda, hastanın varsayılan rızasından hareketle kısırlaştırmayı da içerecek şekilde bir tıbbi müdahalenin genişletilmesi hukuka uygun değildir.⁶⁷

Eğer kusurluluğu etkileyen veya kaldıran bir hata durumu söz konusu ise, TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasına göre, bu hatanın "kaçınılmaz" olması durumunda hekim bu hatadan yararlanabilecektir. Örneğin, tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı halde hekimin böyle bir zorunluluk olduğunu düşünerek kısırlaştırma işlemini gerçekleştirmesi, zorunluluk halinin koşullarına ilişkin bir hata durumunu ortaya çıkarabilir. Ancak bu hatanın kaçınılmaz olup olmadığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, hekimin zorunluluk haline dayanması veya hata savunması ileri sürmesi halinde, bu gerekçelerin kabul edilip edilemeyeceği, somut olayın özelliklerine göre detaylı bir inceleme gerektirir. Bu, özellikle tıbbi zaruret ve rıza gibi temel unsurların dikkatlice değerlendirilmesiyle mümkündür.

Her durumda, zorunluluk halini akla getirebilecek bir müdahalenin, mağdurda meydana gelebilecek daha büyük bir tehlikenin engellenmesi amacıyla icra edilmesi halinde, meselenin "riskin azaltılması" altında, objektif isnadiyet başlığında, hülasa tipiklik dahilinde çözümlenmesi durumuyla karşılaşılabileceği unutulmamalıdır.

E. Suçun Nitelikli Hali

TCK m. 101/1'de kısırlaştırma işlemini kişinin rızası olmaksızın gerçekleştiren kimsenin cezalandırılacağı belirtilmekle birlikte maddenin devamında fiilin, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılması halinde, cezanın üçte bir oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır.

⁶⁶ Hakeri, s. 743.

⁶⁷ Koca/ Üzülmöz, s. 315; Erbaş, s. 122; Hakeri, s. 742.

Mağdurun, hekim olmayan failin hekim olduğu zannıyla fiile rıza gösterdiği ve kısırlaştırma işleminin icra edildiği ihtimalde, hangi fıkraya göre cezalandırmaya gidileceği tartışılabilir. Burada artık rızayı geçersiz saymak; bir bakıma failin, mağdurun yanlış algısından istifade ettiğini kabul etmek ve ilk fıkradan ceza vermek daha doğru olacaktır.

F. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Kısırlaştırma suçu bakımından teşebbüs kurumu gündeme gelmeye müsaittir. Fail, kısırlaştırma amacına yönelik elverişli hareketlerle doğrudan suçun icrasına başlamış; ancak kendi iradesi dışında gelişen nedenlerle fiilini tamamlayamamış veya kısırlaştırma sonucunu gerçekleştirememişse, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.⁶⁸

Örneğin, bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanının, hastasının rızası olmaksızın kısırlaştırma ameliyatı yapmasına rağmen, ameliyatın başarısız olması durumunda kısırlaştırma suçu teşebbüs aşamasında kalacaktır. Ancak suçun tamamlanmış sayılabilmesi için üreme yeteneğinin mutlak ve kalıcı bir şekilde kaybedilmesi şart değildir. Eğer sonradan tıbbi müdahaleler ile üreme yeteneği yeniden kazanılabilirse bile, bu durum suçun teşebbüs aşamasında kaldığı anlamına gelmez. Suç, kısırlaştırma sonucunun gerçekleştiği anda tamamlanmış sayılır.⁶⁹

2. İştirak

Kısırlaştırma suçunda iştirak bakımından, TCK m. 101/1-ilk cümle karşısında suçun özgü suç olmasından kaynaklı sonuçlara dikkat etmek gerekmektedir. Buna göre, hekim olmayan kişilerin hekim olan kişilerle birlikte bu suçta müşterek fail olmaları mümkün gözükmemektedir⁷⁰. Bir yoruma göre; bu kişiler ancak azmettiren ya da yardım eden olarak suça katılabilirler. Hekim olmayan bir kişinin bir hekim ile birlikte kişinin rızası olmaksızın kısırlaştırma işlemini gerçekleştirmesi halinde hekim olan kişi fail, hekim olmayan kişi ise şerik olacaktır. Hekim olmayan kişi aynı zamanda kasten yaralama suçunun da faili olacaktır. Bu sebeple failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince yalnızca kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerekecektir⁷¹. Buna karşın,

⁶⁸ Koca/ Üzülmöz, s. 316; Erbaş, s. 119; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 366.

⁶⁹ Erbaş, s. 119.

⁷⁰ Koca, s. 54.

⁷¹ Koca s. 54. Bu olasılığın gerçekleşmesi halinde hekimin TCK m.101/1'in 1. cümlesi

TCK m. 101/1-2. cümle ile m. 101/2 birlikte değerlendirildiğinde, hekim olayın kişinin rızaya aykırı yahut rızaen gerçekleştirdiği fiil bakımından fail olabileceği kabul edilmiştir. O halde; hekim ile hekim olmayan kişinin, ortak bir suç işleme kararı kapsamında ve birlikte mağduru kısırlaştırma eyleminde, her iki kişinin de müşterek fail olarak cezalandırılması ve hekim olmayan kişi bakımından daha ağır ceza verilmek suretiyle ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi de mümkün görünmektedir.

3. İçtima

Kısırlaştırma suçunun zincirleme suç (TCK m. 43/1) şeklinde işlenmesi, ancak ilk fiilin teşebbüs aşamasında kalması durumunda mümkün olabilir.⁷² Örneğin, failin birden fazla kişiye karşı kısırlaştırma amacıyla harekette bulunup yalnızca bir kısmında suçun tamamlanması, zincirleme suçun varlığını doğurabilir.

Aynı neviden fikri içtima bakımından ise kısırlaştırma fiilinin aynı anda birden fazla kişiye karşı işlenmesi, uygulamada zor karşılaşılabilecek bir odurum olmakla birlikte, bu durum teorik olarak imkân dahilindedir.⁷³

Her ne kadar kısırlaştırma suçu, kasten yaralama suçunun özel bir şekli olarak düzenlenmiş olsa da bu iki suç bağımsızdır ve aralarında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, TCK m. 43/3'te kasten yaralama suçu bakımından getirilen zincirleme suç istisnasının, kısırlaştırma suçuna uygulanması mümkün değildir.⁷⁴

Eğer kısırlaştırma fiili mağdurun ölümüne neden olması durumunda, neticesi sebebiyle ağırlanmış bir suç olarak değerlendirilecektir.⁷⁵ Bu durumda

bakımından sorumluluğu söz konusu olacakken hekim olmayan kişinin sorumluluğu ise 2. cümle bağlamında değerlendirileceği görüşü için bkz. Erbaş, s. 120.

⁷² Koca/ Üzülmöz, s. 316-317; Ertuğrul, s. 67. Doktrinde kısırlaştırma suçunun aynı mağdura birden fazla işlenemeyeceği, dolayısıyla bu suçun zincirleme suç şeklinde işlenemeyeceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Erbaş, s. 120; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 367.

⁷³ Koca/ Üzülmöz, s. 316; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 367. Öğretide diğer bir görüş, kısırlaştırma suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlendiği durumlarda aynı neviden fikri içtimanın gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Bkz. Erbaş, s. 121.

⁷⁴ Koca/ Üzülmöz, s. 317.

⁷⁵ Aksi görüş için bkz. Keskin Kızıroğlu, s. 189. Kızıroğlu, TCK'nın 101. maddesinin gerekçesinde "kısırlaştırma ameliyesinin kişinin ölümüne veya bedensel bir zarara neden olması halinde, failin netice sebebiyle ağırlanmış suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu cihetine gidileceğinde kuşku yoktur" denilmesine karşılık TCK'nın 101. maddesinde düzenlenmiş kısırlaştırma suçunun netice sebebiyle ağırlanmış şekline Kanun'da yer verilmediğinden ancak 765 sayılı TCK'da bu yönde bir düzenleme bulunduğundan

fail, yalnızca TCK m. 87/4 uyarınca cezalandırılacak ve ayrıca TCK m. 101'den sorumlu tutulmayacaktır. Böylece, aynı fiilden dolayı failin çifte cezalandırılması önlenmiş olacaktır.⁷⁶ Diğer yandan, rızaya dayalı kısırlaştırma halinde ise farklı düşünmek gerekir. Şayet rızaya dayalı olarak hekim tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma fiilini sonucu ölüm meydana gelmişse, taksirle öldürmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Hekim olmayan kişinin failliği durumunda ise suç münhasıran kısırlaştırma suçunu oluşturacağı için, aynı fiilden ötürü hem kısırlaştırma hem taksirle öldürme suçundan bahsedilecek ve fikri içtima kurumuna başvurulacaktır.

SONUÇ

Kısırlaştırma, tarih boyunca kimi zaman nüfus politikası kimi zaman doğum kontrol aracı kimi zamansa tedavi yöntemi ile kullanılan bir tıbbi yöntem türünü oluşturmaktadır. Ancak niteliği ve doğurduğu sonuçlar dikkate alındığında hukuki düzenlemelere tabi tutulmasının zaruri olduğu anlaşılmaktadır. TCK'da *Kişilere Karşı Suçlar* başlığı altında müstakil şekilde düzenlenmiş olan kısırlaştırma suçu, üreme hakkının spesifik bir şekilde korunmak istenmesi saikinin bir ürünüdür. Doktrinde kısırlaştırmanın yaralama suçu ile olan bağlantısına vurgu yapılarak ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesine gerek olmadığını savunan görüşler bulunmakta ise de düzenlenen kısırlaştırma suçu ile vücut bütünlüğünden daha spesifik bir hak olan kişinin üreme özgürlüğü korunmaktadır. Bu bakımdan kısırlaştırmanın bağımsız şekilde düzenlenmesinin yerinde olduğu görüşüne katılmaktayız. Her ne kadar yargı kararlarında pek fazla rastlanan bir suç tipi olmasa da bireyin kendi geleceğini tayin etme hakkı kapsamında bu suçun düzenlenmiş olması elzem olup kendisinden daha ağır neticelere sebebiyet veren hadımlaştırma fiilinin Kanunumuzda düzenlenmemesi bir eksiklik olarak görülmeli ve sonuçlarının mahiyeti göz önünde tutularak özenli bir şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hadımlaştırmanın TCK'da düzenlenmemiş olmasına karşılık özellikle cinsel suç faillerine uygulanıp uygulanamayacağı ülkemizde sürekli güncel kalan bir konudur. Bu bakımdan savunduğumuz görüşe göre, bu tartışmalar esnasında cezalandırma ile asıl ulaşılmak istenilen amaç unutulmamalı ve failin ıslah edilerek topluma kazandırılması konusu asıl odak noktası olmalıdır. Aksi takdirde insan onuru, hümanizm, kişinin özel yaşamına ve vücut bütünlüğüne aykırı geri dönüşü olmayan kararlar alınabilecek ve

bahisle bu fikre katılmamaktadır.

⁷⁶ Koca/ Üzülmez, s. 317. Failin her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği görüşü için bkz. Erman/ Özek, s. 215.

ceza hukuku ile beklenen amaç hiçbir zaman yerine getirilemeyecektir.

TCK m. 101/1-ilk cümlede düzenlenen kısırlaştırma suçunda, rızaya aykırı gerçekleştirilen fiil bakımından failin hekim olması gerekir. Hekim olmayan kişiler de bu suç kapsamında hem rızaya aykırı hem de rızaya dayalı fiil bakımından suçun faili olabilmektedir. Bu noktada, fiilin rızaen gerçekleşmesi halinde yalnızca hekim olmayan kişilerin failliği gündeme gelecektir.

Suçun mağduru, mevzuat hükümlerinin bütüncül değerlendirilmesi karşısında, ancak reşit olan kişi olabilir.

Kısırlaştırma fiili, yaralama fiilinin özel bir görünüm şeklidir. TCK m. 101, TCK m. 86'nın karşısında özel norm niteliğindedir. Failin, yaralama kastıyla hareket edip, mağdurun üreme yeteneğini kaybetmesi durumunda, şayet bir kast-taksir kombinasyonu söz konusuysa neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (TCK m. 87) gündeme gelir. Ancak fail, kısırlaştırma fiili bakımından kasten hareket etmişse artık TCK m. 101'den hüküm kurulacaktır.

Kısırlaştırma fiili teşebbüse elverişlidir. Mağdurun, sonradan bir tedavi almak suretiyle iyileşmesi, suçun tamamlanmadığı anlamı taşımaz.

KAYNAKÇA

- Akbaba Z B, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I”, *TBBĐ*, 82, 2009, s. 377-394.
- Alpaslan B, “Türk Ceza Kanunu’na Göre Kısırlaştırma (Sterilizasyon) Suçu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 86 (4), 2012, s. 187-192.
- Artuk M E/ Alşahin M E, *Kriminoloji*, Adalet Yayıncılık, 2017.
- Bayındır S, *Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 2. Baskı., On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Bayraktar K vd., *Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Erbaş R, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 73(1), 2015, s. 91-128.
- Erman S/ Özek Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490)*, Dünya Yayıncılık, 1994.
- Ertuğrul H, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 4 (1), 2018, s. 59-74.
- Ertuğrul H, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürtme ve Kısırlaştırma Suçları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2016.
- Flack C, “Chemical Castration: An Effective Treatment for the Sexually Motivated Pedophile or an Impotent Alternative to Traditional Incarceration?”, *Journal of Law in Society*, 7 (1), 2005-2006, s. 173-195.
- Güzelsoy Z, “Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2014.
- Hakeri H, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Hakeri H, *Tıp Hukuku El Kitabı*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Harrison K, “The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is

Chemical Castration an Option?”, 46 (1), 2007, s. 16-31.

Işıka S, “Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2012.

Keskin Kızıroğlu S, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *MÜHFD*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19 (2), 2003, s. 165-190.

Kızılırmak B, “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25 (2), 2019, s. 1025-1071.

Küçük F C, “Kısırlaştırma ve Hadımlaştırma”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 91 (3), 2017, s. 150-163.

Küçük T S, “Bir Ceza Hukuku Yaptırımını Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (4), 2015, s. 297-322.

Koca M, “Kısırlaştırma Suçu (TCK M.101)”, *LXXIII* (1-2), 2009, s. 43-55.

Koca M/ Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayıncılık, 2018.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Tezcan D/ Mustafa R. E/ Önok R. M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Turan U, *Ceza Hukukunda Hümanizm İlkesi Açısından Kastrasyon Yaptırımı*, Adalet Yayıncılık, 2019.

Yenidünya C/ Yaşar Y, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 14, 2013, s. 348–363.

Yılmaz B A/ Özdemir F, “Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (4), 2015, s. 59-88.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

AVRUPA BİRLİĞİ YAPAY ZEKÂ KANUNU'NUN RİSK GRUPLARI VE İLGİLİLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDA İNCELENMESİ*

REVIEW OF THE EUROPEAN UNION ARTIFICIAL INTELLIGENCE
ACT IN THE CONTEXT OF RISK GROUPS AND OBLIGATIONS OF
THE RELEVANT PARTIES

Salih KARADENİZ*  

ÖZET

Avrupa Birliği, gelişen teknolojiler bakımından yapmış olduğu regülasyon çalışmaları ile ön plana çıkmaktadır. Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu da bu regülasyon çalışmalarından sadece birisidir. Bu doğrultuda Avrupa Birliği (Birlik), temelde Birlik içerisinde ve Birlik üyesi devletlerin vatandaşlarını etkileyen bir durumun varlığında uygulanmak üzere bir yapay zekâ kanunu oluşturmuştur. Yapay zekânın ilk defa kapsamlı olarak ele alındığı bu Kanun'da, yapay zekâ sistemleri Avrupa Birliği tarafından risk temelli yaklaşım çerçevesinde ele alınmıştır. Yasaklı, yüksek riskli, sınırlı riskli ve minimum riskli sistemler olarak dört grupta sınıflandırılan yapay zekâ sistemleri, birliğin çıkarları doğrultusunda düzenlenmiş, bu sistemleri sağlayanlara, dağıtıcılara, ithalatçılara ve kullanıcılara çeşitli yükümlülükler öngörülmüştür. Kanun'un kapsamı ise oldukça geniş tutulmuştur. Dünyada ilk olduğu kabul edilen Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu ile bu Kanun'da düzenlenen risk grupları, önemine

* Bu çalışma, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından 223K656 numaralı proje ile desteklenmiştir. Projeye verdiği destekten ötürü TÜBİTAK'a teşekkürlerimi sunarım.

** **Arş. Gör.**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, Doktora öğrencisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı **E-Posta:** salih.karadeniz@medeniyet.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-6586-3278, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1541455.

• **Atf Şekli / Cite As:** Karadeniz S, "Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu'nun Risk Grupları ve İlgililerin Yükümlülükleri Bağlamında İncelenmesi" *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.307-366.

• **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.*

binaen çalışmada detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Yapay zekâ, Hukuk, Avrupa Birliği, Avrupa birliği yapay zekâ kanunu, Regülasyon.*

ABSTRACT

The European Union (Union) stands out for its regulatory efforts in the field of developing technologies. The European Union Artificial Intelligence Act (AI ACT) is just one of these efforts. In this regard, the European Union has established an artificial intelligence act to be applied mainly within the Union in the presence of a situation affecting the citizens of its Member States. In this Act, where artificial intelligence is comprehensively addressed for the first time, artificial intelligence systems are taken into consideration by the European Union within the framework of a risk-based approach. Artificial intelligence systems, which are classified in four groups as prohibited, high-risk, limited-risk and minimal-risk systems, are regulated in alignment with the interests of the Union, imposing various obligations on providers, distributors, importers and users of these systems. The European Union Artificial Intelligence Act, which is recognized as the first of its kind globally, and the risk groups it regulates, will be examined in detail in this study due to their importance.

Keywords: *Artificial intelligence, Law, European Union, AI ACT, Regulation.*

EXTENDED ABSTRACT

Technology is developing rapidly, leading to radical changes across all areas of life. Artificial intelligence technology is at the forefront of these developing technologies. It has the potential to provide different economic and social benefits in terms of industries and social activities with its rapid development. On the other hand, the systems and methods that enable the advantages of AI technology have the potential to create risky situations for individuals and society. The European Union (EU), which stands out with its regulatory efforts in developing technologies, has addressed these systems by considering both the potential benefits and risks associated with artificial intelligence systems. With this regulation, referred to as the European Union Artificial Intelligence ACT, the EU has become the first legislator to comprehensively and independently regulate artificial intelligence. The AI ACT aims to eliminate legal uncertainties that hinder technological innovation, as well as to prevent potential risks to individuals and society through obligations and penalties. The EU AI ACT was published in the EU's Official Journal on 12 July 2024 and entered into force 20 days later.

In the EU AI ACT, artificial intelligence is defined as follows: "AI system means a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or

virtual environments". The ACT adopts a risk-based approach. With the risk-based approach, the ACT categorizes AI systems into four risk categories: prohibited artificial intelligence systems (also called unacceptable risk), high risk, limited risk and minimal risk. The underlying purpose this approach is to strike a proportionate balance between the benefits of innovation and artificial intelligence systems and the protection of fundamental values such as security, health and fundamental rights. It should be noted that the artificial intelligence systems classified under the first two risk groups represent only a very small portion of the artificial intelligence systems used in practice. On the other hand, in the ACT, general-purpose artificial intelligence models are categorized in two types: those that carry systemic risk and those that do not, and obligations regarding these models are stipulated.

The scope of the ACT is broad due to the importance of the subject matter and extensive influence of artificial intelligence systems. The scope of the ACT can be divided into two: the activities of artificial intelligence systems within the Union and those outside the Union. The actors to which the ACT applies can be categorized as those who provide, use, import, distribute, produce under their own brand name and users affected by artificial intelligence systems within the Union. Additionally, the AI ACT will also be applied in cases where the outputs of artificial intelligence systems are used within the Union, even if these systems are not established, located or used within the Union.

To illustrate the breadth of the ACT, even if an artificial intelligence system produced in China is neither imported into the Member States of the Union, used by Member States and nationals of the Union, nor used by manufacturers established in the Union under its own brand name, the supplier and user of the artificial intelligence system in China will still fall within the scope of the ACT if the output of the artificial intelligence system is used within the Union.

At first glance, it may seem that the scope of the ACT is too broad. However, due to the nature of artificial intelligence technologies, it may be deemed reasonable to prefer such a broad scope. Especially with the internet creating a global world, it is quite possible that outputs generated by artificial intelligence systems, such as those in the example from China, will be used all over the world and in the Member States of the Union. another reason for keeping the scope of the ACT so broad may be to prevent artificial intelligence companies located outside the Union from gaining a competitive advantage in the EU market without being subject to obligations, or to prevent the actors from circumventing the Union law by choosing their locations, while companies located in EU Member States remain bound by multiple obligations under the ACT.

The AI ACT will not apply in certain cases. It does not extend to areas outside the scope of Union law and does not in anyway affect the competences of Member States concerning national security. It also does not apply to artificial intelligence systems, irrespective of the type of organisation, that are placed on the market, put into service

or used - with or without modification of such systems- exclusively for military, defense or national security purposes. Additionally, the ACT does not apply to users who are natural persons utilizing artificial intelligence systems solely for personal and non-professional activities.

I. AVRUPA BİRLİĞİ YAPAY ZEKÂ KANUNU

A. Genel Olarak

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu (AIAct) yapay zekâ teknolojilerinin, hızlı gelişmesi ile endüstriler ve sosyal faaliyetler açısından farklı ekonomik ve toplumsal faydalar sağlayabilme potansiyeline dikkat çekmektedir. Avrupa Birliği'ne (AB) göre yapay zekâ teknolojisi, hizmet sunumunu kişiselleştirme, tahminleri iyileştirme gibi kolaylıklar sağlayarak Avrupa ekonomisinde şirketlere önemli rekabet avantajları sağlayabilecek niteliktedir¹. Öte yandan yapay zekânın ortaya koyduğu avantajları mümkün kılan sistemler ve yöntemler, birey ve toplum için bünyesinde riskli durumlar ortaya çıkarabilme potansiyeline sahiptir. Bu sebeple yapay zekâ teknolojilerine aşırı serbestiyet veya katı kurallar getirmek yerine AB, dengeli bir yaklaşım izleyeceğini ifade etmiştir². Diğer taraftan yapay zekâ düzenlemesi ile AB'nin teknolojik liderliğini korumak gibi bir gayesinin olduğu açık bir şekilde mutabakatta belirtilmiştir. Bu doğrultuda AB yeni teknolojilerden yararlanırken, yapay zekâ sistemlerinin Birlik değerlerine, temel hak ve hürriyetlere uygun olarak geliştirilmesini ve işletilmesini temin etmek ve bu süreçte teknolojik liderliğini korumak istemektedir³.

¹ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Avrupa Komisyonu'nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış", *TAAD*, 13 (51), 2022, s. 20; Burak Görentaş/ Hamza Çiftçi, "Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası Çerçevesinde Yargılamada Yapay Zekâ Kullanımının Değerlendirilmesi", *İzmir Barosu Dergisi*, 89 (1), 2024, s. 178.

² Yapay Zekâ Kanunu'nun tüketicinin korunması amacını göz ardı etmediği ve AB Tüketicisi hukukuna katkıda bulunduğu noktasında bkz. Dimitrios Devetzis ve Simos Samaras, "Consumer Protection Safeguards after the AI Act", *Perspectives of Law and Public Administration*, 13 (2), 2024, s. 298-309, <<https://www.adjuris.ro/revista/articole/An13nr2/12.pdf>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

³ AI Act Açıklayıcı Mutabakat, s. 1. Marco Almada/ Anca Radu, "The Brussels Side-Effect: How the AI Act Can Reduce the Global Reach of EU Policy", *German Law Journal* 25 (2024), <<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/brussels-sideeffect-how-the-ai-act-can-reduce-the-global-reach-of-eu-policy/032C72AEC537EBB6AE96C0FD90387E3E>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024, s. 648; Ecem Aksoy, *Yapay Zekâ'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi*. 1. Bası, Seçkin, 2022, s. 217.

B. Kanunun Ortaya Çıkışının Tarihsel Süreci ve Yürürlüğe Girmesi

Yapay Zekâ Kanunu'nun ortaya çıkışı, geçmiş dönemdeki yansımalar bir kenara bırakılırsa temel olarak, 2017 yılında Avrupa Konseyi tarafından yapılan çağrıya dayandırılabilir. Konsey bu çağrısında özetle “*yapay zekâ gibi konular da dahil olmak üzere bir yandan yüksek düzeyde veri koruması, dijital haklar ve etik standartlar sağlanırken diğer yandan ortaya çıkan trendleri ele almak için acil harekete geçilmesi gerektiğini*” ifade etmiştir⁴. Ardından Avrupa Birliği, Yapay Zekâ Strateji Belgesi'ni 2018 yılının nisan ayında yayımlamıştır⁵. AB Yapay Zekâ Strateji Belgesi ile yapay zekânın toplumun gelişmesi ve dönüşmesi için ne kadar önemli olduğunun farkında olduğunu ifade etmiş, önemli sorunların çözümünde yapay zekânın kullanılacağını belirtmiştir. Bu gerçekleştirilirken, yapay zekâda AB'nin liderliğinin -herkese yönelik ve faydalı bir yapay zekânın geliştirilmesi ve kullanılması- şeklinde tezahür edeceğini ifade etmiştir.⁶ AB 2019 yılının Nisan ayında “Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik Kılavuzu” (*Ethics Guidelines for Trustworthy AI*)⁷ ve “İnsan Merkezli Yapay Zekâda Güven İnşası” (*Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*)⁸ belgelerini yayımlamıştır. 2020 yılının Şubat ayında ise AB Komisyonu, “Yapay Zekâ Üzerine Mükemmellik ve Güvene Dayalı Avrupa Yaklaşımı”nı yayımlamıştır. Bu belgede özetle yapay zekânın geliştirilmesine katkı sağlayabilecek yaklaşımlar tanımlanmış, bununla birlikte yapay zekâyâ ilişkin riskleri göz önüne alarak izlenmesi gereken düzenleyici politikalar ortaya konulmuştur⁹.

Yukarıda genel hatlarıyla bahsedilen AB'nin yapay zekâyâ ilişkin çalışmaları, nihayetinde 21 Nisan 2021 tarihinde “Yapay Zekâyâ İlişkin

⁴ Murat Okçu/ Sabiha Düz, “Dijital Çağ Başlarken: Avrupa Birliği'nin Dijitalleşme ve Yapay Zekâ Stratejileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 28 (2), 2023, s. 225.

⁵ İlay Yılmaz/ Can Sözer/ Ecem Elver, “Yapay Zekâ ile İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, *Adalet Dergisi*, 1 (66), 2021, s. 452-453; Avrupa Birliği Yapay Zekâ Strateji Belgesi için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=EN>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁶ AB Yapay Zekâ Strateji Belgesi, s. 2.

⁷ Güvenilir Yapay Zekâ için Etik Kılavuz' a erişmek için bkz. <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁸ İnsan Merkezli Yapay Zekâda Güven İnşası belgesi için bkz. <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁹ Yılmaz, Can ve Elver, s. 454.

Uyumlaştırılmış Kurallara (Yapay Zekâ Kanunu) ve Birlik'in Belirli Yasal Dzenlemelerinin Değiştirilmesine Yönelik Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü" (*Regulation of The European Parliament and of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*) olarak tezahür etmiřtir¹⁰. Kısacası AB Yapay Zekâ Kanunu (AI ACT) olarak adlandırılacak olan bu çalışma ile yasa koyucular arasında ilk defa AB, yapay zekâya ilişkin kapsamlı ve bağımsız bir regülasyon ortaya koymuřtur¹¹. AB Yapay Zekâ Kanun teklifi, Komisyon tarafından yayımlandıktan sonra çeşitli gelişmeler yaşanmıştır. Bu gelişmeler kısaca, kamu iştişare sürecinin toplam 304 başvuru ile tamamlanması, dönem başkanlığı tarafından ilk uzlaşma metninin yayımlanması; Dijital Çağda Yapay Zekâ Komitesi tarafından, AB Yapay Zekâ yol haritasını içeren nihai raporun yayımlanması; parlamentodaki siyasi grupların teklif üzerinde değişiklik önerilerini sunması; Avrupa Parlamentosu Hukuk İşler Komitesi'nin, teklife ilişkin görüşleri kabul etmesi; Komisyon'un Avrupa Birliği Yapay Zekâ Ofisi kurulmasına ilişkin kararının yayımlanması ve yürürlüğe girmesi; Yapay Zekâ Kanunu teklifinin Genel Kurulda onaylanarak kabul edilmesi olarak ifade edilebilir¹².

¹⁰ National Standards Authority of Ireland (NSAI), 2023, AI Standards & Assurance Roadmap, 11, NSAI_AI_report_digital.pdf . Tüzük teklifinin ilk halinin İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu tarafından Türkçeye çevirisi için bkz., <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaBirliğiYapayZekâya%C4%B0liskinTuzukTeklifiTurkceTercumesi.pdf> > Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

¹¹ Martin Ebers, "Truly Risk-based Regulation of Artificial Intelligence How to Implement the EU's AI Act", *EU Law Working Papers No. 101, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2024, s. 1, <<https://law.stanford.edu/publications/no-101-truly-risk-based-regulation-of-artificial-intelligence-how-to-implement-the-eus-ai-act/> > Erişim Tarihi 08 Kasım 2024. Avrupa Birliği bu konuda öncülük sağlarken 2024 Yapay Zekâ Endeksi'ne göre dünya genelindeki yasama süreçlerinde yapay zekâdan bahsedilmesi, 2022'de 1.247'den 2023'te 2.175'e yükselerek neredeyse iki katına çıkmıştır. Yapay zekâ 2023 yılında 49 ülkenin yasama işlemlerinde yer almıştır. Detaylı bilgi için bkz. Institute for Human-Centered AI, "Artificial Intelligence Index Report 2024" (HAI, 2024), https://aiindex.stanford.edu/wp-content/uploads/2024/05/HAI_AI-Index-Report-2024.pdf Erişim Tarihi 04 Kasım 2024, s. 368-409. Kanun teklifi hakkında getirilen eleştirilerden bazıları için bkz. Ahmet Semih Başyiğit, *Temel İnsan Hakları Bağlamında Yapay Zekâ*. 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2024, s. 110-112.

¹² İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, "Geçmişten Bugüne Yapay Zekâ Dzenlemesi Teklifi" (İstanbul Barosu, 2024) <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/gecmistengunumuzeyz.pdf>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024; Görentaş/ Çiftçi, s. 184; Kronolojik olarak yaşanan gelişmelerin derlemesi için bkz. <

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

AB Yapay Zekâ Kanunu, AB'nin resmi gazetesinde 12 Temmuz 2024 tarihinde yayımlanmıştır¹³. Kanun resmi gazetede yayımlandıktan yirmi gün sonra yürürlüğe girmiştir. Kanun'un kabul edilerek yürürlüğe girmesi ile maddelerde öngörülen düzenlemelerin uygulanması arasında kademeli bir geçiş süreci öngörülmüştür¹⁴. Örneğin Kanun'un maddelerinin uygulanması genel olarak yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yirmi dört ay sonra gerçekleşecektir¹⁵. Başka bir örnek olarak ise yasaklı yapay zekâ sistemlerine ilişkin maddelerin, Kanun'un yürürlüğe girme tarihinden itibaren altı ay sonra uygulanacak olması verilebilir (AI ACT m. 113).

C. Kanunun Özel Hedefleri

AB Komisyonu, yukarıda özetlenen genel amaçlarının yanı sıra açıklayıcı mutabakatta bazı özel hedefler belirlemiştir. Buna göre AB, Yapay Zekâ Kanunu'nu aşağıdaki özel hedeflerle ortaya koymaktadır:

- Birlik pazarına arz edilen ve kullanılan yapay zekâ sistemlerinin güvenli olmasının ve temel haklara¹⁶ ilişkin mevcut hukuk ile Birlik değerlerine uymasının sağlanması;
- Yapay zekâyâ yatırımı ve yeniliği kolaylaştırmak için hukuki belirlilik sağlanması;
- Yapay zekâ sistemleri için geçerli olan güvenlik gereklilikleri ile temel haklara ilişkin mevcut hukukun etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması ve yönetişimin geliştirilmesi;
- Yasal, güvenli ve güvenilir yapay zekâ uygulamaları için tek bir pazarın geliştirilmesinin kolaylaştırılması ve pazarın parçalanmasının önlenmesi.

Ortaya konulan özel hedeflerden görüleceği üzere, Yapay Zekâ

¹³ İlgili resmi gazete için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/oj/daily-view/Lseries/default.html?&ojDate=12072024>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

¹⁴ Aynı yönde bkz. Aksoy, s. 229-230.

¹⁵ 02/08/2026.

¹⁶ Risk temelli yaklaşımın AB tarafından temel hakların korunması ile bağdaştırılması eleştirilmektedir. Eleştirinin gerekçesi olarak AB'nin temel hakları korumak gibi bir yetkisinin olmadığı ve insan haklarının, risk temelli yaklaşımından ziyade hak temelli yaklaşımla korunabileceği hususları gösterilmektedir. Ebers, s. 6-7. Yapay zekânın regüle edilmesinde benimsenebilecek yaklaşımlar ve genel olarak regülasyon tavsiyeleri için bkz. UNESCO, "Consultation paper on AI regulation: emerging approaches across the world", CI/DIT/2024/CP/01, <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000390979>> Erişim Tarihi 08 Kasım 2024.

Kanunu ile teknolojik inovasyonun önündeki engel olan hukuki belirsizliğin giderilmesinin yanı sıra birey ve toplum için ortaya çıkabilecek risklerin, yükümlülükler ve cezalar yoluyla önüne geçilmesi hedeflenmektedir. AB'ye göre bu hedeflerin gerçekleştirilebilmesi sırasında ise teknolojik gelişmelere set vurmamak veya maliyetleri orantısız bir şekilde artırmamak adına Kanun'da sınırlı ve dengeli bir düzenleme sunulmaktadır¹⁷. Bununla birlikte oluşturulan hukuki çerçevenin, teknolojik gelişmelere ayak uydurabilecek nitelikte olduğu ve yapay zekâ tanımının buna göre ortaya koyulduğu ifade edilmiştir¹⁸.

D. Kanunun Düzenlediği Konular

AB kanun koyucusu, yukarıda özetlenen hedeflere ulaşmak ve belirlenen amaçlara erişebilmek için Kanun kapsamında;

“(a) Birlik içerisinde yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmesi, hizmete alınması ve kullanılmasına ilişkin uyumlaştırılmış kuralları;

(b) belirli yapay zekâ uygulamalarının yasaklanmasını;

(c) yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için özel gereklilikler ve bu tür sistemlerin operatörleri için yükümlülükleri;

(d) belirli yapay zekâ sistemleri için uyumlaştırılmış şeffaflık kurallarını;

(e) genel amaçlı yapay zekâ modellerinin piyasaya sürülmesi için uyumlaştırılmış kuralları;

(f) piyasa izleme, piyasa gözetim yönetişimi ve uygulamaya ilişkin kuralları;

(g) yeni kurulan şirketler de dahil olmak üzere özellikle KOBİ'lere odaklanarak inovasyonu desteklemeye yönelik tedbirleri” (AI Act m. 1/2), düzenleme altına almıştır¹⁹.

¹⁷ AI ACT'in 1. maddesi şu şekildedir:

“Bu Tüzüğün amacı, Birlik içerisinde yapay zekâ sistemlerinin zararlı etkilerine karşı sağlık, güvenlik, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve çevrenin korunması da dahil olmak üzere Şart'ta yer alan temel hakların yüksek düzeyde korunmasını sağlarken ve yenilikçiliği desteklerken, iç pazarın işleyişini iyileştirmek ve insan merkezli ve güvenilir yapay zekânın benimsenmesini teşvik etmektir.”

¹⁸ AI ACT'in amacına ulaşmak için risk temelli yaklaşımla düzenlenmesinin yerinde olduğu ancak Kanun'un önemli hükümlerinin gerçekten risk temelli yaklaşım izlemediği yönünde bkz. Ebers, s. 2-19.

¹⁹ Bozkurt Yüksel, s. 21-22. AI ACT'in açıklanabilir yapay zekâ (*explainable artificial*

AB'nin Açıklayıcı Mutabakatta ortaya koyduğu amaçların ve hedeflerin ne derece yerine getirileceği, zaman içerisinde yasanın uygulanması ile ortaya çıkacaktır²⁰. Ancak Kanun'da düzenlenen kurallara genel olarak değinmek ve Kanun'un özel hedeflerini gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini değerlendirmek adına Yapay Zekâ Kanunu'nun detaylarına temas edilecektir²¹.

E. Kanunun Kapsamı

Yapay Zekâ Kanunu'nun uygulanacağı çerçeve, diğer bir deyişle Kanun'un kapsamı AI ACT'in kapsam başlıklı 2. maddesinde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir:

“1. Bu Tüzük aşağıdakiler için geçerlidir:

(a) Yapay zekâ sistemlerini piyasaya süren veya hizmete sunan ya da Birlik içinde genel amaçlı yapay zekâ modellerini piyasaya süren, Birlik içinde veya üçüncü bir ülkede yerleşik olup olmadıklarına bakılmaksızın, sağlayıcılar (providers),

(b) kuruluş yeri Birlik içinde olan veya Birlik içinde bulunan yapay zekâ sistemlerinin kullanıcıları (deployers);

intelligence) bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Neo Christopher Chung, vd., “False Sense of Security in Explainable Artificial Intelligence (XAI)” *Workshop on AI Governance at the 2024 International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI)*, 2024, s. 2-3, <<https://arxiv.org/pdf/2405.03820>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

²⁰ Yasa çok yönlülükleri ve geniş uygulama yelpazesıyla, Büyük Üretken Yapay Zekâ Modelleri (*Large Generative AI Models*)'nin oluşturduğu riskleri yeterince karşılamadığı için eleştirilmektedir. Bu riskleri bertaraf etmek adına, büyük üretken yapay zekâ modellerine ilişkin farklı bir terminolojinin oluşturulması teklifinin yanı sıra birtakım öneriler sunulmaktadır. Bu doğrultuda bkz. Philipp Hacker/ Andreas Engel/ Marco Mauer, “Regulating ChatGPT and Other Large Generative AI Models” (Oxford Business Law Blog, 2023) <<https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/03/regulating-chatgpt-and-other-large-generative-ai-models>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024. Yine ChatGPT gibi üretken yapay zekâ modellerinin AI ACT kapsamında değerlendirilmesi için bkz. Natali Helberger / Nicholas Diakopoulos, “ChatGPT and the AI Act”. *Internet Policy Review*, 12 (1), 2023, <<https://policyreview.info/pdf/policyreview-2023-1-1682.pdf>>, s. 1-6. Üretken yapay zekâ, büyük dil işleme modelleri ve temel model arasındaki ayrım için bkz. Helen Toner, “What Are Generative AI, Large Language Models, and Foundation Models?” (CSET, 2023) <<https://cset.georgetown.edu/article/what-are-generative-ai-large-language-models-and-foundation-models/>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

²¹ Kanunun etkililiğinde kurumsal yapıların kurulması, uygulama yasalarının geçirilmesi, uyum standartları, yönergeler ve uygulama kodları ve ardından bunların tüm hedef aktörler tarafından yorumlanmasını ve uygulanmasını içeren politika döngüsünün gerekli olduğu noktasında bkz. Kasia Söderlund/ Stefan Larsson, “Enforcement Design Patterns in EU Law: An Analysis of the AI Act”, *Digital Society*, 3 (41), 2024, <<https://doi.org/10.1007/s44206-024-00129-8>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

(c) sistem tarafından üretilen çıktının Birlik içinde kullanıldığı durumlarda, kuruluş yeri Birlik içinde olan veya üçüncü bir ülkede bulunan yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları ve kullanıcıları;

(d) Yapay zekâ sistemlerinin ithalatçıları ve kullanıcıları;

(e) kendi ürünleri ile Birlikte ve kendi adları veya ticari markaları altında bir yapay zekâ sistemini piyasaya süren veya hizmete sunan ürün üreticileri;

(f) Birlik içinde yerleşik olmayan sağlayıcıların yetkili temsilcileri.

(g) Birlik içerisinde yerleşik olan etkilenen kişileri.”

Kanun'un kapsamı, yapay zekâ sistemlerinin, Birlik içinde ve Birlik dışında gösterdikleri faaliyetler olarak ikiye ayrılabilir. Yasanın uygulanacağı aktörler, Birlik içerisinde yapay zekâlı sistemleri sağlayan, kullanan, ithal eden, dağıtan, kendi markası altında üreten ve bu sistemlerden etkilenen kullanıcılar olarak sınıflandırılabilir. Öte yandan Birlik içerisinde kurulmamak, yerleşmemek, kullanılmamakla birlikte yapay zekâlı sistem çıktılarının Birlik içerisinde kullanıldığı durumlarda da Yapay Zekâ Kanunu uygulanacaktır.

Kanun'un kapsamı oldukça geniş tutulmuştur²². Genişliğin boyutunu göstermek adına örnek vermek gerekirse, Çin'de üretilen bir yapay zekâlı sistem, Birlik üyesi devletlere ithal edilmese, Birlik üyesi devletler ve vatandaşlar tarafından kullanılsa veya Birlik'te yerleşik olan üreticiler tarafından kendi markası altında kullanılsa bile, yalnızca yapay zekâlı sistem çıktısının Birlik içerisinde kullanılıyor olması hâlinde, Çin'deki yapay zekâlı sistemin sağlayıcısı ve kullanıcısı AI ACT'in uygulanması kapsamında olacaktır. Bu doğrultuda üçüncü ülke olan Türkiye'de yerleşik olursa dahi, AB pazarına yapay zekâ sistemleri sunuluyor ve/veya yapay zekâ sistemlerinin çıktıları Birlik içerisinde kullanılıyorsa, bu tür faaliyetleri yürüten şirketlerin de işbu Kanun'a uygun hareket etmesi gerekecektir.

İlk bakışta Kanun kapsamının gereğinden fazla geniş tutulduğu izlenimi uyansa da yapay zekâ teknolojilerinin yapısı gereği, böyle geniş bir kapsamın tercih edilmesi makul görülebilecektir. Özellikle internetin küresel bir dünya oluşturması ile birlikte yapay zekâ sistemleri tarafından -örnekte olduğu gibi Çin'de- oluşturulan çıktıların dünyanın dört bir yanında ve Birlik üyesi

²² Benzer doğrultuda bkz. Aksoy, s. 218; Bozkurt Yüksel, s. 23; Mesut Serdar Çekin/ Ahmet Esat Berktaş/ M. Furkan Akıncı, *Veri Hukuku*, 1. Bası, Oniki Levha, 2023, s. 69.

devletlerde kullanılması bir hayli olasıdır²³. Diğer taraftan Kanun kapsamının bu kadar geniş tutulmasının bir diğer nedeni ise AB üyesi devletlerde yerleşik olan şirketlerin Kanun kapsamında kalarak birden çok yükümlülüğe tabi olmasına rağmen, Birlik dışında yerleşik yapay zekâ şirketlerinin yükümlülüklere tabi olmadan AB pazarında rekabette avantajlı bir konuma gelmesini engellemek veya aktörlerin yerleşim yerlerini seçerek Birlik hukukunun uygulanmasından kaçmalarını önlemek olabilecektir²⁴.

F. Kanunun Kapsam Dışı Olduğu Hâller

Yapay Zekâ Kanunu bazı durumlarda uygulanmayacaktır. Kanun, Birlik hukukunun kapsamı dışındaki alanlara uygulanmayacak ve üye devletlerin ulusal güvenlikle ilgili yetkilerini hiçbir şekilde etkilemeyecektir. Burada Birlik üyesi devletler tarafından bu yetkilerle ilgili görevleri yerine getirmek üzere görevlendirilen kuruluşun türüne bakılmayacaktır (AI Act m. 2/3, 1.paragraf). Kanun'un Birlik hukukunun kapsamı dışında uygulanmaması ve üye devletlerin ulusal güvenlikle alakalı yetkilerini etkilememesi doğaldır.

Öte yandan Kanun, kuruluşun türüne bakılmaksızın, münhasıran askeri, savunma veya ulusal güvenlik amaçlarıyla piyasaya sürülen, hizmete alınan veya bu tür sistemlerde değişiklik yapılarak veya yapılmadan kullanılan yapay zekâ sistemlerine uygulanmayacaktır. Kanun kapsamı dışında bırakılan nokta, münhasıran askeri ve ulusal güvenlik amaçlarıyla kullanılan sistemler ve Birlik dışındaki yapay zekâ sistemleri tarafından üretilen çıktıların Birlik içerisinde münhasıran askeri ve ulusal güvenlik amaçlarıyla kullanımınıdır (AI Act m. 2/f. 3, 2-3. paragraf).

Kanun'un bir diğer kapsam dışı olduğu hâl, yalnızca bilimsel araştırma ve geliştirme (ar-ge) amacıyla özel olarak geliştirilen ve hizmete sunulan yapay zekâ sistemleri ve modelleri ile bunların çıktıları içindir (AI Act m. 2, f. 6). Buna göre ar-ge amacıyla yapılacak ve denenecek olan yapay zekâ sistemleri,

²³ Kanun'un yapay zekâ alanında Birliği, küresel bir lider olarak konumlandırması beklenmektedir. Bu doğrultuda AI ACT ve Brüksel Etkisi (*Brussels Effect*) ile alakalı detaylı bir değerlendirme için bkz. Almada/ Radu, s. 653-659. AI ACT'in Brüksel Etkisi oluşturmayacağı ve hatta oluşturmaması gerektiği noktasında ise bkz. Ebers, s. 18-20.

²⁴ Laszlo Pok, "Deep dive into the AI Act - Part 2: the scope of the AI Act", (GDPR, 2024) <https://gdpr.blog.hu/2024/06/10/deep_dive_into_the_ai_act_part_2_the_scope_of_the_ai_act> 04 Kasım 2024; Buna ilişkin şema ve aktörlerin farklı rollerinin güzel bir örneği için bkz. Pok L, Deep dive into the AI Act - Part 1: what does the adoption of the ai act mean in Practice <https://gdpr.blog.hu/2024/06/03/preparing_to_apply_the_ai_regulation_part_1_what_does_the_adoption_of_the_ai_act_mean_in_practice> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

Kanun kapsamına girmeyecek ve faaliyetlerini kendileri için özel olarak oluşturulan kum havuzlarında (*sandbox*) gerçekleştirecektir²⁵. Bu doğrultuda düzenleyici kum havuzları oluşturmak ve kullanmak düzenleme çerçevesinde zorunlu olmayıp ihtiyari bir seçenektir²⁶. Ancak düzenleme, kum havuzlarına ilişkin detaylı ve tam olarak neye izin verileceğinin belirli olmadığı yönünden eleştirilmektedir²⁷.

Diğer taraftan Kanun, yapay zekâ sistemlerini tamamen kişisel ve profesyonel olmayan bir faaliyet sırasında kullanan gerçek kişiler olan kullanıcının yükümlülüklerine uygulanmayacaktır (AI Act m. 2, f. 10). Örneğın yüksek riskli yapay zekâ sistemlerini, sadece kişisel kullanım bazında oyun oynamak üzere kullanan Birlik içerisinde yerleşik bir kişi, Kanun'un kapsamına girmeyecektir²⁸.

III. RİSK TEMELLİ YAKLAŞIMDA RİSK GRUPLARININ İNCELENMESİ

A. Yapay Zekâ Tanımı ve Risk Grupları

Kanun'da yapay zekâ sistemi şu şekilde tanımlanmıştır:

*“Yapay zekâ sistemi”, değişen seviyelerde otonomi ile çalışmak üzere tasarlanmış ve kullanıma alındıktan sonra uyarlanabilirlik gösterebilen ve açık veya örtülü hedefler için, aldığı girdiden, fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktıların nasıl üretileceğini çıkaran makine tabanlı bir sistemdir.”*²⁹

²⁵ Kum havuzu (*sandbox*): Kum havuzu, yazılım geliştirme sırasında denemeler için güvenli bir alan sağlayan örnek bir test ortamıdır. Aynı zamanda yeni bir beceri öğrenirken ve gerçek dünya ortamlarını/veri merkezlerini tüketmeksizin var olan farklı özellikler hakkında pratik olarak bilgi edinmek için de kullanılabilir. Detaylı bilgi için bkz. <<https://testsigma.com/blog/what-is-sandbox/>> 04 Kasım 2024.

²⁶ Tambiama Madiega/ Anne Louise Van De Pol, “Artificial intelligence act and regulatory sandboxes”. *European Parliamentary Research Service*, 733.544, 2022, s. 3., <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733544/EPRS_BRI\(2022\)733544_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733544/EPRS_BRI(2022)733544_EN.pdf)> 04 Ekim 2024. Düzenleyici kum havuzları için bkz. Calvin Wai-Loon Ho1/ Karel Caals. “How the EU AI Act Seeks to Establish an Epistemic Environment of Trust”, *Asian Bioethics Review*, 16, 2024, 345–372, <<https://doi.org/10.1007/s41649-024-00304-6>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

²⁷ Wolf-Georg Ringe, “Why We Need a Regulatory Sandbox For AI” (Oxford Business Law Blog, 2023) <<https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/05/why-we-need-regulatory-sandbox-ai/>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

²⁸ Diğer kapsam dışı haller için bkz. AI Act m. 2, f. 5, f. 7, f. 9, f. 11, f. 12. Örnekler için bkz. Pok, *AI Part 2*.

²⁹ AI ACT sadece makine öğrenmesi için değil, aynı zamanda mantık ve bilgi tabanlı

Tanımdan yola çıkarak bir yapay zekâ sisteminin unsurları; makine tabanlı bir sistem olma, farklı özerklik seviyelerinde çalışma, kullanıma alındıktan sonra uyarlanabilirlik gösterme, açık veya örtülü amaçlar için aldığı girdiden çıktılarının nasıl üretileceğini çıkarma ve çıktılarının fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilmesi, olarak sıralanabilecektir³⁰. Tanımda otonomi ve çıkarım unsurları ön plana çıkmaktadır. Bu unsurlar ile yapay zekâ sistemi, daha basit geleneksel yazılım sistemlerinden veya programlama yaklaşımlarından ayrılmaktadır. Örneğin yalnızca gerçek kişiler tarafından ortaya konulan kurallara dayalı sistemler, işlemler otomatik olarak yürütülmesine rağmen tanımın kapsamına girmemektedir³¹.

Yapay zekâ sistemi bu şekilde tanımlandıktan sonra, risk temelli yaklaşımla risk grupları kendi içerisinde;

1. yasaklı diğer bir deyişle kabul edilemez riskli,
2. yüksek riskli,
3. sınırlı riskli ve
4. minimum riskli yapay zekâ sistemleri olarak ayrılmıştır³². Kanun'un

yaklaşımlar için de geçerli olacaktır. Ebers, s. 12. Yapay zekâ sistemi tanımın süreç içerisinde geçirdiği değişimler ve genel olarak Kanun'daki tanımların hukuki ve teknik bakış açısıyla değerlendirilmesi için bkz. David Fernández-Llorca, vd. "An interdisciplinary account of the terminological choices by EU policymakers ahead of the final agreement on the AI Act: AI system, general purpose AI system, foundation model, and generative AI" *Artif Intell Law*, 2024, s. 3-5 <<https://doi.org/10.1007/s10506-024-09412-y>> 04 Kasım 2024; Ayrıca bkz. Ayesha Gulley/ Airlie Hilliard, "Lost in Transl(A)t(I)on: Differing Definitions of AI [Updated]", (Holistic AI, 2024) <<https://www.holisticai.com/blog/ai-definition-comparison>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

³⁰ Yapay zekâ sistemi unsurlarının ayrı ayrı değerlendirildiği bir çalışma için bkz. Laszlo Pok, "Deep dive into the AI Act - Part 3: the definition of AI systems", (GDPR, 2024) <https://gdpr.blog.hu/2024/06/10/deep_dive_into_the_ai_act_part_3_the_definition_of_ai_systems> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

³¹ Chiara Cristofoloni, "Navigating the impact of AI systems in the workplace: strengths and loopholes of the EU AI Act from a labour perspective", *Italian Labour Law e-Journal*, 17 (1), 2024, s. 81, <<https://illej.unibo.it/article/view/19796/18192>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024; Pok, *AI ACT Part 3*.

³² Aksoy, s. 219; Bozkurt Yüksel, s. 23; Cristofoloni, s. 83; Ebers, s. 1; Osman Gazi Güçlütürk, *Yapay Zekâ ve Verinin Kullanımı*, 1. Bası, Oniki Levha, 2022, s. 375-376; NSAI, s. 10-11. Literatürde AI ACT'teki bu sınıflandırmanın bazı yazarlar tarafından üçe ayrılarak incelendiği görülmektedir. Yapılan üçlü sınıflandırma şu şekildedir; yasaklı sistemler, yüksek riskli sistemler ve diğer sistemler. Üçlü sınıflandırmayı kullananlara örnek olarak bkz. Almada/ Radu, s. 649; Çekin/ Berktaş/ Akıncı, s. 69-73. Öte yandan üretken yapay zekâ sistemlerinin, belirli bir amaç için oluşturulmaması ve oldukça geniş bir kitleye hitap ederek farklı çıktılar üretilmesi için kullanılması gibi özellikleri sebebiyle, risk temelli

risk temelli yaklaşımının altında yatan amaç, inovasyon ve yapay zekâ sistemlerinin faydaları ile güvenlik, sağlık ve temel haklar gibi temel değerlerin korunması arasında orantılı bir denge kurmaktır³³. İfade edilmelidir ki ilk iki kategori dahilinde kabul edilecek olan yapay zekâ sistemleri, uygulamada kullanılan yapay zekâ sistemlerinin çok az bir kısmına karşılık gelmektedir³⁴.

Öte yandan Kanun'da genel amaçlı yapay zekâ modelleri, sistemik risk taşıyan ve taşımayan modeller olarak ikiye ayrılmış ve bu modellere ilişkin yükümlülükler öngörölmüştür³⁵. İlerleyen bölümlerde bu ayırım çerçevesinde aktörlerin yükümlülükleri detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

B. Yasaklı Yapay Zekâ Sistemleri

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu'nda risk³⁶ temelli yaklaşım öngörölmektedir³⁷. Bu doğrultuda yasaklı yapay zekâ sistemleri kontrol altına alınmak yerine doğrudan yasaklanmak suretiyle oluşabilecek olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır³⁸. Yasağın kapsamı, belirtilen

yaklaşımındaki sınıflandırmanın üretken yapay zekâ sistemleri için yeterli olmadığı noktasında bkz. Helberger/ Diakopoulos, s. 2.

³³ Ebers, s. 2. Öte yandan kanun koyucuların risk temelli yaklaşımı benimserken; *risk-fayda analizi, teknoloji tarafsızlığı, kanuta dayalı risk değerlendirmesi ve sınıflandırması, orantılı düzenleyici yük ve esneklik ile uyulanabilirlik* gibi bazı temel unsurları göz önünde bulundurması gerekmektedir. Aynı yazara göre ifade edilen temel unsurlardan *risk-fayda analizinden* yoksun olması sebebiyle AI ACT'e eleştiriler getirilmektedir. Örneğin AI ACT, yapay zekâ sistemlerinin potansiyel olumlu etkilerini göz önüne almadan, öncelikle sağlık, güvenlik ve temel haklara yönelik risk ve tehditleri önlemeye odaklanmaktadır. Böylelikle ikilem durumlarında potansiyel riskler ve faydalar arasında uygun bir denge kurulması da zorlaşmaktadır. Ebers, s. 4-9.

³⁴ Almada/ Radu, s. 649; Çekin/ Berktaş/ Akıncı, s. 69.

³⁵ Benzer doğrultuda bkz. Görentaş/ Çiftçi, s. 182-183.

³⁶ Risk kavramı için bkz. Ebers, s. 3.

³⁷ Yapay zeka sistemlerine karşı risk temelli yaklaşımın esas alınma sebebinin, AI ACT'in ürün güvenliği perspektifinden düzenlenmiş olduğu yönünde bkz. Ljubiša Metikos/ Jef Ausloos, "The Right to an Explanation in Practice: Insights from Case Law for the GDPR and the AI Act (August 06, 2024)" *Forthcoming in Law, Innovation, and Technology (Pre-publication)* 17 (2) 2025, s. 8, <<https://ssrn.com/abstract=>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024; Aynı doğrultuda Malte Stieper/ Michael Denga, "The International Reach of EU Copyright Through the AI Act" *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, No. 194, s. 13, <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/304446/1/1906198926.pdf>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

³⁸ Almada/ Radu, s. 649. AI ACT yapay zekânın toplum ve bireyler için ne zaman kabul edilemez bir risk oluşturduğuna dair kriterler belirlemek yerine yalnızca kabul edilemez riskler oluşturduğú düşünölen ve bu nedenle Birlik içerisinde yasaklanan sistem kategorilerinin bir listesini oluşturduğú için eleştirilmektedir. Keza Kanun, farklı risk kategorilerinin tasarlanmasında deneysel verilere sınırlı bir şekilde dayandığı için de eleştirilere maruz kalmaktadır. Ebers, s. 9.

yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmesi, hizmete sokulması veya kullanılması olarak ifade edilmektedir.

AI ACT'in 5. maddesinde yasaklı yapay zekâ sistemleri düzenlenmiştir. Yasaklı olan yapay zekâ sistemleri şu şekilde özetlenebilecektir:

1. Kamuya açık alanlarda³⁹ kolluk faaliyetleri amacıyla 'gerçek zamanlı' uzaktan biyometrik tanımlama⁴⁰ gerçekleştiren yapay zekâ sistemleri birkaç istisna hariç olmak üzere yasaklanmıştır.

Yasağın uygulanmayacağı istisnai haller ise sistemin kamuya açık alanlarda kullanılmasının zorunlu ve gerekli olduğu ölçüde şunlardır:

a. kaçırılma, insan ticareti ve cinsel istismar mağdurlarının hedefli olarak ve kayıp kişilerin aranması,

b. gerçek kişilerin yaşamına veya fiziksel güvenliğine yönelik belirli, önemli ve yakın bir tehdidin önlenmesi veya gerçek ve mevcut ya da gerçek ve öngörülebilir bir terör saldırısı tehdidinin önlenmesi;

c. Ek II'da atıfta bulunulan ve ilgili Üye Devlet'te en az dört yıllık bir süre için hapis cezası veya tutuklama emri ile cezalandırılabilen suçlar için soruşturma, kovuşturma veya bir cezanın infazı amacıyla, suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin yerinin belirlenmesi veya kimliğinin tespit edilmesi (AI Act m. 5/1-h).

İstisnai hallerde kamuya açık alanlarda 'gerçek zamanlı' uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin kullanımının nasıl olması gerektiği, koşulları, yargı makamlarından izin alınması gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sonradan izin almak şartıyla kullanılma, raporlama gibi detaylı düzenlemeler 5. maddenin 2-7. fıkralarında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir⁴¹. Bu istisna,

³⁹ AI ACT m. 3/44: "Kamuya açık alan, erişim için belirli koşulların geçerli olup olmadığına ve potansiyel kapasite kısıtlamalarına bakılmaksızın, belirsiz sayıda gerçek kişi tarafından erişilebilen kamuya veya özel sektöre ait herhangi bir fiziksel yer anlamına gelir." Çevrimiçi alanların fiziksel alan olmaması sebebiyle, kamuya açık alan kavramına girmediği yönünde bkz. AI ACT Açıklayıcı Mutabakat, m. 9. Detaylı bilgi için bkz. Laszlo Pok, "Deep dive into the AI Act - Part 5: Prohibited AI practices", (GDPR, 2024) <https://gdpr.blog.hu/2024/07/11/deep_dive_into_the_ai_act_part_5_prohibited_ai_practices> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁴⁰ AI ACT m. 3/42: "Gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sistemi, biyometrik verilerin yakalanması, karşılaştırılması ve tanımlanmasının önemli bir gecikme olmaksızın gerçekleştiği, sadece anında tanımlamayı değil, aynı zamanda hile yapılmasını önlemek için sınırlı kısa gecikmeleri de içeren bir uzaktan biyometrik tanımlama sistemi anlamına gelir."

⁴¹ Bu istisna ile ortaya çıkabilecek kamu alanlarında mahremiyetin sınırlandırılması ve idari sorunlar hakkında bkz. Gizem Gültekin-Várkonyi, "Yüz Tanıma Teknolojileri ve Yapay

kullanım amacının pratikte sınırlandırılmaması, ikincil kullanım alanlarının oldukça geniş kapsamlı olması; bu teknolojilerin kullanımının nerede, ne zaman yapıldığı gibi bilgilendirmelerden vatandaşların uzak kalmasıyla yanlış verileri düzeltme veya güncelleme şansına sahip olunmaması; düzenlemenin kolluk faaliyetlerini, kolluk kuvvetleri adına ve lehine faaliyet gösterebilecek kişileri tanımlamada belirsizlik oluşturması ve bu etkinliklere dahil olabilecek kurumları da belirtmemesi yönlerinden eleştirilmektedir⁴².

Yukarıda belirtilen istisnai hallerde kolluk faaliyeti kapsamında kamuya açık alanlarda 'gerçek zamanlı' uzaktan biyometrik tanımlama gerçekleştirilmesi, *General Data Protection Regulation*⁴³ (GDPR)'in 9. maddesinde yer alan biyometrik verilerin kolluk kuvvetleri dışındaki amaçlarla işlenmesine yönelik hükümlere hâlel getirmemektedir.

2. Kişiler üzerinde önemli zarar oluşturma riski bulunan ve bilinçaltını etkileyen, yanıltıcı, manipülatif teknikler kullanan, davranışları etkileyen yapay zekâ sistemleri yasaklanmıştır (AI Act m. 5/1-a)⁴⁴. Bu yasak kapsamında kişi veya kişilerin, bilinçli olarak karar verme yeteneğini önemli ölçüde bozacak nitelikte davranışlarını çarpıtmaya yarayan ve bu kişilerin zarar görmesine neden olacak birtakım teknikler kullanarak almayacağı kararı aldirmaya yönelik hareket eden sistemlerin, piyasaya sürülmesi, hizmete sokulması veya kullanılması yasaklanmıştır⁴⁵. Bu yasaklama ile kişilerin özgür iradelerinin yapay zekâ sistemleri tarafından manipüle edilmemesi amaçlanmıştır⁴⁶.

3. Bir kişi veya grubun çeşitli sebeplerden (yaş, engellilik, sosyal veya ekonomik durum vs.) dolayı gerçekleşen zayıflıklarından yararlanarak, bu

Zekâ Tüzüğü", *İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu Üretken Yapay Zekâ ve Hukuki Meseleler Konferans Bildirisi*, 2024, s. 7-12, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/yzcg_uretkenyzvrehukukimeseleler.pdf> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁴² Gültekin-Várkonyi, s. 8-10.

⁴³ GDPR ile AI ACT'in kısa bir değerlendirmesi için bkz. Aksoy, s. 230-234.

⁴⁴ Bu yasağın AB tüketici hukuku bağlamında kısa bir değerlendirmesi için bkz. Devetzis ve Samaras, s. 305.

⁴⁵ Karar verme yeteneğinin önemli ölçüde bozulmasının nasıl tespit edileceği ve önemli ölçü sınırının ne olduğunu belirlenmesinin şu an için zor olduğu, ancak müdahalenin ciddiyetinin derecesi arttıkça önemli etkinin ortaya çıkmasının muhtemel olduğu noktasında bkz. Pok, *AI ACT Part 5*.

⁴⁶ Bu bente yer alan kavramların detaylı bir şekilde değerlendirilmesi için bkz. Huixin Zhong/ Eamonn O'Neill/ Janina A. Hoffmann, "Regulating Ai: Applying Insights From Behavioural Economics And Psychology To The Application Of Article 5 Of The EU AI Act", *Proceedings of the AAAI Conference on Artificial Intelligence*, 38 (18), 2024, s. 1-11, <<https://doi.org/10.1609/aaai.v38i18.29977>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

kişilerin davranışlarını onların veya başkalarının zararına yol açacak ya da makul ölçüde zarar görmesi muhtemel olacak şekilde suistimal etmek için oluşturulan yapay zekâ sistemler yasaklanmıştır (AI Act m. 5/1-b)⁴⁷. Burada sosyal hayattaki dezavantajlı grupların yapay zekâ sistemleri tarafından suistimal edilmesinin önüne geçilmektedir⁴⁸. Ancak bir üst maddede yasaklanan sistemler, esasen sosyal yaşamda dezavantajlı grupların da korunmasına hizmet edebilecek niteliktedir. Ancak AB kanun koyucusu, ayrı bir paragrafta bu gruba ilişkin yasağı düzenleyerek dezavantajlı grupların korunmasına ayrı bir önem vermiştir.

4. AI ACT’te profillemeye veya kişilik özellikleri üzerinden suç işleme ihtimallerini değerlendiren sistemler yasaklanmıştır. Masumiyet karinesinin bir yansıması olarak görülebilecek olan bu yasak kapsamında, bir gerçek kişinin suç işleme riskini değerlendirmek veya tahmin etmek amacıyla, sadece gerçek kişinin profilinin çıkarılmasına veya kişilik özelliklerinin ve karakteristiklerinin değerlendirilmesine dayalı gerçek kişilerin risk değerlendirmelerini yapmak için yapay zekâ sistemi kurulamayacak, öncesinde kurulmuşsa piyasaya sürülüp kullanılmayacaktır⁴⁹. Ancak bu yasak, bir kişinin suç faaliyetine karıştığına dair insan değerlendirmesini desteklemek için kullanılan ve zaten bir suç faaliyetiyle doğrudan bağlantılı nesnel ve doğrulanabilir gerçeklere dayanan yapay zekâ sistemleri için geçerli değildir (AI Act m. 5/1-d).

5. Eğitim ve çalışma alanlarında gerçek kişilerin duygu tespitini yapan, diğer bir deyişle duygularını yorumlayan (infer emotions of a natural person) yapay zekâ sistemleri yasaklanmıştır⁵⁰. Ancak yapay zekâ sisteminin kullanımının tıbbi veya güvenlik nedenleriyle piyasaya sürülmesi veya piyasaya sürülmesinin amaçlandığı durumlar, yasak kapsamında değildir

⁴⁷ Yasak ile tüketicinin korunmasının da sağlandığı noktada bkz. Devetziş ve Samaras, s. 306-307.

⁴⁸ Bozkurt Yüksel, s. 24. Bu bent ile kişilerin savunmasızlıklarından yararlanılmaması kuralının boşluk içerdiği noktasındaki eleştiri için bkz. Gianclaudio Maltieri, “Human vulnerability in the EU Artificial Intelligence Act”, (OUPBlog, 2024) <<https://blog.oup.com/2024/05/human-vulnerability-in-the-eu-artificial-intelligence-act/>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁴⁹ Aynı doğrultuda bkz. Pok, *AI ACT Part 5*.

⁵⁰ Buradaki duygu kavramı ile, mutluluk, üzüntü, öfke, şaşkınlık, gibi kişilerin duyguları veya niyetleri ifade edilmektedir. Örneğin, kazaları önlemek amacıyla profesyonel pilotların veya sürücülerin yorgunluk durumunu tespit etmede kullanılan sistemler de dahil olmak üzere, ağrı veya yorgunluk gibi fiziksel durumları içermemektedir. Bu aynı zamanda, kolayca görünen ifadelerin, jestlerin veya hareketlerin yalnızca algılanmasını da içermemektedir. Pok, *AI ACT Part 5*.

(AI Act m. 5/1-f)⁵¹. Dolayısıyla örneğin duygu tespiti yapan yapay zekâli sistemler eğitim ve iş yaşamında kullanılamazken, hastanelerde hastaların duygu durumunu kontrol için bu sistemlerin kullanılması yasak değildir. Bu yasağın duygu tespiti yapan yapay zekâli sistemlerin tümüne ait olmadığı ifade edilmelidir⁵². Diğer bir deyişle duygu tanıma sistemleri, eğitim ve çalışma alanlarında kullanılanlar hariç olmak üzere, yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak kabul edilmiştir (AI ACT, Ek 3, 1c).

6. Hedefli olmayan kamusal görüntüleme kaynaklarının kullanılarak yüz tanıma veri tabanı üretilmesini amaçlayan yapay zekâ sistemleri de yasaklanmıştır (AI Act m. 5/1-e). İnternette veya CCTV⁵³ görüntülerinden yüz görüntülerinin hedeflenmemiş bir şekilde toplanması yoluyla yüz tanıma veri tabanları oluşturulması veya olanların genişletilmesini sağlayan yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmesi, bu özel amaç için hizmete sunulması veya kullanılması yasaktır⁵⁴.

7. Kişilere zarar verici ya da elverişsiz muameleye tabi tutulmasını gerektirecek sonuçları olabilen sosyal derecelendirme sistemleri yasaklanmıştır⁵⁵. Gerçek kişilerin veya kişi gruplarının sosyal davranışlarına veya bilinen ya da tahmin edilen kişisel özelliklerine dayalı olarak belirli bir süre boyunca değerlendirilmesi veya sınıflandırılması için yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmesi, hizmete sokulması veya kullanılması ve

⁵¹ Bu yasağın AB tüketici hukuku bağlamında kısa bir değerlendirmesi için bkz. Devetziş ve Samaras, s. 306. Öte yandan Kanun'un orijinal metninde "*in the areas of workplace*" kavramı kullanıldığı için bu maddenin dar yorumundan yasağın sadece işyerlerinde duygu tanıma sistemlerinin kullanılmasının kapsadığı, korumanın işe alım aşamalarında geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmakta olduğunu ancak Avrupa Birliği'nin diğer düzenlemeleri de göz önüne alınarak işe alım süreçlerinde de yasağın uygulanması gerektiği noktasında bkz. Cristofoloni, s. 84-85.

⁵² Pok, *AI ACT Part 5*.

⁵³ CCTV (*Closed-Circuit Television*) kapalı devre televizyon anlamına gelir ve genellikle video gözetimi olarak bilinmektedir. "Kapalı devre", halka açık olan normal televizyonun aksine yayınların, genellikle sınırlı sayıda (kapalı) monitöre iletildiği anlamına gelmektedir. Kapalı devre televizyon ağları, suç faaliyetlerini tespit etmek ve trafik ihlallerini kaydetmek için kullanılır, ancak başka kullanım alanları da vardır. Detaylı bilgi için bkz. Paessler, "IT Explained: CCTV", (Paessler, 2024) <<https://www.paessler.com/it-explained/cctv>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁵⁴ Pok, *AI ACT Part 5*.

⁵⁵ Sosyal derecelendirme sistemlerini anlamak adına Çin'de uygulanan sistem hakkında detaylı bilgi için bkz. Zeyi Yang, "China just announced a new social credit law. Here's what it means", (MIT Technology Review, 2022) <<https://www.technologyreview.com/2022/11/22/1063605/china-announced-a-new-social-credit-law-what-does-it-mean/>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

sosyal puanın;

(i) verilerin orijinal olarak üretildiği veya toplandığı ortamlarla ilgisi olmayan sosyal bağlamlarda belirli gerçek kişilere veya kişi gruplarına zararlı yahut elverişsiz muamele yapılmak için kullanılması;

(ii) belirli gerçek kişilerin veya kişi gruplarının sosyal davranışları veya bu davranışların ciddiyeti ile gerekçelendirilmemiş veya orantısız olan zararlı ya da elverişsiz muameleye tabi tutulması için kullanılması;

hallerinden birine veya her ikisine yol açmasına neden olan sosyal derecelendirme sistemleri yasaklanmıştır (AI Act m. 5/1-c)⁵⁶.

8. Gerçek kişilerin biyometrik verilerine dayanarak ırk, siyasi görüş, sendika üyeliği, dini veya felsefi inanç hakkında çıkarımlarda veya sonuçlarda bulunan biyometrik sınıflandırma sistemleri yasaklanmıştır. Ancak bu yasak, görüntüler gibi yasal olarak elde edilmiş biyometrik veri kümelerinin biyometrik verilere dayalı olarak etiketlenmesini, filtrelenmesini ya da kolluk kuvvetleri alanında biyometrik verilerin sınıflandırılmasını kapsamamaktadır (AI Act m. 5/1-g).

C. Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemleri ve Yükümlülükler

1. Genel Olarak

Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri AI ACT'in 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede bir yapay zekâ sisteminin hangi durumlarda yüksek riskli olarak kabul edileceği ve bunun şartlarının ne olduğu detaylı olarak düzenlenmiştir⁵⁷.

“Bir yapay zekâ sisteminin (a) ve (b) bentlerinde düzenlendiği ürünlerden bağımsız olarak piyasaya sürülüp sürülmediğine veya hizmete alınıp alınmadığına bakılmaksızın, aşağıdaki koşulların her ikisinin de yerine getirildiği durumlarda bu yapay zekâ sistemi yüksek riskli olarak kabul edilir:

(a) Yapay zekâ sisteminin bir ürünün güvenlik bileşeni olarak kullanılması amaçlanıyorsa veya yapay zekâ sisteminin kendisi Ek I'de listelenen Birlik uyum mevzuatı kapsamında bir ürünse;

⁵⁶ AB'nin geniş kapsamlı kalite gerekliliklerine tabi tuttuğu yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine odaklandığı noktada bkz. Stieper/ Denga, s. 13. Yasanın ilk halindeki bu hükme ilişkin eleştiriler için bkz. Bozkurt Yüksel, s. 26-27.

⁵⁷ Güçlütürk, s. 376.

(b) (a) bendi uyarınca güvenlik bileşeni yapay zekâ sistemi olan ürünün veya bir ürün olarak yapay zekâ sisteminin kendisinin, Ek I'de listelenen Birlik uyum mevzuatı uyarınca bu ürünün piyasaya sürülmesi veya hizmete sokulması amacıyla üçüncü taraf uygunluk değerlendirmesinden geçmesi gerekiyorsa."

Bu kapsamda bir yapay zekâ sistemi, maddede sağlanan şartları sağlıyorsa yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak kabul edilecek, ancak bu sistem gerçek kişilerin sağlığı, güvenliği veya temel hakları açısından önemli bir zarar riski teşkil etmiyorsa, yüksek riskli olarak değerlendirilmeyecektir⁵⁸. Ancak yüksek riskli kabul edilmeme hâli, aşağıdaki kriterlerden bir veya daha fazlasının yerine getirilmesi halinde söz konusu olacaktır⁵⁹. Diğer bir deyişle aşağıdaki hallerde yapay zekâ sistemi yüksek riskli olarak kabul edilmeyecektir:

"(a) Yapay zekâ sisteminin dar bir prosedürel görevi yerine getirmesi amaçlanıyorsa;

(b) Yapay zekâ sisteminin daha önce tamamlanmış bir insan faaliyetinin sonucunu iyileştirmesi amaçlanıyorsa;

(c) Yapay zekâ sisteminin karar verme kalıplarını veya önceki karar verme kalıplarından sapmaları tespit etmesi amaçlanıyorsa ve uygun insan incelemesi olmaksızın önceden tamamlanmış insan değerlendirmesinin yerini alması veya etkilemesi amaçlanmıyorsa; veya

*(d) Yapay zekâ sistemi, Ek III'te listelenen kullanım durumlarının amacına uygun bir değerlendirme için bir hazırlık görevi gerçekleştirmeyi amaçlıyorsa"*⁶⁰.

Ancak yukarıda ortaya konulan yüksek riskli yapay zekâ sistemi olmama kriterleri, yapay zekâ sisteminin gerçek kişilerin profillerini çıkarması halinde devreye girmeyecek ve bu sistem yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak kabul edilecektir (AI ACT m. 6/2).

Öte yandan AB kanun koyucusu, yüksek riskli kabul edilme şartlarının

⁵⁸ Metikos/ Ausloos, s. 8-9. Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin sınıflandırılması için bkz. <<https://www.kecolegal.com/post/avrupa-birligi-yapay-zekâ-yasasi-yururluge-girdi>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁵⁹ Metikos/ Ausloos, s. 9.

⁶⁰ Sıralanan koşulların dar yorumlanması gerektiği noktasında bkz. Cristofoloni, s. 86. Öte yandan bu istisnanın yüksek riskli yapay zekâ sistemi sağlayıcılarına, bu sistemin yükümlülüklerinden muaf olmak için kolay bir çıkış yolu verdiği eleştirisi için bkz. Metikos/ Ausloos, s. 9-10.

yanı sıra (AI ACT m. 6/1) EK 3'te bazı yapay zekâ sistemleri sıralamıştır⁶¹. EK 3'te belirtilen bu yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli olarak kabul edilecektir (AI ACT m. 6/2). EK 3'te düzenlenen bir yapay zekâ sisteminin yüksek riskli olmadığını düşünen bir sağlayıcı, kayıt yükümlülüğüne tabi olarak, bu sistem piyasaya sürülmeden veya hizmete alınmadan önce değerlendirmesini belgeleyebilecektir (AI ACT m. 6/4).

2. EK 3'te Sayılan Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

EK 3'te yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, belirli ana başlıklara bölünerek sıralanmıştır⁶². Yüksek riskli yapay zekâ sistemi olarak kabul edilen sistemlere geçmeden evvel ifade edilmelidir ki, EK 3'te belirtilen bu kategorilere ekleme, çıkarma veya düzeltme yapmak Komisyon'un yetkisi dahilindedir. Diğer bir deyişle Komisyon, AI ACT m. 7 gereği şartlar yerine gelmişse EK 3'te değişikliğe giderek, yeni ortaya çıkan bir yapay zekâ sistemini yüksek riskli olarak kabul etmek veya listede yer alan bir sistemi yüksek riskli yapay zekâ kategorisinden çıkarmak yetkisine sahiptir⁶³.

Bu kapsamda ilk olarak biyometrik başlığı altında ifade edilen sistemlerin yüksek riskli olarak kabul edileceği ifade edilmiştir.

- Uzaktan biyometrik tanımlama sistemleri⁶⁴, yüksek risklidir. Görüldüğü üzere eş zamanlı biyometrik verilerin kaydedilmesi yasaklı yapay zekâ sistemi olarak kabul edilirken, uzaktan biyometrik tanımlama sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmektedir. Ancak uzaktan biyometrik tanımlama sistemleri arasından, tek amacı belirli bir gerçek kişinin iddia ettiği kişi olduğunu teyit etmek olan biyometrik doğrulama için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmemektedir (AI ACT, Ek 3, 1-a).

- Biyometrik kategorizasyon amacıyla kullanılması planlanan yapay

⁶¹ Bozkurt Yüksel, s. 29-30; Çekin/ Berктаş/ Akıncı, s. 70-71; Metikos/ Ausloos, s. 9.

⁶² EK 3'te yasaklı yapay zekâ sistemlerinin liste halinde sunulması eleştirilmektedir. Örneğin dili iyileştirme araçları gibi ciddi bir zarar oluşturmaya bile sırf belirli sektörlerde kullanıldıkları için bazı sistemlerin, yüksek riskli kabul edilmesi ve bunun aksinin ispatının sağlayıcıya yüklenmesi doğru değildir. Ebers, s. 10.

⁶³ Bozkurt Yüksel, s. 31. Komisyon tarafından listenin güncel tutulmasının, teknolojinin hızlı gelişimiyle kolay olmayacaktır. Ayrıca listeyi değiştirme yetkisinin Komisyon'a devredilmesi, yetki tahsisi açısından endişelere yol açmaktadır. Bu doğrultuda bkz. Ebers, s. 10.

⁶⁴ AI ACT m. 3/43: "Uzaktan biyometrik tanımlama sistemi, gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sistemi dışındaki bir uzaktan biyometrik tanımlama sistemi anlamına gelir."

zekâ sistemleri, yüksek risklidir (AI ACT, Ek 3, 1b).

• Duygu tanıma⁶⁵ için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri de yüksek riskli olarak kabul edilmiştir (AI ACT, Ek 3, 1c).

Kritik altyapı başlığı altında ise güvenlik bileşeni olarak yapay zekâ sistemlerinin kullanılması yüksek riskli kabul edilmiştir. Buna göre yüksek riskli olarak kabul edilen nokta, kritik dijital altyapı, karayolu trafiği veya su, gaz, ısıtma ya da elektrik tedarikinin yönetimi ve işletilmesinde güvenlik bileşeni olarak yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasıdır (AI ACT, Ek 3, 2).

Yüksek riskli olarak kabul edilen diğer bir başlık ise eğitim ve mesleki eğitimidir. Bu kategoride yüksek riskli sistemler ikiye ayrılarak irdelenmiştir. Buna göre ilk olarak eğitim veya mesleki eğitime katılmak, erişmek veya kabul edilmek bağlamında yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, ikincisi ise öğretim faaliyeti içerisinde kullanılan yapay zekâ sistemlerin yüksek riskli olarak kabul edilmesidir. Bu doğrultuda gerçek kişilerin her seviyedeki eğitim ve mesleki eğitim kurumlarına erişimini veya kabulünü belirlemek için oluşturulan yapay zekâ sistemleri yüksek risklidir. Öte yandan eğitim seviyesinin değerlendirilmesi ve sınavlar sırasında öğrencilerin yasaklı davranışlarının izlenmesi ile tespitini yapan yapay zekâ sistemleri de yüksek riskli olarak kabul edilmiştir (AI ACT, Ek 3, 3a, b, c, d). Dikkat edilirse burada eğitim öğretim sürecinde kolaylık olması bakımından yararlanılan yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli değildir. Diğer bir ifadeyle eğitim sırasındaki yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, öğrenme çıktılarının değerlendirilmesi ve gerçekleştirilen sınavların izlenmesi ile ilgilidir.

Yüksek riskli olarak kabul edilen bir diğer başlık ise istihdam, işçi yönetimi ve serbest mesleğe erişimdir. İlk olarak gerçek kişilerin işe alınması veya seçilmesi için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemlerinden iş başvurularını analiz etmek, filtrelemek ve adayları değerlendirmek amacıyla oluşturulan sistemler yüksek risklidir⁶⁶ (AI ACT Ek 3, 4a). Diğer taraftan iş ilişkisi devam ederken, iş sözleşmesi ile ilgili şartları, terfi ve feshi etkileyen kararlar almak, kişisel özelliklere veya karakteristiklere dayalı görevler tahsis etmek ve bu tür ilişkilerdeki kişilerin performansını ve davranışlarını izlemek ve değerlendirmek amacıyla kullanılan sistemler de yüksek riskli olarak

⁶⁵ AI ACT m. 3/39: “Duygu tanıma sistemi, biyometrik verilerine dayanarak gerçek kişilerin duygularını veya niyetlerini tanımlamak ya da çıkarmak amacıyla kullanılan bir yapay zekâ sistemi anlamına gelir.”

⁶⁶ Cristofoloni, s. 85.

kabul edilmiştir⁶⁷ (AI ACT Ek 3, 4b). Özellikle yapay zekâ sistemlerin iş ilişkisinin başlangıcında ve devamında ayrımcılık yasağına aykırı hareket ettiği, bu doğrultuda ayrımcılık oluşturduğu bilinen bir gerçektir. Bu duruma *Amazon* şirketinin işe alımda yapay zekâ sistemini kullanması sırasında kadın başvurularına karşı ayrımcı tavır sergileyen yapay zekâ sistemi örnek olarak verilebilir⁶⁸. Bu gibi kötü örneklerin önüne geçmek ve insanların temel haklarından olan çalışma hakkını korumak adına AB, işe alım ve iş ilişkisinin devamında kullanılan yapay zekâ sistemlerini yüksek riskli yapay zekâ kategorisine koymuştur⁶⁹.

Diğer bir yüksek riskli yapay zekâ sistemi ise temel özel hizmetlere, kamu hizmetlerine ve yardımlarına erişim ve bunlardan yararlanma başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre kamu yardımları ve hizmetleri için uygunluğun değerlendirilmesi, bu yardımların verilmesi, azaltılması, iptal edilmesi gibi amaçlarla kullanılan yapay zekâ sistemleri yüksek risklidir (AI ACT Ek 3, 5a). Yine gerçek kişilerin kredi değerlendirmesini yapan yapay zekâ sistemleri de yüksek riskli olarak kabul edilmektedir. Ancak bundan finansal dolandırıcılığı tespit etmek adına kullanılan yapay zekâ sistemleri hariç tutulmuştur (AI ACT Ek 3, 5b). Öte yandan acil durum çağrılarının değerlendirilmesi, sınıflandırılması vb. gibi acil durum ve acil sağlık hizmetleri bakımından değerlendirme yapmak üzere kurgulanan sistemler, yüksek risklidir (AI ACT Ek 3, 5d). Bunun yanı sıra sigortacılık alanında hayat ve sağlık sigortası bakımından gerçek kişilere yönelik risk değerlendirmesi ve fiyatlandırma yapan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmiştir (AI ACT Ek 3, 5c).

Kolluk kuvvetlerinde kullanılan yapay zekâ sistemleri de yüksek riskli yapay zekâ sistemleri arasında kabul edilmiştir. EK 3 ün 6. maddesine göre;

-Kolluk kuvvetleri tarafından veya onlar ya da onları desteklemek adına gerçek bir kişinin suçun mağduru olma riskini değerlendirmek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri;

-yalan makinesi vb. gibi kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri;

-suçların soruşturulması veya kovuşturulması sırasında kanıtların

⁶⁷ Cristofoloni, s. 85-86.

⁶⁸ Bu ve benzeri örnekler için bkz. Çekin/ Berктаş/ Akıncı, s. 75-76.

⁶⁹ İşverenin yönlendirme, kontrol ve disiplin yetkisini kullanmak için yararlandığı yapay zekâ sistemlerinin, sınırlı riskli veya minimum riskli sınıflandırılmasının yalnızca belirli koşullarla sınırlı olduğu yönünde bkz. Cristofoloni, s. 86.

güvenilirliğini değerlendirmek için kullanılan yapay zekâ sistemleri;

-gerçek bir kişinin suç işleme veya yeniden suç işleme riskini değerlendirmek ya da grupların kişilik özelliklerini, karakteristiklerini veya geçmiş suç davranışlarını değerlendirmek için kullanılan yapay zekâ sistemleri;

-suçların tespiti, soruşturulması veya kovuşturulması sırasında gerçek kişilerin profilinin çıkarılması için kullanılan yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli olarak kabul edilmektedir (AI ACT Ek 3, 6).

Göç, iltica ve sınır kontrol yönetimi başlığı altında birtakım sistemler de yüksek riskli olarak kabul edilmiştir. Bu başlık altında AB tarafından yüksek riskli olarak kabul edilen yapay zekâ sistemlerine bakıldığında kişilerin en temel hakkı olarak yaşam hakkına etki edebilecek derecede önemli birtakım sonuçları olabilecek konular ele alınmıştır. Belirtilen konularda yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasının oldukça hassas bir durum oluşturduğu ve önemine binaen bu sistemlerin yüksek riskli olarak görülmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Maddeye göre yetkili kamu makamları tarafından yalan makinesi ve benzeri araçlar olarak kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri yüksek risklidir (AI ACT Ek 3, 7a). Diğer taraftan bir Birlik üyesi Devletin topraklarına girme niyetinde olan veya girmiş olan gerçek bir kişinin oluşturduğu güvenlik riski, düzensiz göç riski veya sağlık riski de dahil olmak üzere bir riski değerlendirmek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmiştir (AI ACT Ek 3, 7b). Aynı başlık altında sığınma, vize ve ikamet izni başvurularının, gerçek kişilerin uygunluğuna ilişkin ilgili şikayetlerin, kanıtların güvenilirliğinin de dahil olmak üzere, incelenmesinde yetkili kamu makamlarına yardımcı olmak üzere kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmiştir (AI ACT Ek 3, 7c). Bunun yanı sıra göç, iltica ve sınır kontrol yönetimi bağlamında, gerçek kişilerin tespit edilmesi, tanınması veya kimliklerinin belirlenmesi amacıyla yetkili kamu makamları tarafından veya onlar adına kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri yüksek risklidir. Ancak seyahat belgelerinin doğrulanmasında kullanılan yapay zekâ sistemleri bu kapsamdan hariç tutulmuştur (AI ACT Ek 3, 7d).

AB kanun koyucusu EK 3'ün son maddesinin a bendinde ise adalet yönetimi ve demokratik süreçler başlığı altında birtakım yüksek riskli yapay zekâ sistemleri öngörmüştür. Fıkranın ilk bendinde bir adli makam tarafından

veya onlar adına, gerçeklerin ve hukukun araştırılmasında, yorumlanmasında ve hukukun somut bir dizi olguya uygulanmasında adli makama yardımcı olmak için kullanılması amaçlanan veya alternatif uyuşmazlık çözümünde benzer şekilde kullanılan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak kabul edilmiştir. Doktrinde hukukta yapay zekâ kullanımı kapsamında değerlendirilen bu kullanım, AB tarafından yüksek riskli olarak görülmektedir⁷⁰. Ancak buradaki kapsamın sınırlarının düzgün çizilmesi gerekmektedir. Gerçeklerin ve hukukun araştırılması, yorumlanması ve hukukun somut bir olaya uygulanmasına yardımcı olmak amacıyla kullanılacak olan sistemler, yüksek risklidir. Örneğin hakime yardımcı olması bakımından içtihat taraması yapan, kararları özetleyen ve yüksek mahkemenin o konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koyan yapay zekâ programları bu kapsamda değerlendirilecek midir? Bir diğer örnek ise uyuşmazlık konusunun mahkemeye taşınması halinde hakimin ne karar vereceği gibi karar tahminleri yapan yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli olarak değerlendirilecek midir? Kanaatimizce verilen örnekler, bent kapsamına girmektedir. Zira bent kapsamında hukukun araştırılması ve yorumlanması gibi oldukça geniş bir ibare yer almaktadır. Yine hukukun somut bir olaya uygulanması olarak ifade bulan kısmın, karar tahmin sistemlerini de kapsadığı ifade edilebilecektir.

Aynı fıkranın diğer bendinde ise bir seçim veya referandumun sonucunu veya gerçek kişilerin seçimlerde ya da referandumlarda oy kullanma davranışlarını etkilemek için kullanılması amaçlanan yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak ifade edilmiştir. *Cambridge Analytica* skandalındaki⁷¹ gibi olayların önüne geçmek ve demokratik bir sistemin gereği olarak seçmen davranışlarına, tercihlerine müdahale etmemek adına bu tarz yapay zekâ sistemleri yerinde olarak yüksek riskli olarak kabul edilmiştir. Zira seçmenlerin davranışlarını yönlendirmek ve hatta manipüle etmek en nihayetinde demokratik toplumun, sosyal barışın ve ilerlemenin önüne geçecek bir durum

⁷⁰ Hukukta yapay zekâ kullanımı hakkında detaylı bilgi için bkz. Salih Karadeniz, “Medeni Yargılamada Yapay Zekâ Kullanımı: Hâkim Yapay Zekâ, Faydaları ve Sakıncaları Üzerine Bir Değerlendirme”, Serkan Kaya (Ed.), *Gelişen Teknolojilerin Medeni Usul Hukukuna Etkileri*, Seçkin, 2023, s. 205-238.

⁷¹ Facebook kullanıcılarının paylaştıkları kişisel bilgileri, 2013 yılında kurulan ve hükümetler ile askeri kurumlar için veri analizi yapan ve strateji üreten bir şirketin yan firması olan Cambridge Analytica adlı araştırma şirketi tarafından, kullanıcıların izni olmaksızın ele geçirilmiş ve çeşitli siyasi propagandalar amacıyla kullanılmıştır. Asena Yıldırım, “Enformasyon Çağında Gözetim Toplumu: Facebook Cambridge Analytica Skandalı” *Yeni Medya Elektronik Dergisi*, 6 (2) 2022, s. 104-112. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2364017>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2024.

oluşturacaktır. Ancak burada düzenlenen yüksek risk kapsamı, gerçek kişilerin sistemin çıktılarına doğrudan maruz kalmadığı, idari ve lojistik açıdan siyasi kampanyaları düzenlemek için kullanılan araçlar gibi yapay zekâ sistemlerini içermeyecektir (AI ACT Ek 3, 8b)

3. Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemi İçin Gereklilikler

AI ACT yüksek riskli yapay zekâ sistemleri bölümünün 2. kısmında, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için gereklilikleri düzenlemiştir. Temel gereklilikler, bir sonraki bölümde düzenlenen yükümlülüklerle bağlantılı bir şekilde düzenlenmiştir⁷². Bu bölümde şartlara uygunluk, risk yönetimi, veri ve veri yönetişimi, teknik dokümantasyon, kayıt tutma, şeffaflık ve kullanıcılara bilgi sağlanması, insan gözetimi ve son olarak doğruluk, sağlamlık ve siber güvenlik başlıkları altında çeşitli gereklilikler düzenleme altına alınmıştır⁷³. Bu gereklilikler aşağıda kısaca özetlenecektir.

➤ İlk olarak 8. maddede gerekliliklere uyumlu olma başlığı altında yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin, hedeflenen amacın yanı sıra yapay zekâ ve bununla ilgili teknolojiler konusunda genel olarak kabul edilen durumun da dikkate alınarak, Kanun'da belirlenen gerekliliklere uygun olacağı ifade edilmiştir.

➤ AI ACT'in 9. maddesinde ise risk yönetim sistemi oluşturulacağı düzenlenmiştir. Risk yönetim sistemi ile kastedilen, yüksek riskli bir yapay zekâ sisteminin yaşam döngüsü boyunca planlanan ve yürütölen, düzenli inceleme ve güncelleme gerektiren sürekli ve yinelemeli bir süreçtir (AI ACT m. 9/2). Bu doğrultuda yüksek riskli yapay zekâ sistemleri ile ilgili olarak bir risk yönetim sistemi oluşturulmalı, uygulanmalı, belgelenmeli ve sürdürölmelidir⁷⁴ (AI ACT m. 9/1).

Risk yönetiminde sürecin nasıl olması gerektiğini kanun koyucu şu şekilde özetlemiştir:

a. Yüksek riskli yapay zekâ sisteminin amaca uygun kullanıldığında,

⁷² Bozkurt Yüksel, s. 31.

⁷³ AI ACT'te yer alan yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için gerekliliklerin, blokzincir teknolojisi kullanılarak yerine getirilip getirilmeyeceğinin incelendiğı bir çalışma için bkz. Simona Ramos/ Joshua Ellul, "Blockchain for Artificial Intelligence (AI): enhancing compliance with the EU AI Act through distributed ledger technology", *A cybersecurity perspective. International Cybersecurity Law Review*, 5, 2024, s. 1-20. <<https://doi.org/10.1365/s43439-023-00107-9>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁷⁴ Ebers, s. 4.

sağlık, güvenlik veya temel haklar üzerinde bilinen ve makul olarak öngörülebilir risklerin tanımlanması ve analizi;

b. Yüksek riskli yapay zekâ sistemi, amacına uygun olarak ve makul ölçüde öngörülebilir yanlış kullanım koşulları altında, kullanıldığında ortaya çıkabilecek risklerin tahmini ve değerlendirilmesi;

c. Piyasa sonrası izleme verilerinden yola çıkılarak ortaya çıkması muhtemel risklerin analizi ve

d. (a) bendi uyarınca belirlenen riskleri ele almak üzere tasarlanmış uygun ve hedefe yönelik risk yönetim tedbirlerinin benimsenmesi (AI ACT m. 9/5), süreçlerinden oluşmaktadır.

Risk değerlendirmesinin yapılması ile yetinmeyen AB kanun koyucusu, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin, en uygun ve hedeflenen risk yönetimi önlemlerini belirlemek amacıyla test edilmesini şart koşturmaktadır. Yapılacak olan bu testler, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin amaçlarına uygun olarak tutarlı bir şekilde çalışmasını ve gerekliliklerle uyumlu olmasını sağlamak için yapılacaktır (AI ACT m. 9/6). Testlerin yapılma anı ise her halükarda sistemlerin piyasaya sürülmeden veya hizmete alınmadan önce olması gerekmektedir (AI ACT m. 9/8).

Görüldüğü üzere risk yönetim sistemi ile birlikte AB kanun koyucusu, amaca uygun veya öngörülebilir kötüye kullanımlarda sistemin ne gibi risklerin doğumuna yol açacağı ve sonuçlarının ne olacağı önceden tahmin edilerek değerlendirilmesini ve piyasaya sürülmeden önce sistemlerin teste tabi tutulmasını sağlamakta; bunun yanı sıra sistemin satışından sonra izlenerek ne gibi farklı muhtemel risklerin ortaya çıkacağı değerlendirilmesini de yaptırmaktadır⁷⁵.

➤ Kanun'un 10. maddesinde ise “veri ve veri yönetişimi” başlığı altında özellikle veri setleri ile öğrenen yapay zekâ sistemleri bakımından bir gereklilik öngörülmüştür⁷⁶. Bu maddeye göre modellerin veri ile eğitilmesini içeren tekniklerden yararlanan yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, bu tür veri setleri kullanıldığında, 2 ila 5. bentlerde belirtilen kalite kriterlerini karşılayan eğitime, doğrulama ve test veri setleri temelinde geliştirilecektir⁷⁷.

⁷⁵ Almada/ Radu, s. 651.

⁷⁶ Veriden kaynaklı olarak yapay zekâ sisteminde gerçekleştirilebilecek saldırılar için bkz. Ramos/ Ellul, s. 5-7.

⁷⁷ Güçlütürk, s. 378-381. AI ACT kapsamında çeşitli veri tanımları için bkz. Çekin/ Berктаş/

Maddenin 2. bendinde eğitime, doğrulama ve test veri setleri, yapay zekâ sisteminin amacına uygun veri yönetişimi ve yönetimi uygulamalarına tabi olacağı düzenlenmiřtir⁷⁸. Maddenin 5. fıkrasında ise yüksek riskli yapay zekâ sistemleri ile ilgili olarak önyargı tespiti ve bunun düzeltilmesi amacıyla gerekli olduğu ölçüde, bu tür sistemlerin sağlayıcıları, gerçek kişilerin temel hak ve özgürlükleri için uygun güvencelere tabi olarak, özel nitelikteki kişisel verileri istisnai olarak işleyebilir⁷⁹.

AB kanun koyucusu, bu düzenlemelere ek olarak veri setlerinin yapay zekâ sistemlerinin öğrenmesinde oldukça önemli yere haiz olması sebebiyle birtakım belirlemeler de yapmıştır. Bu doğrultuda eğitime, doğrulama ve test veri kümelerinin ilgili, yeterince temsil edici ve mümkün olan en iyi ölçüde hatasız ve hedeflenen amaç açısından eksiksiz ve uygun istatistiksel özelliklere sahip olması gerektiği düzenleme altına alınmıştır (AI ACT m. 10/3). Veri setleri hakkında getirilen bu belirleme önemlidir zira geçmiş dönem tecrübelerinden öğrenildiğine göre verilerin dağılımı ve temsil etme niteliği, sistem tarafından oluşturulacak sonraki çıktıları da önemli ölçüde belirlemektedir⁸⁰. Diğer taraftan veri setleri, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin kullanılmasının amaçlandığı belirli coğrafi, bağlamsal, davranışsal veya işlevsel ortama özgü özellikleri veya unsurları, hedeflenen amacın gerektirdiği ölçüde dikkate alınmalıdır (AI ACT m. 10/4).

➤ AI ACT'in 11. maddesinde yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin teknik belgelendirme gerekliliği düzenlenmiştir. Bu gerekliliğe göre yüksek riskli yapay zekâ sisteminin teknik belgelendirilmesi, bu sistem piyasaya sürülmeden veya hizmete alınmadan önce hazırlanmalı ve güncel halde bulundurulmalıdır. Teknik belgelendirme, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin, gerekliliklere uygun olduğunu gösterecek nitelikte olmalı ve yetkili makamlar ile kuruluşlara yapay zekâ sisteminin bu gerekliliklere uygunluğunu değerlendirmek için gerekli bilgileri açık ve kapsamlı bir biçimde sağlamalıdır. Teknik belgelendirme asgari olarak Ek 4'te belirtilen unsurları içermelidir (AI

Akıncı, s. 74.

⁷⁸ Bu yükümlülüğün henüz sistemin gelişim aşamasında öngörülmesinin yerinde olduğu noktasında bkz. Çekin/ Berkaş/ Akıncı, s. 76-77.

⁷⁹ Özel nitelikteki kişisel verilerin, ön yargı tespitinde işlenebilmesi istisnası sadece yüksek riskli yapay zekâ sistemleri ve bu sistemlerin tabi olduğu gerekliliklerin muhatabı olan sağlayıcıları için geçerlidir. Bu noktada bkz. Bozkurt Yüksel, s. 32.

⁸⁰ Çekin/ Berkaş/ Akıncı, s. 67, 78. Düzenlemenin amacının veri kalitesini belirli bir seviyede olması ve istenmeyen çıktıların engellenmesi olduğu, ancak bu veri setlerinin şartları ne kadar sağlayıp sağlamadığının tespitinin zor olduğu yönünde bkz. Güçlütürk, s. 381.

ACT m. 11/1). Görüldüğü üzere maddede teknik belgelendirmede bulunması gereken noktalar açıklanmış ve bu belgelendirmenin EK 4'te unsurları detaylandırılmıştır. AB kanun koyucusu, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin kontrol altında tutulmasını ve hak ihlallerine yol açmasının önüne geçmesini hedeflerken, diğer taraftan da küçük yatırımcıyı korumak ve inovasyonlara set vurmamak adına birtakım çareler üretmiştir. Bu durumun bir örneği de Start-up'lar da dahil olmak üzere KOBİ'lerin teknik belgelendirme unsurlarını basitleştirerek hazırlayabilecek olması imkanıdır (AI ACT m. 11/1)⁸¹.

➤ Kanun'un 12. maddesinde "kayıt tutma" başlığı altında yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin loglama faaliyeti, bir gereklilik olarak ele alınmıştır⁸². Bu maddenin 1. fıkrasına göre yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, teknik olarak, sistemin ömrü boyunca olayların ('günlükler') otomatik olarak kaydedilmesine izin vermelidir. Bunun yanı sıra aynı maddenin 3. fıkrasında, EK 3'te yüksek riskli olarak "biyometrik" başlığı altında kabul edilen yapay zekâ sistemleri bakımından kayıt tutma faaliyetinin asgari biçimde, bazı bilgileri sağlayacağı düzenlenmiştir.

Yapay zekâ sistemleri bakımından kayıt tutma oldukça önem arz etmektedir. Bu sistemleri kullanırken neler yapıldığı, ne kadar süre ile kullanıldığı gibi hususlar bir uyumsuzluk ortaya çıktığında belirlenmesi gereken kritik bilgilerdir. Bu hususu göz önüne alan AB kanun koyucusu, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin sağlaması gereken bir gereklilik olarak kayıt tutma faaliyetini düzenlemiştir.

➤ Kanun'un 13. maddesinde "şeffaflık ve kullanıcılara bilgi sağlama" başlığı altında yüksek riskli yapay zekâ sistemleri bakımından bir gereklilik daha düzenlenmiştir. Bu maddeye göre yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, kullanıcıların sistemin çıktısını yorumlaması ve uygun şekilde kullanması için işleyişlerinin yeterince şeffaf olmasını sağlayacak şekilde tasarlanmalı ve geliştirilmelidir (AI ACT m. 13/1). Buna ek olarak aynı sistemlere, uygun bir dijital formatta veya başka bir şekilde, kullanıcılar için ilgili, erişilebilir ve anlaşılabilir olan kısa, tam, doğru ve açık bilgileri içeren kullanım talimatları

⁸¹ Yapay zekâ start-uplarını desteklemek için Komisyon tarafından sunulan Yapay Zekâ İnovasyon Paketi hakkında bkz. <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-launches-ai-innovation-package-support-artificial-intelligence-startups-and-smes>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

⁸² Kayıtların tutulması, verilerin güvenilirliği ve veri paylaşımı açısından blokzincir teknolojisinin ve akıllı sözleşmelerin kullanılabilceği noktasında bkz. Ramos/ Ellul, s. 10-11.

da eklenecektir (AI ACT m. 13/2).

➤ AI ACT'in 14. maddesinde insan gözetimi gerekliliği düzenleme altına alınmıştır. Yapay zekâlı sistemlerin dünyayı ele geçirmesi sırasında insanların bu sisteme müdahale edememesi, bilim kurgu film senaryolarında oldukça karşılaşılan bir durumdur. Bu riskin önüne geçmek ve temel haklara aşırı bir müdahale sırasında sistemi kapatmak amacıyla insan gözetimi, yapay zekâ sistemlerinin tasarlanması ve kullanılması bağlamında oldukça yaygın bir etik kuraldır. Bu doğrultuda AB, Kanun'da yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin insan gözetimini bir gereklilik olarak düzenlemiştir.

Kanun'a göre bir gereklilik olarak öngörülen insan gözetiminin amacı, diğer gerekliliklerin uygulanmasına rağmen bu tür riskler devam ettiğinde, yüksek riskli bir yapay zekâ sistemi amacına uygun veya makul olarak öngörülebilir kötüye kullanım koşulları altında kullanıldığında ortaya çıkabilecek sağlık, güvenlik veya temel haklara yönelik riskleri, önlemek veya en aza indirmek olmalıdır⁸³ (AI ACT m. 14/2). Bu amaçla oluşturulacak olan yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, uygun insan-makine arayüz araçları da dahil olmak üzere, yapay zekâ sisteminin kullanımda olduğu süre boyunca insanlar tarafından etkin bir şekilde denetlenebilecek biçimde tasarlanmalı ve geliştirilmelidir (AI ACT m. 14/1). Diğer bir deyişle yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, kullanıldığı her zaman insan denetimine izin verecek şekilde dizayn edilmelidir.

Öte yandan insan gözetiminin uygulanması amacıyla, yüksek riskli yapay zekâ sistemi, koşullara uygun ve orantılı olarak, insan gözetimi ile görevlendirilen gerçek kişilerin bazı imkanları etkinleştirilebileceği şekilde kullanıcıya sağlanacaktır. Bu imkanlardan öne çıkan ilki, özellikle karar tahmin sistemlerinde yapay zekâyâ gereğinden fazla güvenilerek otomasyon yanlığısına düşölmesini önlemek üzere ortaya konulmuştur. Bu doğrultuda yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin, özellikle gerçek kişiler tarafından alınacak kararlar bakımından bilgi veya tavsiyeler sağlamak için kullanıldığı durumlarda, bu sistem tarafından üretilen çıktıya aşırı güvenme ('otomasyon önyargısı') olası eğiliminin farkında olmak bir insan gözetimi önlemi olarak yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinde bulunacaktır (AI ACT m. 14/4-b). Ön plana çıkan bir diğer önlem ise herhangi bir özel durumda, yüksek riskli yapay zekâ sistemini kullanmamaya veya başka bir şekilde yüksek riskli yapay zekâ sisteminin çıktısını göz ardı etmeye, geçersiz kılmaya veya tersine çevirmeye

⁸³ Yapay zekâ sistemlerinde insan kaynaklı saldırılar için bkz. Ramos/ Ellul, s. 7-8.

karar vermek önlemdir (AI ACT m. 14/4-d). Farklı bir ifadeyle bu önlem kapsamında yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinde, sistemin kullanılması sonucunda oluşan çıktılarının kullanılmasının zorunlu olmadığıdır. Buna ek olarak yüksek riskli yapay zekâ sisteminin çalışmasına müdahale etmek veya bir “durdur” düğmesi ya da sistemin güvenli bir durumda durmasını sağlayan benzer bir prosedür aracılığıyla sistemi durdurmak önlemi, insan gözetimi kapsamında ön plana çıkan diğer bir önlemdir (AI ACT m. 14/4-e).

➤ Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin son gerekliliği ise “doğruluk, sağlamlık ve siber güvenlik” başlıklı 15. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, uygun bir doğruluk, sağlamlık ve siber güvenlik seviyesine ulaşacak ve yaşam döngüleri boyunca tutarlı bir performans gösterecek şekilde tasarlanmalı ve geliştirilmelidir (AI ACT m. 15/1). Bu doğrultuda oluşturulacak olan yapay zekâ sistemlerinin doğruluk seviyeleri ve ölçütleri, kullanım talimatlarında beyan edilecektir (AI ACT m. 15/3). Diğer taraftan bu sistemler, özellikle gerçek kişilerle veya diğer sistemlerle etkileşimleri nedeniyle sistemde veya sistemin çalıştığı ortamda meydana gelebilecek hatalar veya tutarsızlıklar konusunda mümkün olduğunca dirençli olmalıdır. Buna ek olarak piyasaya sürüldükten veya hizmete alındıktan sonra öğrenmeye devam eden yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, gelecekteki operasyonlar için girdiyi etkileyen olası önyargılı çıktı riskini ortadan kaldıracak veya mümkün olduğunca azaltacak şekilde geliştirilmelidir⁸⁴ (AI ACT m. 15/4).

Yapay zekâ teknolojisi, bazı durumlarda makine öğrenmesi ve derin öğrenme metotları kullanılarak geliştirildiği için bu yöntemler sebebiyle sistem tarafından ortaya konulan çıktılar da veri setlerinde sonraki çıktılar için kaynak teşkil etmektedir⁸⁵. AB kanun koyucusu, sistem tarafından ortaya konulan önyargı içeren çıktılarının, ileriki aşamada kaynak olarak kullanılma riskinin ortadan kaldırılmasını veya mümkün olduğunca azaltılmasını öngörmüştür. Bu maddede son olarak yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin, yetkisiz üçüncü tarafların sistem açıklarından yararlanarak kullanımlarını, çıktılarını veya performanslarını değiştirme girişimlerine karşı dirençli olması gerektiği ifade edilmiştir (AI ACT m. 15/5).

⁸⁴ Kanun’da yer alan siber güvenlik gerekliliğinin blokzincir teknolojisi kullanılarak yerine getirilebileceği noktasında bkz. Ramos/ Ellul, s. 10-17.

⁸⁵ Ramos/ Ellul, s. 14.

4. Yüksek Riskli Yapay Zekâ Sistemleri için Aktörlerin Yükümlülükleri

Kanun'un 3. kısmında "yüksek riskli yapay zekâ sistemleri sağlayıcılarının, kullanıcılarının ve diğer tarafların yükümlülükleri" başlığı altında aktörlerin yükümlülükleri öngörölmüştür⁸⁶. Bu kapsamda 16. ve 22. maddeler arasında sağlayıcıların yükümlülükleri, 23. maddede ithalatçıların, 24. maddede dağıtıcıların, 26. maddede kullanıcıların yükümlülükleri düzenlenmiştir. Öte yandan 27. maddede yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için temel haklar etki değerlendirilmesi düzenlenmiştir. Ancak etki değerlendirmesini kısıtlı sayıda aktör yapacağı için çalışmanın yapısını bozmamak adına bu değerlendirmeden bahsedilmeyecektir. Bu bölümde yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için öngörülen yükümlülükler, her bir aktör bakımından ayrı ayrı detaylandırılacaktır.

a. Sağlayıcıların yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için yerine getirmesi gereken yükümlülükleri

Yüksek riskli yapay zekâ sistemi sağlayıcılarının⁸⁷ yükümlülükleri, AI ACT'in 16. maddesinde sıralanmıştır. İlerleyen maddelerde ise belirtilen yükümlülüklerin detayları düzenlenmiştir. Bu başlık altında 16. maddede sıralanan yükümlülükler verilecek, ardından ilerleyen maddelerde ayrı olarak düzenlenenlerle birlikte bu yükümlülükler açıklanacaktır.

(a) Sağlayıcı yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin 2. bölümde belirtilen gerekliliklerle uyumlu olmasını sağlamalıdır.

(b) Sağlayıcı adlarını, tescilli ticari adlarını veya tescilli ticari markalarını, kendileriyle iletişime geçilebilecek adresi, yüksek riskli yapay zekâ sistemi üzerinde veya bunun mümkün olmadığı durumlarda, uygun olduğu şekilde, ambalajında veya beraberindeki belgelerde belirtmelidir.

⁸⁶ AI ACT yüksek riskli yapay zekâ sistemlerine yönelik kapsamlı kuralları, soyut terimlerle formüle etmesi bakımından eleştirilmektedir. Bu eleştiriye göre; kanuni gerekliliklerin yazılım gerekliliklerine nasıl dönüştürüleceğini belirlemekten fiilen sorumlu olan yapay zekâ sistemi sağlayıcıları, kuralların uygulanmasında kapsamlı bir yorum yapmak zorundadır. Dahası belirsiz kural ve yasal ilkeler bilgisayar kodunda kolay bir şekilde temsil edilemeyecektir. Bu nedenle teknik önlemlere güvenmenin yapay zekâ sistemi sağlayıcıları tarafından AI ACT'in keyfi ve hatta yanlış yorumlanmasına neden olabilir. Bu doğrultuda bkz. Almada/ Radu, s. 652-653.

⁸⁷ AI ACT m. 3/3: "Sağlayıcı: bir yapay zekâ sistemi veya genel amaçlı bir yapay zekâ modeli geliştiren ve bunları piyasaya süren veya sistemi kendi adı ya da ticari markası altında ücretli veya ücretsiz olarak hizmete sunan gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, ajans veya diğer kuruluş anlamına gelir."

(c) Sağlayıcı 17. maddeye uygun bir kalite yönetim sistemine sahip olmalıdır. Kalite yönetim sistemi 17. maddede detaylı olarak ele alınmıştır. Bu maddeye göre yüksek riskli yapay zekâ sistemleri sağlayıcıları, AI ACT'e uygunluğu sağlayan bir kalite yönetim sistemi kuracak, bu sistem, yazılı politikalar, prosedürler ile talimatlar şeklinde sistematik ve düzenli bir şekilde belgelenecek ve en azından Kanun'da belirtilen hususları içerecektir. AB kanun koyucusu adil olmak adına, bu hususların uygulanmasının sağlayıcı kuruluşun büyüklüğü ile orantılı olduğunu öngörmektedir (AI ACT m. 17/2). Yapılan düzenleme ile AB Yapay Zekâ Kanunu'nda başlangıç ve bitişten ibaret bir proje sürecinden ziyade, sürekli gözetim ve denetimi zorunlu kılan bir kalite yönetim sistemi öngörülmüştür. Böylelikle uyum yükümlülüğü, bazı belgelerin hazırlanması ve bir kere uygulanması üzerine kurgulanmamıştır⁸⁸.

(d) Sağlayıcı madde 18'de düzenlenen belgeleri muhafaza etmelidir. "Belgeleri tutma" başlığı ile düzenlenen 18. maddede sağlayıcıya, yapay zekâ sistemini piyasaya sürdükten veya hizmete aldıktan itibaren 10 yıl boyunca teknik ve kalite yönetim sistemine ilişkin belgeler gibi bazı evrakları ulusal yetkili makamların kullanımına açık tutma zorunluluğu getirilmiştir.

(e) Sağlayıcı yüksek riskli yapay zekâ sistemlerini kontrolü altında bulundururken bu sistemler tarafından otomatik olarak oluşturulan kayıtları (logları) tutmalıdır. Kayıt tutma yükümlülüğünün detayı AI ACT'in 19. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları, 12. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen ve yüksek riskli yapay zekâ sistemleri tarafından otomatik olarak oluşturulan log kayıtlarını, söz konusu kayıtlar kendi kontrolleri altında olduğu müddetçe saklayacaklardır. Yürürlükteki Birlik hukukuna veya ulusal hukuka hâlel getirmeksizin, özellikle kişisel verilerin korunması hukukunda aksi belirtilmedikçe kayıtlar, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin amacına uygun bir süre boyunca saklanacaktır. Ancak bu süre en az altı ay olmalıdır.

(f) Sağlayıcı yüksek riskli yapay zekâ sisteminin piyasaya sürülmeden veya hizmete alınmadan önce, 43. maddede düzenlenen ilgili uygunluk değerlendirme prosedüründen geçmesini sağlamalıdır.

(g) Sağlayıcı yüksek riskli yapay zekâ sistemi için 47. madde uyarınca bir AB uygunluk beyanı hazırlamalıdır.

(h) Sağlayıcı 48. madde uyarınca, bu düzenlemeye uygunluğu göstermek

⁸⁸ Çekin/ Berktaş/ Akıncı, s. 78-79.

için yüksek riskli yapay zekâ sistemine CE işaretini iliştiirmelidir.

(i) Sağlayıcı m. 49/1'de düzenlenen kayıt yükümlülüklerine uymalıdır.

(j) Sağlayıcı gerekli düzeltici tedbirleri almalı ve 20. maddede öngörüldüğü şekilde bilgi sağlamalıdır. 20. maddede düzeltici faaliyetler ve bilgilendirme yükümlülüğü düzenleme altına alınmıştır. Maddeye göre piyasaya sürdükleri veya hizmete soktukları yüksek riskli bir yapay zekâ sisteminin bu Kanun'a uygun olmadığını düşünen veya düşünmek için nedenleri olan yüksek riskli yapay zekâ sistemi sağlayıcıları, bu sistemi uygun hale getirmek, geri çekmek, devre dışı bırakmak veya uygun şekilde geri çağırarak için gerekli düzeltici önlemleri derhâl almak zorundadır. Sağlayıcı söz konusu hallerde yüksek riskli yapay zekâ sisteminin dağıtıcılarını ve uygun olduğu hallerde kullanıcılarını, yetkili temsilcisini ve ithalatçılarını bu doğrultuda bilgilendirmelidir.

(k) Sağlayıcı ulusal bir yetkili makamın gerekçeli talebi üzerine, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin 2. bölümde belirtilen gerekliliklere uygunluğunu göstermelidir. Her ne kadar madde metninde atıfta bulunulmasa da ilerleyen kısımda buna ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Yetkili makamlarla iş birliği başlığı altında 21. maddede düzenlenen, yetkili makamlara bilgi ve belgelerin temini, log kayıtlarının açılması gibi hususlar ayrı bir maddede detaylandırılmıştır⁸⁹.

16. maddede sayılmasa da Birlik dışında yerleşik olan yüksek riskli yapay zekâ sistemi sağlayıcılarının bir diğer yükümlülüğü de temsilci belirlemedir. Temsilci belirleme yükümlülüğü Kanun'un 22. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre Birlik dışında yerleşik sağlayıcılar, sistemlerini Birlik pazarında kullanıma sunmadan önce, yazılı bir talimatla Birlik içinde yerleşik bir yetkili temsilci atamak zorundadır. Sağlayıcı yetkili temsilcisinin sağlayıcıdan aldığı talimattaki görevleri yerine getirmesini sağlar. Bu doğrultuda yetkili temsilci, sağlayıcıdan aldığı talimatta ve maddede belirtilen görevleri yerine getirir. Diğer taraftan AB, Birlik dışında yerleşik olan yüksek riskli yapay zekâ sistemi sağlayıcısına verilen bu yetkiyle Kanun'a uygunluğun sağlanması ile ilgili tüm konularda resmi makamlar tarafından sağlayıcıya ek olarak veya sağlayıcı yerine, yetkili temsilcinin muhatap alınması imkanını vermektedir (AI ACT m. 22/3). Görüldüğü üzere AB, muhatap olunması gereken her türlü konu bakımından yetkili temsilciyi Birlik dışında yerleşik sağlayıcının yerine koymakta ve temsilciyle iletişimi yeterli görmektedir.

⁸⁹ Yetkili makamlarla iş birliği hakkında düzenlemenin detayı için bkz. AI ACT m. 21.

b. İthalatçıların ve dağıtıcıların yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için yerine getirmesi gereken yükümlülükleri

İthalatçıların⁹⁰ yüksek riskli yapay zekâ sistemleri bakımından yerine getirmesi gereken yükümlülükler AI ACT'in 23. maddesinde düzenlenmiştir. Dağıtıcıların⁹¹ yükümlülükleri ise 23. maddeye benzer şekilde 24. maddede düzenlenmiştir. Bu başlık altında her iki aktörün yükümlülükleri, ortak başlıklar altında anlatılacaktır.

(1) Sistemi piyasaya sürmeden önce AI ACT ile uygunluğunu sağlama yükümlülüğü

Yüksek riskli bir yapay zekâ sistemini piyasaya sürmeden önce, bu tür bir sistemin ithalatçıları, aşağıdaki hususları doğrulamak suretiyle söz konusu sistemin AI ACT ile uyumlu olmasını sağlayacaktır:

“(a) 43. maddede düzenlenen ilgili uygunluk değerlendirme prosedürü söz konusu yapay zekâ sisteminin sağlayıcısı tarafından yürütülmüş olduğunu;

(b) sağlayıcının 11. madde Ek IV uyarınca teknik belgeleri hazırlamış olduğunu;

(c) sistemin, gerekli CE⁹² uygunluk işaretini taşıdığını ve AB uygunluk beyanı ve kullanım talimatları ile Birlikte sunulduğunu;

(d) sağlayıcının 22. madde uyarınca yetkili bir temsilci atamış olduğunu.”

Dağıtıcılar ise yüksek riskli bir yapay zekâ sistemini piyasaya sunmadan

⁹⁰ AI ACT m. 3/6: “İthalatçı: Üçüncü bir ülkede yerleşik bir gerçek veya tüzel kişinin adını veya ticari markasını taşıyan bir yapay zekâ sistemini piyasaya süren, Birlik içinde yerleşik veya kurulmuş herhangi bir gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir.”

⁹¹ AI ACT m. 3/7: “Dağıtıcı: tedarik zincirinde yer alan, sağlayıcı veya ithalatçı dışında, bir yapay zekâ sistemini Birlik piyasasında kullanıma sunan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi anlamına gelir.”

⁹² “CE işareti, Avrupa Birliği'nin, teknik mevzuat uyumu çerçevesinde 1985 yılında benimsediği Yeni Yaklaşım Politikası kapsamında hazırlanan bazı Yeni Yaklaşım Direktifleri kapsamına giren ürünlerin bu direktiflere uygun olduğunu ve ürünün imalatçısı ve yetkili temsilcisi tarafından veya direktifte zorunlu kılınmış ise bir üçüncü taraf uygunluk değerlendirme kuruluşu (onaylanmış kuruluş vs.) tarafından gerekli bütün uygunluk değerlendirme faaliyetlerinden geçtiğini gösteren bir Birlik işaretidir. “CE” İşareti, ürünün ilgili teknik düzenlemesine uygun olduğunu ve ürünlerin amacına uygun kullanılması halinde insan can ve mal güvenliği, bitki ve hayvan varlığı ile çevreye zarar vermeyeceğini gösteren bir işarettir...” Ticaret Bakanlığının CE işareti hakkındaki bilgi notu için bkz. <https://ticaret.gov.tr/data/5b88443f13b87711604c92b1/CE_isareti_ile_ilgili_Soru_ve_Cevaplar.pdf> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.

önce, sistemin gerekli CE uygunluk işareti taşıdığını, AB uygunluk beyanı ve kullanım talimatının bir nüshası ile birlikte sunulduğunu ve sistemin sağlayıcısı ve ithalatçısının sırasıyla 16. maddenin (b) ile (c) bentlerine ve 23. maddenin 3. fıkrasında belirtilen yükümlülüklerine uydıklarını doğrulamalıdır (AI ACT m. 24/1).

(2) AI ACT'e uygun olmayan yapay zekâ sistemini piyasaya sürmeme ve ilgilileri bilgilendirme yükümlülüğü

Bu yükümlülüğe göre bir ithalatçının ve dağıtıcının, yüksek riskli bir yapay zekâ sisteminin AI ACT'e uygun olmadığını veya tahrif edildiğini ya da tahrif edilmiş belgelerle birlikte sunulduğunu düşünmek için yeterli nedene sahip olması halinde, söz konusu yapay zekâ sistemi uygun hale getirilmeye kadar bu sistemi piyasaya sürmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Yüksek riskli yapay zekâ sisteminin 79. madde anlamında bir risk teşkil ettiği durumlarda ithalatçı, yapay zekâ sisteminin sağlayıcısını, yetkili temsilcileri ve piyasa gözetim otoritelerini bu konuda bilgilendirmelidir (AI ACT m. 23/2, m. 24/2). Görüldüğü üzere bu yükümlülük ve önceki yükümlülük birlikte değerlendirildiğinde ithalatçı ve dağıtıcıya, piyasaya süreceği yüksek riskli yapay zekâ sistemini ve sistemin belgelerini kontrol etmesi görevi yüklenmiş, AI ACT'e uygun olmayan veya tahrif edilen sistemleri piyasaya sürmemesi gerektiği ortaya konulmuştur.

(3) İthalatçıların bilgilerinin sistem üzerinde yer alması yükümlülüğü

İthalatçılar, isimlerini, tescilli ticari isimlerini veya tescilli ticari markalarını ve kendileriyle iletişime geçilebilecek adresi yüksek riskli yapay zekâ sistemi üzerinde ve uygun olduğu hallerde ambalajın veya beraberindeki belgeler üzerinde belirtir (AI ACT m. 23/3).

(4) Sistemin depolama ve nakliye koşullarında özen gösterme yükümlülüğü

İthalatçılar ve dağıtıcılar, yüksek riskli bir yapay zekâ sistemi kendi sorumlulukları altındayken, depolama veya nakliye koşullarında sistemin gerekliliklerine uygunluğunu tehlikeye atmamalıdır (AI ACT m. 23/4, m. 24/4).

(5) Belgeleri saklama ve gerektiğinde yetkililere teslim etme yükümlülüğü

İthalatçılar yapay zekâ sistemi piyasaya sürüldükten veya hizmete girdikten

sonra 10 yıl boyunca, onaylanmış kuruluş tarafından verilen sertifikanın bir kopyasını, uygun olduğu durumlarda, kullanım talimatlarını ve AB uygunluk beyanını saklamalıdır (AI ACT m. 23/5). Diğer taraftan gerekçeli bir talep üzerine, yüksek riskli bir yapay zekâ sisteminin gerekliliklere uygunluğunu göstermek için gerekli tüm bilgi ve belgeler, ilgili yetkili makamlara kendileri tarafından kolayca anlaşılabilir bir dilde sağlanacaktır (AI ACT m. 23/6). Görüldüğü üzere ithalatçılara bilgi ve belgeleri saklama yükümlülüğünün yanı sıra saklanan bu belgeleri, gerektiğinde yetkili makamlara anlayabileceği biçimde teslim etme yükümlülüğü de öngörülmüştür. Birkaç ufak değişiklik haricinde bu yükümlülükler dağıtıcılara da yüklenmiştir (AI ACT m. 24/4-5).

(6) Ulusal yetkili makamlarla iş birliği yapma yükümlülüğü

İthalatçılar ve dağıtıcılar, özellikle yüksek riskli yapay zekâ sisteminin oluşturduğu riskleri azaltmak ve hafifletmek için yetkili makamların aldığı her türlü önlem konusunda bu makamlarla iş birliği yapacaktır (AI ACT m. 23/7, m. 24/6).

c. Kullanıcıların yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için yerine getirmesi gereken yükümlülükleri

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin kullanıcıları⁹³ için öngörülen yükümlülükler AI ACT'in 26. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'un kullanıcı tanımından yola çıkılarak aşağıda ifade edilecek olan yükümlülükler, yüksek riskli yapay zekâ sistemlerini amatör bir şekilde kişisel faaliyeti sırasında kullanan kişilerin tabii olmayacağı belirtilmelidir⁹⁴. Diğer taraftan Kanun'un ilk halinde mevcut olmayan bazı hükümler, sonrasında teklife eklenmiş ve onaylanmıştır. Bu başlık altında kullanıcıların yükümlülüklerine temas edilecektir.

(1) Yapay zekâ sistemini kullanım talimatlarına uygun olarak kullanma yükümlülüğü

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin kullanıcıları, bu tür sistemlerin, sistemlere eşlik eden kullanım talimatlarına uygun olarak kullanmalarını

⁹³ AI ACT m. 3/4: “*Kullanıcı: Yapay zekâ sisteminin profesyonel olmayan kişisel bir faaliyet sırasında kullanıldığı durumlar hariç olmak üzere, yetkisi altında bir yapay zekâ sistemini kullanan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, ajans veya diğer başka türden bir organ anlamına gelir.*” Kanundaki kullanıcı tanımında, yapay zekâli sistemleri profesyonel olmayan kişisel faaliyet esnasında kullanan kişilerin dışlanmasının yerinde olduğu noktada bkz. Güçlütürk, s. 382.

⁹⁴ Bu yönde bir örnek için bkz. Bozkurt Yüksel, s. 34-35.

sağlamak için uygun teknik ve organizasyonel önlemleri alacak ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde kullanacaktır (AI ACT m. 26/1). Diğer taraftan kullanıcılar, yüksek riskli yapay zekâ sistemi üzerinde kontrol uyguladıkları ölçüde, sistemin insan gözetimini sağlamakla görevlendirilen gerçek kişilerin gerekli yetkinliğe, eğitime ve ayrıca yeterli desteğe sahip olmalarını sağlayacaklardır (AI ACT m. 26/2).

Yukarıda ifade edilen yükümlülükler Birlik veya ulusal hukuk kapsamındaki diğer kullanıcı yükümlülüklerine ve kullanıcının, sağlayıcı tarafından belirtilen insan gözetimi tedbirlerini uygulamak amacıyla kendi kaynaklarını ve faaliyetlerini düzenleme konusundaki takdirine halez getirmeyecektir (AI ACT m. 26/3). Diğer bir deyişle talimatlara uyma ve insan gözetimini sağlayan kişilerin yetkinliğini kontrol etme görevi kullanıcının, kendi kaynaklarını kullanmasına ve faaliyetlerine ilişkin düzenlemeleri yapmasındaki bağımsızlığına aykırılık teşkil etmeyecektir.

(2) Girdi verilerinin temsil edici olmasını sağlama yükümlülüğu

Sistemi kullanma talimatlarına uygun kullanma yükümlülüğüne halez getirmeksizin, kullanıcının girdi verileri üzerinde kontrol uyguladığı ölçüde kullanıcı, girdi verilerinin yüksek riskli yapay zekâ sisteminin hedeflenen amacı açısından ilgili ve yeterince temsil edici olmasını sağlayacaktır (AI ACT m. 26/4). Burada sistemden alınacak çıktılarının ayırıcı ve önyargılı olmaması adına kaynak olarak verilen girdi verilerinin, sistemin kullanıldığı amaç açısından temsil edici olması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁵. Örneğin büyük bir şirket işe alım yaparken, başvuruların değerlendirmesinde yapay zekâ sisteminden faydalanıyorsa, bu sistem yüksek riskli olarak kabul edilecek ve kadın-erkek sayıları, etnik kökenler gibi çeşitli açılardan veri setlerinin, eşit veya en azından temsil edici olması gerekecektir⁹⁶.

(3) Sistemin işleyişini izleme ve risk meydana gelmesi halinde bilgilendirme yapma yükümlülüğu

Kullanıcılar kullanım talimatları temelinde yüksek riskli yapay zekâ sisteminin işleyişini izlemeli ve ilgili olduğunda 72. madde uyarınca sağlayıcıları bilgilendirmelidir. Yapay zekâ sisteminin talimatlara uygun

⁹⁵ Güçlütürk, s. 382.

⁹⁶ Veri kümelerinin yanı sıra, veri setleri aynı olsa bile sistemin farklı çıktılar vermesine sebep olabilecek modelleme tekniklerinin test edilmesi ve modelleme adaletinin sağlanması gerektiği yönünde bkz. Bozkurt Yüksel, s. 35; Yapay zekâli sistemler açısından verilerin ne kadar önemli olduğuna ilişkin örnekler için bkz. Çekin/ Berkaş/ Akıncı, s. 75-76.

olarak kullanımın 79. maddenin 1. fıkrası anlamında bir risk teşkil edeceğini düşünmek için nedenleri olduğunda kullanıcı, gecikme olmaksızın sağlayıcıyı veya dağıtıcıyı ve ilgili piyasa gözetim otoritesini bilgilendirecek ve sistemin kullanımını askıya alacaktır. Ayrıca herhangi bir ciddi olay tespit ettiklerinde önce sağlayıcıyı, ardından ithalatçıyı veya dağıtıcıyı ve ilgili piyasa gözetimi ve denetimi makamlarını derhal bilgilendireceklerdir⁹⁷. Bu yükümlülük, kolluk kuvvetleri olan yapay zekâ sistemleri kullanıcılarının hassas operasyonel verilerini kapsamayacaktır (AI ACT m. 26/5).

(4) Log kayıtlarını saklama yükümlülüğü

Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin kullanıcıları, söz konusu yüksek riskli yapay zekâ sistemi tarafından otomatik olarak oluşturulan log kayıtlarını, özellikle kişisel verilerin korunmasına ilişkin Birlik hukuku başta olmak üzere geçerli hukukta aksi belirtilmedikçe, en az altı ay olacak şekilde, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin kullanım amacına uygun bir süre boyunca kendi kontrolleri altında tutacaklardır (AI ACT m. 26/6).

(5) Yapay zekâ sisteminin kullanıldığına ilişkin kişileri bilgilendirme yükümlülüğü

Gerçek kişilerle ilgili kararlar alan veya karar alınmasına yardımcı olan Ek 3'te atıfta bulunulan yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin kullanıcıları, gerçek kişileri yüksek riskli yapay zekâ sisteminin kullanımına tabi oldukları konusunda bilgilendirir (AI ACT m. 26/11).

Öte yandan kanun koyucu iş ilişkisinde yapay zekâ sistemlerinin kullanılması halinde de bilgilendirme yapılacağını ayrı bir şekilde düzenlemiştir⁹⁸. Buna göre işyerinde yüksek riskli bir yapay zekâ sistemini hizmete sokmadan veya kullanmadan önce, işveren olan kullanıcılar, işçi temsilcilerini ve etkilenen işçileri sisteme tabi olacakları konusunda bilgilendirecektir. Bu bilgilendirme, uygun olduğu hallerde işçilerin ve temsilcilerinin bilgilendirilmesine ilişkin Birlik ve ulusal yasa ve uygulamalarda belirtilen kural ve usullere uygun olarak yapılacaktır (AI ACT m. 26/7).

⁹⁷ Kullanıcının yapay zekâ sistemini kullanmaya başladıktan sonraki etkiyi proaktif denetlemek zorunda olduğu noktasında bkz. Cristofoloni, s. 91.

⁹⁸ Cristofoloni, s. 93-95.

(6) Kolluk tarafından uzaktan biyometrik tanımlama yapan sistemlerin kullanılabilmesi için izin talep etme

Uzaktan biyometrik tanımlama için bir yapay zekâ sistemini kullanan kişi, sistemin kullanımı için bir adli makam veya kararı bağlayıcı olan ve adli denetime tabi olan bir idari makam tarafından önceden veya gecikme olmaksızın ve en geç 48 saat içinde bir izin talep edecektir. Her kullanım, belirli bir suçun soruşturulması için gerekli olanlarla sınırlı olacaktır. Ancak bu izin alma kuralından bazı durumlar hariç tutulmuştur. Kuraldan istisna tutulan bu durum; yapay zeka sisteminin suçla doğrudan bağlantılı nesnel ve doğrulanabilir gerçeklere dayalı olarak potansiyel bir şüphelinin ilk tanımlanmasına ilişkin kullanıldığı hallerdir. Ancak istisna kapsamında kalabilmek için bu kullanımın, bir suç işlemekten hüküm giymiş veya suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin hedefli olarak aranmasına yönelik bir soruşturma çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yukarıda talep edilen yetkilendirmenin reddedilmesi halinde, bu yetkilendirmeye bağlantılı uzaktan biyometrik tanımlama sisteminin kullanımı derhal durdurulacak ve yetkilendirmenin talep edildiği sistemin kullanımıyla bağlantılı kişisel veriler silinecektir (AI ACT m. 26/10).

Her hâlükârda uzaktan biyometrik tanımlamaya yönelik bu tür bir yapay zekâ sistemi, bir suçla, bir ceza davasıyla, gerçek ve mevcut veya gerçek ve öngörülebilir bir suç tehdidiyle ya da belirli bir kayıp kişinin aranmasıyla herhangi bir bağlantısı olmaksızın, hedeflenmemiş bir şekilde kolluk amaçları için kullanılamayacaktır. Ek olarak bir kişi üzerinde olumsuz bir hukuki etki yaratan hiçbir kararın kolluk kuvvetleri tarafından yalnızca bu uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin çıktılara dayanılarak alınmaması sağlanacaktır. Böylelikle sadece bu çıktılara dayanılarak kolluğun ve adli makamların işlem tesis etmesinin önüne geçilmektedir.

Öte yandan amacı veya uygulayıcısı ne olursa olsun, bu sistemlerin her kullanımı ilgili polis dosyasında belgelenecek ve kolluk kuvvetleriyle ilgili hassas operasyonel verilerin açıklanması hariç olmak üzere, talep üzerine ilgili piyasa gözetim otoritesine ve ulusal veri koruma otoritesine sunulacaktır. Buna ek olarak kullanıcılar, ilgili piyasa gözetim ve ulusal veri koruma makamlarına, kolluk kuvvetleriyle ilgili hassas operasyonel verilerin açıklanması hariç olmak üzere, uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin kullanımına ilişkin yıllık raporlar sunacaktır. Raporlar tek bir operasyondaki birkaç kullanımı kapsayacak şekilde bir araya getirilebilir.

Yukarıda genel hatları ve sınırları çizilen uzaktan biyometrik tanımlama yapan yapay zekâ sistemlerine yönelik üye Devletler, Birlik hukukuna uygun olarak, uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin kullanımına ilişkin daha kısıtlayıcı yasalar getirebilirler. Böylelikle çerçevesi ve genel hatları çizilen kullanımın, Birlik üyesi devletler tarafından yeterli bulunmaması halinde daha da sınırlandırılabilme imkanı sağlanmıştır.

d. Yüksek riskli yapay zekâ sistemi tedarik zinciri boyunca sorumluluklar

AI ACT'in 25. maddesinde “yapay zekâ tedarik zinciri boyunca sorumluluklar” başlığı altında birtakım belirlemeler yapılmıştır. Bu belirlemelerde temelde yapay zekânın tedarikinde aktör sıfatlarının değişmesi ele alınmıştır.

Maddeye göre herhangi bir dağıtıcı, ithalatçı, kullanıcı veya diğer üçüncü taraf, AI ACT'in amaçları doğrultusunda aşağıdaki durumlarda yüksek riskli yapay zekâ sisteminin sağlayıcısı olarak kabul edilecektir:

a) *“yükümlülüklerin başka türlü tahsis edilmesini öngören sözleşmeye dayalı düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, halihazırda piyasaya sürülmüş veya hizmete sunulmuş olan yüksek riskli bir yapay zekâ sistemine isimlerini veya ticari markalarını koyduklarında(AI ACT m. 25/1-a);*

b) *halihazırda piyasaya sürülmüş veya hizmete sunulmuş olan yüksek riskli bir yapay zekâ sisteminde, 6. madde uyarınca yüksek riskli bir yapay zekâ sistemi olarak kalmasını sağlayacak şekilde önemli bir değişiklik yaptıklarında (AI ACT m. 25/1-b);*

c) *genel amaçlı bir yapay zekâ sistemi de dahil olmak üzere, yüksek riskli olarak sınıflandırılmamış ve halihazırda piyasaya sürülmüş veya hizmete sunulmuş olan bir yapay zekâ sisteminin kullanım amacını, yapay zekâ sistemini 6. madde uyarınca yüksek riskli bir yapay zekâ sistemi haline getirecek şekilde değiştirdiklerinde (AI ACT m. 25/1-c).”*

Görüldüğü üzere yukarıda sıralanan durumlardan herhangi birini yerine getiren dağıtıcı, ithalatçı, kullanıcı veya diğer üçüncü taraf, yüksek riskli yapay zekâ sisteminin sağlayıcısı olarak kabul edilecek ve sağlayıcınının 16. maddede tabi olduğu yükümlülüklerle uymak zorunda kalacaktır⁹⁹.

⁹⁹ Aksoy, s. 224.

Öte yandan yukarıdaki durumların meydana gelmesiyle sağlayıcı olarak kabul edilen diğer aktörlerin yanı sıra eski sağlayıcının sorumluluğunun da belirlenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda yukarıda düzenlenen koşulların ortaya çıkması halinde, yapay zekâ sistemini ilk olarak piyasaya süren veya hizmete sokan sağlayıcı artık AI ACT'in amaçları doğrultusunda söz konusu yapay zekâ sisteminin sağlayıcısı olarak kabul edilmeyecektir. İlk sağlayıcı, özellikle yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin uygunluk değerlendirmesine uyum ile ilgili olarak AI ACT'te belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi için gerekli bilgileri ve makul olarak beklenen teknik erişim ve diğer yardımları sağlayacaktır. Bu hüküm ilk sağlayıcının sisteminin yüksek riskli bir sisteme dönüştürülmesini ve dolayısıyla belgeleri teslim etme yükümlülüğünü açıkça hariç tuttuğu durumlarda uygulanmayacaktır (AI ACT m. 25/2).

D. Sınırlı Riskli Yapay Zekâ Sistemlerinin Sağlayıcıları ve Kullanıcıları için Şeffaflık Yükümlülükleri

Yukarıda AB Yapay Zekâ Kanunu başliğı altında ifade edildiği üzere, risk temelli yaklaşımda risk grupları; yasaklı, yüksek riskli, sınırlı riskli ve minimum riskli yapay zekâ sistemleri olarak dörde ayrılmıştır¹⁰⁰. Sınırlı riskli yapay zekâ sistemlerine, internet kullanıcılarının veya tüketicilerin etkileşime girebilecekleri sohbet robotları¹⁰¹ (*Chatbot*), yapay zekâ tabanlı video oyunları, vb. gibi sistemler örnek olarak verilebilecektir¹⁰². Kanun'un 4. bölümde "Belirli Yapay Zekâ Sistemlerinin Sağlayıcıları ve Kullanıcıları İçin Şeffaflık Yükümlülükleri" adıyla ayrı bir başlık altında 50. madde düzenlenmiştir. 4. bölüm altındaki tek madde olan bu maddede, sınırlı riskli yapay zekâ sistemleri ve genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sağlayıcıları ve kullanıcıları için şeffaflık yükümlülükleri düzenlenmiştir¹⁰³.

1. Yapay Zekâ Sistemi ile Etkileşime Girildiğinin Bilgilendirilmesi Yükümlülüğü

¹⁰⁰Risk temelli sınıflandırmada dörtlü ayırım için bkz. Güllütürk, s. 375-376.

¹⁰¹Sohbet robotları hakkında genel bilgi için bkz. CBDDO, "Chatbot Uygulamaları ve ChatGPT Örneği", 2023, < <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/21.Chatbot-Uygulamas%C4%B1-ve-ChatGPT-%C3%96rne%C4%9Fi-De%C4%9Ferlendirme-Raporu.pdf> > Erişim Tarihi 08 Kasım 2024. Ayrıca bkz. KVKK, "Sohbet Robotları (Chatgpt Örneği) Hakkında Bilgi Notu", 2024, <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/967c7518-2a4c-4318-9c97-01dcac2591f3.pdf>> Erişim Tarihi 08 Kasım 2024.

¹⁰²Bozkurt Yüksel, s. 37; Söderlund/ Larsson, s. 10; Stieper/ Denga, s. 13.

¹⁰³Genel amaçlı yapay zekâ modelleri için bkz. "E. Genel Amaçlı Yapay Zekâ Modelleri" isimli başlık.

Sağlayıcılar gerçek kişilerle doğrudan etkileşime girmesi amaçlanan yapay zekâ sistemlerinin, kullanım koşulları ve bağlamı dikkate alındığında, makul ölçüde iyi bilgilendirilmiş, gözlemci ve ihtiyatlı bir gerçek kişi gözünden bakıldığında açıkça anlaşılmadığı sürece ilgili gerçek kişilerin, bir yapay zekâ sistemi ile etkileşime girdikleri konusunda en geç ilk etkileşim anında bilgilendirilecek şekilde tasarlanmasını ve geliştirilmesini sağlamalıdır. Ancak bu yükümlülük, üçüncü tarafların hak ve özgürlükleri için uygun güvencelere tabi olarak suçları tespit etmek, önlemek, soruşturmak ve kovuşturmak için yasalarca yetkilendirilmiş yapay zekâ sistemleri bakımından geçerli olmayacaktır (AI ACT m. 50/1). Görüldüğü üzere bazı yapay zekâ sistemleri ile etkileşime geçildiğinin karşı tarafa bildirilmesi yükümlülüğü, “2019 Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik Kurallar¹⁰⁴” gibi hukuki metinlerde ön plana çıkarılan şeffaflık ilkesinin yansımasıdır¹⁰⁵.

2. Çıktının Yapay Zekâ Sistemi Tarafından Üretildiğinin Tespit Edilebilmesi Yükümlülüğü

Sentetik ses, görüntü, video veya metin içeriği üreten genel amaçlı yapay zekâ sistemleri de dahil olmak üzere yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcıları, sistemin çıktılarının yapay olarak üretilmiş veya manipüle edilmişse makine tarafından okunabilir bir formatta işaretlenmesini sağlamalıdır. Diğer bir deyişle sağlayıcılar yapay zekâ sistemleri tarafından ortaya konulan çıktılarını, yapay zekâ tarafından oluşturulduğunun tespit edilememesine yönelik olarak herhangi bir faaliyete girişemeyecek, buna yönelik önlemler alamayacaktır.

Maddenin devam eden kısmında sağlayıcılar, farklı içerik türlerinin özelliklerini ve sınırlamalarını, uygulama maliyetleri ile ilgili teknik standartlarda yansıtılabileceği gibi genel olarak kabul edilen en son teknolojiyi dikkate alarak teknik çözümlerin mümkün olduğu ölçüde etkili, birlikte çalışabilir, sağlam ve güvenilir olmasını sağlayacaktır. Bu yükümlülük, yapay zekâ sistemlerinin standart düzenleme için yardımcı bir işlev yerine getirdiği veya kullanıcı tarafından sağlanan girdi verilerini ya da bunların anlamını önemli ölçüde değiştirmedeği veya suçları tespit etmek, önlemek, soruşturmak ve kovuşturmak için kanunla yetkilendirildiği durumlarda geçerli olmayacaktır (AI ACT m. 50/2).

¹⁰⁴“Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik Kurallar” belgesi için bkz. <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> Erişim Tarihi 05 Kasım 2024.

¹⁰⁵ Aksoy, s. 225-226.

3. Duygu Tanıma Sistemlerine veya Biyometrik Sınıflandırma Sistemine Maruz Kalanları Bilgilendirme ve Kişisel Verileri Hukuka Uygun Şekilde İşleme Yükümlülüğü

Bir duygu tanıma sistemi¹⁰⁶ veya bir biyometrik sınıflandırma sisteminin¹⁰⁷ kullanıcıları, sistemin işleyişi hakkında buna maruz kalan gerçek kişileri en geç ilk maruz kalma anında bilgilendirecek ve kişisel verileri, uygulanabilir olduğu şekilde, (AB) 2016/679 sayılı Tüzük, (AB) 2016/1725 sayılı Tüzük ve (AB) 2016/280 sayılı Direktif uyarınca işleyecektir. Örneğin AI ACT kapsamında kullanıcı olarak kabul edilen şirket, çalışanlarının duygu durumlarının tespit edilerek çalışma verimlerinin ve yıllık izne ihtiyaç duyabileceklerin listesini almak amacıyla yapay zekâ sistemi kullandığında -yasaklı olmadığı varsayımında- yapay zekâ sistemine maruz kalan işçilerine bilgilendirmede bulunacak ve onların kişisel verilerini hukuka uygun olarak işleyecektir¹⁰⁸. Öte yandan bu yükümlülük, üçüncü tarafların hak ve özgürlükleri için uygun güvencelere tabi ve Birlik yasalarına uygun olarak, suçları tespit etmek, önlemek ve araştırmak için yasalarca izin verilen biyometrik sınıflandırma ve duygu tanıma için kullanılan yapay zekâ sistemleri için geçerli olmayacaktır (AI ACT m. 50/3).

4. Deep Fake Yöntemi ile Oluşturulan Çıktılar Hakkında Şeffaflık Yükümlülüğü

Derin bir sahtecilik oluşturan (*deep fake*)¹⁰⁹ görüntü, ses veya video içeriği üreten veya manipüle eden bir yapay zekâ sisteminin kullanıcıları, içeriğin yapay olarak üretildiğini veya manipüle edildiğini açıklayacaktır¹¹⁰. Bu yükümlülük kullanımın suç tespit etmek, önlemek, soruşturmak ve

¹⁰⁶ Duygu tanıma sistemi tanımı için bkz. 65. dn.

¹⁰⁷ AI ACT m. 3/40: “*Biyometrik sınıflandırma sistemi, başka bir ticari hizmete yardımcı olmadıkça ve objektif teknik nedenlerle gerekli olmadıkça, gerçek kişileri biyometrik verilerine dayanarak belirli kategorilere atamak amacıyla kullanılan bir yapay zekâ sistemi anlamına gelmektedir.*”

¹⁰⁸ Bu hüküm hakkındaki eleştiriler için bkz. Bozkurt Yüksel, s. 38-39.

¹⁰⁹ AI ACT m. 3/60: “*Derin sahte, mevcut kişilere, nesnelere, yerlere veya diğer varlıklara ya da olaylara benzeyen ve bir kişiye yanlış bir şekilde gerçek veya doğru gibi görünen, yapay zeka tarafından oluşturulan veya manipüle edilen görüntü, ses veya video içeriği anlamına gelmektedir.*”

¹¹⁰ Bu hükmün eleştirisi için bkz. Bozkurt Yüksel, s. 39. Deep fake teknolojisinin regülasyonu hakkında bkz. Sinem Özyiğit, “Karşılaştırmalı Hukuktaki Gelişmeler Işığında Deepfake Teknolojisinin Regülasyonu ve Türk Hukuku İçin Öneriler”, Şerafettin Ekici, Muhammed Aşar ve Ekrem Solak (Eds.), *Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı 2022*, Adalet, 2022, s. 479-513.

kovuşturmak için kanunla yetkilendirildiği durumlarda geçerli olmayacaktır. Öte yandan içeriğin bariz bir şekilde sanatsal, yaratıcı, hicivsel, kurgusal benzer bir eserin veya programın bir parçasını oluşturduğu durumlarda, bu paragrafta belirtilen şeffaflık yükümlülükleri, eserin sergilenmesini veya eserden yararlanılmasını engellemeyecek şekilde bilgilendirmenin yapılması ile sınırlıdır (AI ACT m. 50/4).

Bu yükümlülükle bağlantılı olarak kamu yararını ilgilendiren konularda kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla yayınlanan bir metni üreten veya manipüle eden bir yapay zekâ sisteminin kullanıcıları, metnin yapay olarak üretildiğini veya manipüle edildiğini açıklayacaktır¹¹¹. Bu yükümlülük kullanımın suçları tespit etmek, önlemek, soruşturmak ve kovuşturmak için kanunla yetkilendirildiği veya yapay zekâ tarafından oluşturulan içeriğin bir insan incelemesi ya da editoryal kontrol sürecinden geçtiği ve içeriğin yayınlanmasında gerçek veya tüzel bir kişinin editoryal sorumluluğa sahip olduğu durumlarda geçerli olmayacaktır.

Bu yükümlülük de dahil olmak üzere 1. ve 3. başlıktaki yükümlülükler, yapay zekâ sistemine maruz kalan gerçek kişilere en geç ilk etkileşim veya maruz kalma anında açık ve ayırt edilebilir bir şekilde sağlanacaktır (AI ACT m. 50/5). Burada ifade edilen yükümlülükler, AI ACT'in 3. başlığında belirtilen gereklilikleri ve yükümlülükleri etkilemeyecek ve Birlik veya ulusal hukukta belirtilen yapay zekâ sistemleri kullanıcıları için diğer şeffaflık yükümlülüklerine hâle getirmeyecektir (AI ACT m. 50/6).

E. Minimum Riskli Yapay Zekâ Sistemleri

Önceki başlıklarda değinilen türlerin kapsamına girmeyen diğer tüm yapay zekâ sistemleri, ek yasal yükümlülükler olmaksızın mevcut mevzuata tabi olarak geliştirilebilecek ve kullanılabilir¹¹². Minimum riskli yapay zekâ sistemlerine, spam filtreleri örnek olarak verilebilecektir. Halihazırda Avrupa Birliği'nde kullanılan veya kullanılması ihtimal dahilinde olan yapay zekâ sistemlerinin büyük çoğunluğu, minimum riskli yapay zekâ sistemi içerisinde değerlendirilecektir. Diğer bir deyişle birçok yapay zekâ sistemi açısından AI ACT kapsamında öngörülen yasak ya da yükümlülükler söz konusu olmayacaktır¹¹³. Ancak minimum riskli yapay zekâ sistemi sağlayıcıları

¹¹¹ Açıklamanın kime ve nasıl yapılacağı konusundaki belirsizliklerin eleştirisi için bkz. Özyiğit, s. 503-504.

¹¹² Almada/ Radu, s. 649.

¹¹³ Aksoy, s. 219; Çekin/ Berktaş/ Akıncı, s. 69; Güçlütürk, s. 376-377.

ihtiyari olarak, güvenilir yapay zekâ için gerekliliklere uyabilecek ve gönüllü davranış kurallarını benimseyebileceklerdir¹¹⁴.

F. Genel Amaçlı Yapay Zekâ Modelleri

Kanun'un 5. bölümünde "genel amaçlı yapay zekâ modelleri" başlığı altında ilk kısımda sınıflandırma kuralları düzenlenmiştir¹¹⁵. Genel amaçlı yapay zekâ modeli ise bir yapay zekâ modelinin büyük ölçekte kendi kendine denetim kullanılarak büyük miktarda veri ile eğitildiği durumlar da dahil olmak üzere, önemli bir genellik sergileyen ve modelin piyasaya sürülme şeklinden bağımsız olarak çok çeşitli farklı görevleri yetkin bir şekilde yerine getirebilen, çeşitli alt sistemlere veya uygulamalara entegre edilebilen bir yapay zekâ modeli anlamına gelmektedir. Ancak piyasaya sürülmeden önce araştırma, geliştirme veya prototipleme faaliyetleri için kullanılan yapay zekâ modelleri bundan hariç tutulmuştur (AI ACT m. 3/63). Kısaca genel amaçlı yapay zekâ modelleri, çeşitli görevleri yerine getirmek üzere kullanılabilen sistemlerdir. Kanun bu modelleri, hem doğrudan kullanım yoluyla hem de diğer yapay zekâ sistemlerine entegre olarak, çeşitli amaçlara hizmet etme kapasitesine sahip modeller olarak tanımlamaktadır¹¹⁶. Genel amaçlı yapay zekâ modelleri, sorulan sorulara cevap verebilir, herhangi bir belgeyi veya metni tercüme edebilir, gezi rotası oluşturabilir, herhangi bir konuda danışmanlık yapabilir ve diğer sistemlere bileşen olarak çalışabilir. Genel amaçlı yapay zekâ modellerine, LLM'ler (*large language models*) ve diğer temel modeller örnek olarak verilmektedir¹¹⁷.

Bu bölümde 51. madde ile "genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sistemik riskli genel amaçlı yapay zekâ modelleri olarak sınıflandırılması" başlığında birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Bu bölüm altındaki düzenlemeler genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sistemik risk içerenlerinin sınıflandırılmasına yönelik olduğu ifade edilmelidir.

Bölümün 2. kısmında ise "genel amaçlı yapay zekâ modelleri sağlayıcıları için yükümlülükler" başlığı altında birkaç düzenleme öngörülmüştür. Devam eden kısımda ise "sistemik risk teşkil eden genel amaçlı yapay zekâ modellerinin

¹¹⁴ Almada/ Radu, s. 649.

¹¹⁵ Yapay zekâ sistemi ve yapay zekâ modeli arasındaki ayrım için bkz. D. Fernández-Llorca vd., s. 7-9.

¹¹⁶ Ebers, s. 11; Stieper/ Denga, s. 13.

¹¹⁷ Almada/ Radu, s. 650-651; Söderlund/ Larsson, s. 10. Bu tür teknolojilere örnek olarak dünyaca ünlü sohbet robotu ChatGPT'yi sağlayan GPT-4 ve Bard/Gemini verilebilir. Cristofoloni, s. 82; Stieper/ Denga, s. 13.

sağlayıcıları için yükümlülükler” başlığı altında, bazı belirlemeler yapılmış ve ek yükümlülükler öngörülmüştür.

1. Genel Amaçlı Yapay Zekâ Modellerinin Sınıflandırılması ve Prosedürü

Bu bölümde genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sistemik riskli¹¹⁸ genel amaçlı yapay zekâ modeli olarak sınıflandırılması ele alınmıştır. Kanun’un 51. maddesine göre; genel amaçlı bir yapay zekâ modeli, aşağıdaki kriterlerden herhangi birini karşılaması halinde sistemik risk içeren genel amaçlı yapay zekâ modeli olarak sınıflandırılacaktır:

1. göstergeler ve kıyaslamalar da dahil olmak üzere uygun teknik araçlar ve metodolojiler temelinde değerlendirilen, yüksek etki kapasitesine sahip olması (AI ACT m. 51/1-a);

2. Komisyonun re’sen veya Bilimsel Panel tarafından nitelikli bir uyarıyı takiben verdiği bir karara dayalı olarak (a) bendinde belirtilenlere eşdeğer yeteneklere veya etkiye sahip olması (AI ACT m. 51/1-b).

Görüldüğü üzere genel amaçlı bir yapay zekâ modelinin, sistemik riskli genel amaçlı bir yapay zekâ modeli olarak kabul edilebilmesi için yukarıdaki şartlardan herhangi birini taşıması gerekmektedir. 1. şartta belirtilen yüksek etki kapasitesinin varlığı ise bazı durumlarda doğrudan kabul edilmiştir¹¹⁹. Öte yandan Komisyon, Birlik hukuku ve ulusal hukuk uyarınca fikri mülkiyet haklarına ve ticari sırlara saygı gösterilmesi ve bunların korunması ihtiyacına halel getirmeksizin, sistemik risk taşıyan genel amaçlı yapay zekâ modellerinin bir listesinin yayınlanmasını sağlayacak ve bu listeyi güncel tutacaktır (AI ACT m. 52/6).

Genel amaçlı bir yapay zekâ modelinin 51(1) maddesinin (a) bendinde atıfta bulunulan gereklilikleri karşılaması halinde, ilgili sağlayıcı gecikmeksizin ve her halükarda bu gerekliliklerin karşılanmasından veya bu gerekliliklerin karşılanacağıının öğrenilmesinden sonraki iki hafta

¹¹⁸ AI ACT m. 3/65: “Sistemik risk, genel amaçlı yapay zekâ modellerinin yüksek etkili yeteneklerine özgü, erişimleri nedeniyle Birlik pazarı üzerinde önemli bir etkiye sahip olan veya kamu sağlığı, emniyet, kamu güvenliği, temel haklar veya bir bütün olarak toplum üzerinde fiili veya makul olarak öngörülebilir olumsuz etkiler nedeniyle değer zinciri boyunca geniş ölçekte yayılabilen bir risk anlamına gelmektedir.”

¹¹⁹ Yüksek etki kapasitesinin varsayıldığı durumlar için bkz. AI ACT m. 51/2,3. AI ACT m. 51/2’deki eşik değerinin üç nedenden dolayı sorgulanabilir olduğu ve sistemik risklerin AB tarafından ne kadar keyfi bir şekilde tanımlandığı eleştirisi için bkz. Ebers, s. 11.

içerisinde Komisyonu bilgilendirmek zorundadır. Söz konusu bildirim, ilgili gerekliliklerin karşılandığını göstermek için gerekli bilgileri içerecektir. Komisyon, kendisine bildirilmemiş olan sistemik riskler arz eden genel amaçlı bir yapay zekâ modelinin farkına varırsa, bunu sistemik riskli bir model olarak belirlemeye karar verebilecektir (AI ACT m. 52/1).

Madde 51/1'in (a) bendinde düzenlenen gereklilikleri karşılayan genel amaçlı bir yapay zekâ modelinin sağlayıcısı, bildirişimle birlikte istisnai olarak söz konusu gereklilikleri karşılamasına rağmen genel amaçlı yapay zekâ modelinin belirli özellikleri nedeniyle sistemik riskler sunmadığını ve bu nedenle sistemik riskli genel amaçlı yapay zekâ modeli olarak sınıflandırılmaması gerektiğini göstermek için yeterince kanıtlanmış argümanlar sunabilecektir (AI ACT m. 52/2). Komisyon, sunulan argümanların yeterince kanıtlanmadığı ve ilgili sağlayıcının genel amaçlı yapay zekâ modelinin spesifik özellikleri nedeniyle sistemik riskler sunmadığını gösteremediği sonucuna varırsa, bu argümanları reddedecek ve genel amaçlı yapay zekâ modeli, sistemik riskli genel amaçlı yapay zekâ modeli olarak değerlendirilecektir (AI ACT m. 52/3).

Komisyon resen veya Bilimsel Panel tarafından gelen nitelikli bir uyarıyı takiben, Ek XIII'te belirtilen kriterler temelinde, genel amaçlı bir yapay zekâ modelini sistemik riskler arz eden bir model olarak belirleyebilecektir. Komisyon 97. madde uyarınca yetki devri yoluyla Ek XIII'te yer alan kriterleri belirleme ve güncelleme yetkisine sahiptir (AI ACT m. 52/4). Öte yandan modeli 4. paragraf uyarınca sistemik riske sahip genel amaçlı bir yapay zekâ modeli olarak belirlenmiş olan bir sağlayıcının gerekçeli talebi üzerine, Komisyon talebi dikkate alır ve genel amaçlı yapay zekâ modelinin Ek XIII'te belirtilen kriterler temelinde hala sistemik risk arz edip etmediğinin yeniden değerlendirilmesine karar verebilir. Bu tür bir talep, Komisyon'un ilk kararından bu yana ortaya çıkan nesnel, ayrıntılı ve yeni nedenleri içermelidir. Sağlayıcılar belirleme kararından en erken altı ay sonra yeniden değerlendirme talebinde bulunabilir. Komisyon yeniden değerlendirmenin ardından, sistemik riske sahip genel amaçlı yapay zekâ modeli olarak tanımlamanın sürdürülmesine karar vermesi halinde, sağlayıcılar bu karardan sonra en erken altı ay içinde yeniden değerlendirme talebinde bulunabilirler (AI ACT m. 52/5).

2. Sistemik Riske Sahip Olmayan Genel Amaçlı Yapay Zekâ Modelleri Sağlayıcıları için Yükümlülükler

Genel amaçlı yapay zekâ modelleri sağlayıcılarının yükümlülükleri

Kanun'un 53. maddesinde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu başlık altında genel amaçlı yapay zekâ modeli sağlayıcılarının yükümlülükleri ayrı ayrı ele alınacaktır.

a. Teknik belgeleri hazırlama ve güncel tutma yükümlülüğü

Sağlayıcı eğitim, test süreci ve değerlendirme sonuçları da dahil olmak üzere, modelin teknik belgelerini hazırlayacak ve güncel tutacaktır; bu belgeleme, talep üzerine Yapay Zekâ Ofisi'ne ve ulusal yetkili makamlara sunulması amacıyla asgari olarak Ek XI'de belirtilen bilgileri içerecektir¹²⁰ (AI ACT m. 53/1-a).

b. Diğer sağlayıcılar için bilgi ve belge hazırlama ile kullanıma sunma yükümlülüğü

Sağlayıcılar genel amaçlı yapay zekâ modelini, yapay zekâ sistemlerine entegre etmek isteyen diğer sistem sağlayıcıları için bilgi ve belgeler hazırlayacak, bunları güncel tutacak ve kullanıma sunacaktır. Birlik hukuku ve ulusal hukuk uyarınca fikri mülkiyet haklarına ve ticari sırlara saygı gösterme ile bunları koruma ihtiyacı saklı kalmak kaydıyla, bilgi ve belgeler:

(i) Yapay zekâ sistemleri sağlayıcılarının genel amaçlı yapay zekâ modelinin yeteneklerini ve sınırlamalarını iyi bir şekilde anlamalarını ve AI ACT uyarınca yükümlülüklerine uymalarını sağlamalı ve,

ii) asgari olarak Ek XII'de belirtilen unsurları içermelidir (AI ACT m. 53/1-b).

Ancak teknik belgeleri hazırlama ve güncel tutma yükümlülüğü ile diğer sağlayıcılar için bilgi ve belge hazırlama yükümlülüğü, modelin erişimine, kullanımına, değiştirilmesine ve dağıtımına izin veren ücretsiz ve açık bir lisans kapsamında kamuya açık hale getirilen ve ağırlıklar, model mimarisine ilişkin bilgiler ve model kullanımına ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere parametreleri kamuya açık hale getirilen yapay zekâ modelleri sağlayıcıları için geçerli olmayacaktır. Bu istisna mantıklıdır zira modelini kamuya açık hale getiren sağlayıcının, tekrardan kamuyu bilgilendirmek ve diğer sağlayıcılar için bilgi ve belge hazırlamasını beklemek doğru olmasa gerektir. Ancak bu istisna, sistemik riskler içeren genel amaçlı yapay zekâ modelleri için geçerli

¹²⁰ Genel amaçlı yapay zekâ modellerinin tüm sağlayıcıları, yapay zekâ denetim makamlarına ve kullanıcılara karşı kapsamlı belgeleme yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiği yönünde bkz. Stieper/ Denga, s. 13.

değildir (AI ACT m. 53/2).

c. AB telif hakkı yasanına saygı gösterme politikası geliştirme yükümlülüğü

Sağlayıcı, Birlik Telif Hakkı Yasası'na saygı gösterilmesi, özellikle de 2019/790 sayılı Direktif (AB) Madde 4(3) uyarınca ifade edilen hakların çekincelerinin en son teknolojiler aracılığıyla belirlenmesi ve bunlara saygı gösterilmesi için bir politika hazırlamalı ve uygulamaya koymalıdır¹²¹ (AI ACT m. 53/1-c).

d. Modelin eğitimi hakkında özet hazırlama ve kamuya sunma yükümlülüğü

Genel amaçlı yapay zekâ modeli sağlayıcısı, Yapay Zekâ Ofisi tarafından sağlanan bir şablona göre, genel amaçlı yapay zekâ modelinin eğitimi için kullanılan içerik hakkında yeterince ayrıntılı bir özet hazırlamak ve kamuya açık hale getirmek zorundadır (AI ACT m. 53/1-d).

e. Yetkili makamlarla iş birliği yapma yükümlülüğü

Genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sağlayıcıları, Kanun uyarınca yetki ve güçlerini kullanırken Komisyon ve ulusal yetkili makamlarla gerektiği şekilde iş birliği yapacaktır (AI ACT m. 53/3).

f. Birlik dışında yerleşik olan sağlayıcının yetkili temsilci belirleme yükümlülüğü

Birlik dışında yerleşik olan sağlayıcılar, Birlik pazarına genel amaçlı bir yapay zekâ modeli yerleştirmeden önce, yazılı bir talimatla Birlik içinde yerleşik olan ve Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirmesini sağlayacak bir yetkili temsilci atamak zorundadır¹²² (AI ACT m. 54/1). Ancak temsilci belirleme yükümlülüğü, modelin erişimine, kullanımına, değiştirilmesine ve dağıtımına izin veren ücretsiz ve açık kaynaklı bir lisans kapsamında kamuya açık hale getirilen ve parametreleri, model mimarisine ilişkin bilgileri ve model kullanımına ilişkin bilgileri kamuya açık hale getirilen genel amaçlı

¹²¹ AI ACT'in geniş uygulama alanı gereği, sistemin eğitimi sırasında telif hakkı ile korunan eserlerin ve diğer konuların çoğaltılmasına ilişkin AB Telif Hakkı Yasası'nın gerekliliklerine, Birlik dışında yerleşik olan özel hukuk tüzel kişilerinin de uyması gerekeceği yönünde bkz. Stieper/ Denga, s. 14-15.

¹²² Sağlayıcıların temsilci belirleme ve telif hakkı stratejisi geliştirme yükümlülükleri ile telif hakkı korumasının daha sağlam olacağı noktasında bkz. Stieper/ Denga, s. 13, 17.

yapay zekâ modellerinin sağlayıcıları için, genel amaçlı yapay zekâ modelleri sistemik riskler arz etmediği sürece geçerli olmayacaktır (AI ACT m. 54/6).

Yetkili temsilci, sağlayıcıdan aldığı yetki belgesinde belirtilen görevleri yerine getirir¹²³. Yetki belgesinin bir kopyası talep üzerine, Birlik kurumlarının resmi dillerinden birinde Yapay Zekâ Ofisi'ne verilecektir (AI ACT m. 52ca/2). Bu kapsamda verilen yetki, yetkili temsilciye, sağlayıcıya ek olarak veya sağlayıcı yerine Yapay Zekâ Ofisi veya ulusal yetkili makamlar tarafından, Kanun'a uyumun sağlanmasıyla ilgili tüm konularda muhatap alınma imkanı vermektedir (AI ACT m. 54/4). Öte yandan yetkili temsilci, sağlayıcının Kanun kapsamındaki yükümlülüklerine aykırı davrandığını düşünürse ya da düşünmek için sebepleri varsa görevine son verme seçeneği bulunmaktadır. Böyle bir durumda temsilci, Yapay Zekâ Ofisi'ni de derhal görevini sona erdirmesi ve bunun nedenleri hakkında bilgilendirir (AI ACT m. 54/5).

3. Sistemik Riske Sahip Genel Amaçlı Yapay Zekâ Modelleri Sağlayıcıları için Yükümlülükler

Sistemik risk taşıyan genel amaçlı yapay zekâ modelleri sağlayıcılarının yükümlülükleri Kanun'un 55. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak ifade edilmelidir ki sistemik riske sahip olmayan genel amaçlı yapay zekâ modeli sağlayıcılarının tabi olduğu yükümlülükler, sistemik riske sahip genel amaçlı yapay zekâ modeli sağlayıcıları da tabidir¹²⁴. Bu yükümlülükler ek olarak 55. maddede sağlayıcılara birtakım ek yükümlülükler öngörülmüş, ardından düzenlenen 56. madde ile de uygulama kuralları getirilmiştir. Bu başlık altında sistemik risk taşıyan genel amaçlı yapay zekâ modeli sağlayıcılarının

¹²³“AI ACT'in amacı doğrultusunda, yetki belgesi temsilciye aşağıdaki görevleri yerine getirme yetkisi verir:

(a) Ek Ek XI'de belirtilen teknik dokümantasyonun hazırlandığını ve Madde 53 ve uygulanabilir olduğu hallerde Madde 55'de düzenlenen tüm yükümlülüklerin sağlayıcı tarafından yerine getirildiğini doğrular;

(b) modelin piyasaya sürülmesinden itibaren 10 yıl boyunca teknik dokümantasyonun bir kopyasını ve yetkili temsilcinin atandığı sağlayıcının iletişim bilgilerini Yapay Zekâ Ofisinin ve ulusal yetkili makamların kullanımına hazır bulundurur;

(c) Yapay Zekâ Ofisine, gerekçeli bir talep üzerine, bu Kısımdaki yükümlülükler uyulduğunu göstermek için gerekli olan (b) bendine göre saklananlar da dahil olmak üzere tüm bilgi ve belgeleri sağlar;

(d) Yapay Zekâ Ofisi ve yetkili makamlar ile, gerekçeli bir talep üzerine, modelin Birlik içinde piyasaya sürülen veya hizmete alınan yapay zekâ sistemlerine entegre edilmesi de dahil olmak üzere, genel amaçlı yapay zekâ modeli ile ilgili olarak, gerçekleştirdiği her türlü eylem konusunda iş birliği yapar (AI ACT m. 54/3).”

¹²⁴ Almada/ Radu, s. 651.

yükümlülükleri ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

a. Model değerlendirmesini standartlaşmış protokollere göre yapma yükümlülüğü

Sistemik risk içeren genel amaçlı yapay zekâ modellerinin sağlayıcıları, sistemik riskin belirlenmesi ve azaltılması amacıyla modelin rakip testlerinin yapılması ve belgelenmesi de dâhil olmak üzere, model değerlendirmesini standartlaştırılmış protokollere ve teknolojinin geldiği noktayı yansıtan araçlara uygun olarak gerçekleştirir (AI ACT m. 55/1a).

b. Sistemik riskleri değerlendirme ve azaltma yükümlülüğü

Sağlayıcı sistemik risk içeren genel amaçlı yapay zekâ modellerinin geliştirilmesi, piyasaya sürülmesi veya kullanılmasından kaynaklanabilecek olası sistemik riskleri, kaynaklar da dahil olmak üzere Birlik düzeyinde değerlendirir ve azaltır (AI ACT m. 55/1b).

c. Ciddi olayları takip etme, belgeleme ve raporlaştırma yükümlülüğü

Sağlayıcı Yapay Zekâ Ofisi'ne ve uygun olduğunda ulusal yetkili makamlara, ciddi olaylar ve bunları ele almak için olası düzeltici önlemler hakkında ilgili bilgileri gecikmeksizin takip etmek, belgelemek ve raporlamak zorundadır¹²⁵ (AI ACT m. 55/1c).

d. Siber güvenlik koruması sağlama yükümlülüğü

Sağlayıcı sistemik riske sahip genel amaçlı yapay zekâ modeli ve modelin fiziksel altyapısı için yeterli düzeyde siber güvenlik koruması sağlayacaktır (AI ACT m. 55/1d).

III. AVRUPA BİRLİĞİ YAPAY ZEKÂ KANUNUNDA DÜZENLENEN DİĞER HUSUSLAR

AB Yapay Zekâ Kanunu'nda risk temelli yaklaşım benimsenerek oluşturulan risk grupları etrafında bir regülasyon çalışması yapılmıştır. Bu risk grupları çeşitli kategorilere ayrılmış, her bir kategoride yer alan aktörlerin yükümlülükleri detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunun geri kalan kısmından hareketle çeşitli noktalara temas edildiği, kapsayıcı bir çalışma yapılmasının amaçlandığı ve bu doğrultuda çok farklı hususların düzenlendiği kanaatine varılabilecektir. Kanunda yer alan diğer kısımlar özetle;

¹²⁵Bu maddede öngörülen yükümlülüklerin gerçek bir risk temelli yaklaşımla tutarlı olmadığı eleştirisi için bkz. Ebers, s. 11.

- 6. bölümde inovasyonu destekleyen önlemler,
- 7. bölümde yönetim başlığı altında Avrupa Yapay Zekâ Ofisi, Avrupa Yapay Zekâ Kurulu'nun kurulması, Danışma Forumu, Bağımsız Uzmanlardan Oluşan Bilimsel Panel ve Ulusal Yetkili Makamlar¹²⁶,
- 8. bölümde yüksek riskli yapay zekâ sistemleri için AB veri tabanı,
- 9. bölümde pazar sonrası izleme, bilgi paylaşımı ve piyasa gözetimi,
- 10. bölümde davranış kuralları ve yönergeler,
- 11. bölümde yetki devri ve komite prosedürü,
- 12. bölümde cezalar¹²⁷,
- 13. bölümde ise son hükümler, düzenlenmiştir.

SONUÇ

Avrupa Birliği gelişen teknolojileri regüle etmeye yönelik çalışmalarıyla ön plana çıkmaktadır. Bu doğrultuda Yapay Zekâ Kanunu, yapay zekâya yönelik ilk bağımsız ve kapsamlı kanun çalışması olması sebebiyle büyük önem arz etmektedir. Bütüncül bir yaklaşım sergilenerek hazırlanan bu Kanun'da, yapay zekâ sistemleri risk temelinde bir ayrıma tabi tutularak sınıflandırılmıştır. Yasaklı yapay zekâ sistemleri, yüksek riskli yapay zekâ sistemleri, sınırlı riskli yapay zekâ sistemleri ve minimum riskli yapay zekâ sistemleri olarak yapılan sınıflandırmada, her bir türde faaliyet gösteren sağlayıcı, dağıtıcı, ithalatçı ve kullanıcı gibi çeşitli aktörlere yükümlülükler öngörülmüştür. Yapay zekânın yer aldığı her sektör ve alanda uygulanabilecek nitelikte olan bu Kanun'la, yapay zekânın kullanımıyla temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi ihtimalinin kaynağında yok edilmesi amaçlanmıştır. Kapsam itibarıyla oldukça geniş bir uygulama alanı bulabilecek Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu, yapay zekâ teknolojisinin özelliği gereği üzerinde etki doğurabileceği geniş kesime hitap edebilecektir. Ancak kademeli bir yürürlük sistemi ile Kanun'un teorideki olumlu yanının, uygulamaya yansıyor yansımayacağı ilerleyen dönemde görülecektir.

¹²⁶Kanunun uygulanmasında önem arz eden aktörlerin detaylı incelemesi için bkz. Claudio Novelli vd., "A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities", 2024, <<https://ssrn.com/abstract=4817755>> Erişim Tarihi 05 Kasım 2024.

¹²⁷AI ACT'in genel olarak zarar ve tazmin konusunu ele almamaktadır. Yaptırımlar hakkında genel bir bilgi ve bu yönde bkz. Aksoy, s. 228-229.

KAYNAKÇA

- Almada M/ Radu A, “The Brussels Side-Effect: How the AI Act Can Reduce the Global Reach of EU Policy”, *German Law Journal* 25 (2024), <<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/brussels-sideeffect-how-the-ai-act-can-reduce-the-global-reach-of-eu-policy/032C72AEC537EBB6AE96C0FD90387E3E>> Erişim Tarihi 29 Ekim 2024, s. 646–663.
- Aksoy E, *Yapay Zeka'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi*. 1. Bası, Seçkin, 2022.
- Amnesty <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/07/the-great-hack-facebook-cambridge-analytica/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Başıyğit A S, *Temel İnsan Hakları Bağlamında Yapay Zekâ*. 1. Bası, Yetkin Yayınları, 2024.
- Bozkurt Yüksel A E, “Avrupa Komisyonu'nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış”, *TAAD*, 13 (51), 2022, s. 19-46.
- Chung N C vd., “False Sense of Security in Explainable Artificial Intelligence (XAI)” Workshop on AI Governance at the 2024 International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI), 2024, <<https://arxiv.org/pdf/2405.03820>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024, s. 1-9.
- Cristofoloni C, “Navigating the impact of AI systems in the workplace: strengths and loopholes of the EU AI Act from a labour perspective”, *Italian Labour Law e-Journal*, 17 (1), 2024, <<https://illej.unibo.it/article/view/19796/18192>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024, s. 75-103.
- Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, “Chatbot Uygulamaları ve ChatGPT Örneği”, 2023, <<https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/21.Chatbot-Uygulamas%C4%B1-ve-ChatGPT-%C3%96rne%C4%9Fi-De%C4%9Ferlendirme-Raporu.pdf>> Erişim Tarihi 08 Kasım 2024, s. 1-67.
- Çekin M S/ Berktaş A E/ Akıncı M F, *Veri Hukuku*, 1. Bası, Oniki Levha, 2023.
- Devetzis D ve Samaras S, “Consumer Protection Safeguards after the AI Act”, *Perspectives of Law and Public Administration*, 13 (2), 2024, <https://www.adjuris.ro/revista/articole/An13nr2/12.pdf> Erişim Tarihi

31 Ağustos 2024, s. 298-309.

Ebers M, “Truly Risk-based Regulation of Artificial Intelligence How to Implement the EU’s AI Act”, *EU Law Working Papers No. 101, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum*, 2024, <<https://law.stanford.edu/publications/no-101-truly-risk-based-regulation-of-artificial-intelligence-how-to-implement-the-eus-ai-act/>> Erişim Tarihi 08 Kasım 2024, s. 1-20.

EU, <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

EU, <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

EU <<https://eur-lex.europa.eu/oj/daily-view/Lseries/default.html?&ojDate=12072024>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

EU, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

EU, <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-launches-ai-innovation-package-support-artificial-intelligence-startups-and-smes>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

EU, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=EN>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

EU, <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> Erişim Tarihi 05 Kasım 2024.

Görentaş B/ Çiftçi H, “Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası Çerçevesinde Yargılamada Yapay Zekâ Kullanımının Değerlendirilmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 89 (1), 2024, s. 177-203.

Gulley A/ Hilliard A, “Lost in Transl(A)t(I)on: Differing Definitions of AI [Updated]”, (Holistic AI, 2024) <<https://www.holisticai.com/blog/ai-definition-comparison>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

Gültekin-Várkonyi G, “Yüz Tanıma Teknolojileri ve Yapay Zekâ Tüzüğü”, İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu Üretken Yapay Zekâ ve Hukuki Meseleler Konferans Bildirisi, 2024, <<https://www.istanbulbarosu>.

org.tr/files/komisyonlar/yzcg/yzcg_uretkenyzev hukukimeseleler.pdf> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024, s. 7-12.

Hacker P/ Engel A/ Mauer M, “Regulating ChatGPT and Other Large Generative AI Models” (Oxford Business Law Blog, 2023) <<https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/03/regulating-chatgpt-and-other-large-generative-ai-models>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

Helberger N/ Diakopoulos N, “ChatGPT and the AI Act”. Internet Policy Review, 12 (1), 2023, <<https://policyreview.info/pdf/policyreview-2023-1-1682.pdf>>, s. 1-6.

İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaBirliğiYapayZekâya%C4%B0liskinTuzukTeklifTurkceTercumesi.pdf>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, “Geçmişten Bugüne Yapay Zekâ Düzenlemesi Teklifi” (İstanbul Barosu, 2024) <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/gecmistengunumuzeyz.pdf>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

Institute for Human-Centered AI, “Artificial Intelligence Index Report 2024” (HAI, 2024), https://aiindex.stanford.edu/wp-content/uploads/2024/05/HAI_AI-Index-Report-2024.pdf Erişim Tarihi 27 Ekim 2024.

Karadeniz S, “Medeni Yargılamada Yapay Zekâ Kullanımı: Hâkim Yapay Zekâ, Faydaları ve Sakıncaları Üzerine Bir Değerlendirme”, Serkan Kaya (Ed.), *Gelişen Teknolojilerin Medeni Usul Hukukuna Etkileri*, Seçkin, 2023, s. 205-238.

Kecolegal <<https://www.kecolegal.com/post/avrupa-birliği-yapay-Zekâ-yasasi-yururluge-girdi>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, “Sohbet Robotları (Chatgpt Örneği) Hakkında Bilgi Notu”, 2024, <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/967c7518-2a4c-4318-9c97-01dcac2591f3.pdf>> Erişim Tarihi 08 Kasım 2024, s. 1-9.

Llorca D F, vd. “An interdisciplinary account of the terminological choices by EU policymakers ahead of the final agreement on the AI Act: AI system, general purpose AI system, foundation model, and generative AI” *Artif Intell Law*, 2024, <<https://doi.org/10.1007/s10506-024-09412-y>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024, s. 1-14.

- Loon Ho1 C W/ Caals K, “How the EU AI Act Seeks to Establish an Epistemic Environment of Trust”, *Asian Bioethics Review*, 16, 2024, <<https://doi.org/10.1007/s41649-024-00304-6>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024, s. 345–372.
- Madiega T/ Van De Pol A L, “Artificial intelligence act and regulatory sandboxes”. European Parliamentary Research Service, 733.544, 2022, <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733544/EPRS_BRI\(2022\)733544_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733544/EPRS_BRI(2022)733544_EN.pdf)> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024, s. 1-6.
- Malgieri G, “Human vulnerability in the EU Artificial Intelligence Act”, (OUPBlog, 2024) <<https://blog.oup.com/2024/05/human-vulnerability-in-the-eu-artificial-intelligence-act/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Metikos L/ Ausloos J, “The Right to an Explanation in Practice: Insights from Case Law for the GDPR and the AI Act (August 06, 2024)” *Forthcoming in Law, Innovation, and Technology (Pre-publication)* 17 (2) 2025, <<https://ssrn.com/abstract=> > Erişim Tarihi 02 Kasım 2024.
- Novelli C vd., “A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities”, 2024, <<https://ssrn.com/abstract=4817755>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Okçu M/ Düz S, “Dijital Çağ Başlarken: Avrupa Birliği’nin Dijitalleşme ve Yapay Zekâ Stratejileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 28 (2), 2023, s. 221-240.
- Paessler, “IT Explained: CCTV”, (Paessler, 2024) <<https://www.paessler.com/it-explained/cctv>> Erişim Tarihi 04 Kasım 2024.
- Pok L, Deep dive into the AI Act - Part 1: what does the adoption of the ai act mean in practice<https://gdpr.blog.hu/2024/06/03/preparing_to_apply_the_ai_regulation_part_1_what_does_the_adoption_of_the_ai_act_mean_in_practice> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Pok L, “Deep dive into the AI Act - Part 2: the scope of the AI Act”, (GDPR, 2024) <https://gdpr.blog.hu/2024/06/10/deep_dive_into_the_ai_act_part_2_the_scope_of_the_ai_act> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Pok L, “Deep dive into the AI Act - Part 3: the definition of AI systems”, (GDPR, 2024) <https://gdpr.blog.hu/2024/06/10/deep_dive_into_the_ai_act_part_3_the_definition_of_ai_systems> Erişim Tarihi 31 Ağustos

2024.

- Pok L, “Deep dive into the AI Act - Part 5: Prohibited AI practices”, (GDPR, 2024) <https://gdpr.blog.hu/2024/07/11/deep_dive_into_the_ai_act_part_5_prohibited_ai_practices> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Ramos S/ Ellul J, “Blockchain for Artificial Intelligence (AI): enhancing compliance with the EU AI Act through distributed ledger technology”, A cybersecurity perspective. *International Cybersecurity Law Review*, 5, 2024, <<https://doi.org/10.1365/s43439-023-00107-9> > Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024, s. 1-20.
- Ringe W-G, “Why We Need a Regulatory Sandbox For AI” (Oxford Business Law Blog, 2023) <<https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/05/why-we-need-regulatory-sandbox-ai>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Stieper M/ Denga M, “The International Reach of EU Copyright Through the AI Act” *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, No. 194, s. 13, < <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/304446/1/1906198926.pdf> > Erişim Tarihi 03 Kasım 2024.
- Söderlund K/ Larsson S, “Enforcement Design Patterns in EU Law: An Analysis of the AI Act”, *Digital Society*, 3 (41), 2024, <<https://doi.org/10.1007/s44206-024-00129-8>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024, s. 1-21.
- Testsigma <<https://testsigma.com/blog/what-is-sandbox/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- T.C. Ticaret Bakanlığı <https://ticaret.gov.tr/data/5b88443f13b87711604c92b1/CE_isareti_ile_ilgili_Soru_ve_Cevaplar.pdf> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Toner H, “What Are Generative AI, Large Language Models, and Foundation Models?” (CSET, 2023) <<https://cset.georgetown.edu/article/what-are-generative-ai-large-language-models-and-foundation-models/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Özyiğit S, “Karşılaştırmalı Hukuktaki Gelişmeler Işığında Deepfake Teknolojisinin Regülasyonu ve Türk Hukuku İçin Öneriler”, şerafetin Ekici, Muhammed Avşar ve Ekrem Solak (Eds.), *Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı 2022*, Adalet, 2022, s. 479-513.

- UNESCO, “Consultation paper on AI regulation: emerging approaches across the world”, CI/DIT/2024/CP/01, < <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000390979> > Erişim Tarihi 08 Kasım 2024, s. 1-49.
- Yang Z, “China just announced a new social credit law. Here’s what it means”, (MIT Technology Review, 2022) <<https://www.technologyreview.com/2022/11/22/1063605/china-announced-a-new-social-credit-law-what-does-it-mean/>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024.
- Yıldırım A, “Enformasyon Çağında Gözetim Toplumu: Facebook Cambridge Analytica Skandalı” *Yeni Medya Elektronik Dergisi*, 6 (2) 2022, s. 104-112. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2364017>> Erişim Tarihi 26 Ekim 2024.
- Yılmaz İ/ Sözer C/ Elver E, “Yapay Zekâ ile İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, *Adalet Dergisi*, 1 (66), 2021, s. 445-469.
- Zhong H/ O’Neill E/ Hoffmann J A, “Regulating Ai: Applying Insights From Behavioural Economics And Psychology To The Application Of Article 5 Of The EU AI Act”, *Proceedings of the AAAI Conference on Artificial Intelligence*, 38 (18), 2024, <<https://doi.org/10.1609/aaai.v38i18.29977>> Erişim Tarihi 31 Ağustos 2024, s. 1-11.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE GİZLİ BİLGİ VE BELGELERİN YARGILAMAYA ETKİLERİ

EFFECTS OF CONFIDENTIAL INFORMATION AND DOCUMENTS
ON THE JUDGMENT IN THE ADMINISTRATIVE JUDICIAL
PROCEDURE

Miray ÖZHAN*  

ÖZET

Devletin veya kişilerin menfaatlerine ilişkin gizli bilgi ve belgeler, idari işlemin hukuka uygunluk denetiminde delil teşkil edebilmektedir. Bu halde, devletin veya kişilerin bu tür bilgilerinin korunmasındaki menfaatleri ile tarafların bilgi ve belgelere erişme hakkının korunmasındaki menfaatleri çatışmaktadır. Söz konusu menfaat çatışmasının nasıl çözüleceğini belirlemek kanun koyucunun ödevidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK) 20. maddesinde devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere ilişkin bilgi ve belgelerin yargılamadan gizli tutulabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Ayrıca 2020 yılında İYUK'un 31. maddesiyle düzenlenen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) Atf Yapılan Haller arasına dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi ibaresi eklenmiştir. HMK'nın atf yapılan 161. maddesi hakime, bazı bilgiler hakkında gizli tutma kararı alma yetkisi vermektedir. Gizli bilgi ve belgelere ilişkin İYUK'un 20. maddesi ve HMK'nın 161. maddesi tarafların bilgi ve belgelere erişimini kısıtlayarak adil yargılanma hakkına müdahale etmektedir. Söz konusu düzenlemelerin belirsizliği ve gerekli güvenceleri içermemesi müdahalenin hukukiliğini tartışmalı hale getirmektedir.

* **Arş. Gör.**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-Posta:** mozhan@aybu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-6883-7884, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1572074.

- **Atf Şekli / Cite As:** Özhan M, "İdari Yargılama Usulünde Gizli Bilgi ve Belgelerin Yargılamaya Etkileri", *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.367-412.
- **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler: Gizli bilgi ve belge, Devlet sırrı, Adil yargılanma hakkı, Re'sen araştırma yetkisi, İptal davası.

ABSTRACT

Confidential information and documents relating to the interests of the state or persons may serve as evidence in the review of compliance of an administrative act with the law. In such cases, the interests of the state or persons in protecting such information conflict with the parties' interests in protecting the right of access to information and documents. It is the responsibility of the legislature to determine how this conflict of interest is to be resolved. Article 20 of the Code of Administrative Procedure No. 2577 stipulates that information and documents relating to the security or high interests of the State or foreign states together with the security and high interests of the State may be kept confidential from the judicial proceedings. In addition, with the amendment made in 2020, the examination of the file by the parties in the administrative jurisdiction is subject to the Code of Civil Procedure No. 6100. Article 161 of the Code of Civil Procedure, grants judges the authority to order certain information to be kept confidential. These regulations interfere with the right to a fair trial by restricting the parties' access to information and documents. The ambiguity of these provisions and the lack of necessary safeguards make the legality of the interference questionable.

Keywords: Confidential information and documents, State secret, Right to fair trial, Inquisition without preoccupation, Annulment action.

EXTENDED ABSTRACT

All kinds of information and documents that may determine whether an administrative action complies with the law can be case material in annulment cases in administrative jurisdiction. Such case materials may contain confidential information and documents related to public or private interests. In such a situation, the interest in protecting the state's or persons' information conflicts with the interest in protecting the parties' right of access to information and documents. As a matter of fact, it is the responsibility of the legislator to resolve this conflict of interest. Legislative regulations designed to address this issue limit the right to a fair trial to the extent that they prevent the parties from having access to information and documents.

In line with the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court, restrictions on Access to confidential information and documents must include certain safeguards to avoid violating the right to a fair trial. Firstly, confidentiality must be based on a valid reason. Such reasons may include the protection of public interests such as national security or foreign policy, as well as the protection of private interests such as trade secrets, professional secrets, or sensitive personal data. In addition to the existence of a valid reason, the existence of measures to balance the inequality created by the confidentiality of information is also required.

However, in Turkish law, the current regulations are insufficient, especially in terms of balancing measures.

Article 20 paragraph 3 of the Code of Administrative Procedure No. 2577, regulates the handling of confidential information and documents related to the interests of the state. The Article allows certain administrative authorities to refuse the disclosure of information and documents that may be material to a case on confidentiality grounds. In such a case, the administration cannot withhold the information and document from the judicial authority on the grounds of their confidential nature, unless there is a decision taken by the administrative authorities listed in the Article, taking into account the specific circumstances of the dispute.

When the administration exercises its authority under Article 20 paragraph 3, it creates an inequality between the parties. Second sentence of paragraph 3 of Article 20, which stipulates that a decision cannot be made based on claims relying on undisclosed information and documents serves as a measure to eliminate this inequality. However, the absence of a right to appeal against the confidentiality decision taken by the administration is the most important deficiency in the regulation.

Confidential information and documents in administrative proceedings are not limited to confidentiality decisions taken within the scope of Article 20. In practice, it is common for administrative authorities to present certain information and documents to the court labeled as confidential, even when they do not fall within the scope of Article 20. Administrative judicial authority may also refrain from providing this information and documents to the claimant. In such cases, the court may base its judgement on the documents that the claimant cannot access. These practices, which lack a legal basis, constitute a violation of the right to a fair trial.

Another issue concerning confidential information and documents in administrative proceedings is the lack of regulations for protection of information and documents related to private interests of persons such as trade secrets, professional secrets, or sensitive data on private life during the proceedings. The only relevant regulation is Article 31 of the Code of Administrative Procedure, which references Article 161 of the Code of Civil Procedure. According to referenced Article, the judge may decide on confidentiality of the information and documents in the file. The parties' Access to such information and documents is also subject to the judge's permission. However, the applicability of this regulation in administrative jurisdiction is questionable. As a matter of fact, the Turkish Council of State also employs different methods in its decisions, such as separating private information from the documents presented in the file, without referring to this article.

This study analyses confidential information and documents in the Turkish administrative judiciary in this context and offers a view of the issue from the perspective of the right to a fair trial.

GİRİŞ

Devletin veya kişilerin özel menfaatleri gereği gizli tutulması gereken bilgi ve belgeler, yargılama sürecine etki eden önemli konulardan birini teşkil etmektedir. Bu tür belgelerin dava malzemesi olduğu hallerde devletin veya özel kişilerin sırlarının korunması ile adil yargılanma hakkının korunması arasında bir menfaat çatışması gündeme gelmektedir.

Söz konusu menfaat çatışması, idari yargılama usulünde daha keskin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Nitekim iptal davasının konusu olan idari işlemler, idarenin elinde bulundurduğu bilgi ve belgelere dayanılarak tesis edilmektedir. Ancak yargı mercince talep edilen bazı belgelerin gizli nitelikte bilgiler içerdiği gerekçesiyle mahkemeye hiç sunulmaması gündeme gelebilmektedir. İdarenin belgeyi hiç sunmamasının yanı sıra belgeyi gizli ibaresi ile mahkemeye sunmasına da sıklıkla rastlanmaktadır. Yargı mercileri, idarenin gizli nitelendirmesine dayanarak belgeyi davanın diğer tarafına tebliğinden kaçınabilmektedir. Her iki halde de idari yargılama usulünde “gizli bilgi ve belgeler”den söz edilmektedir. İdari işlemin hukuka aykırılığını iddia eden tarafın bilgi ve belgelere erişimini sınırlayarak adil yargılanma hakkına müdahale eden “gizli bilgi ve belgeler” gerekli güvenceleri içeren kanuni düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır.

İdari yargılama usulünde gizli bilgi ve belgelere ilişkin yalnızca, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 20. maddesinde devletin menfaatlerinin korunması gerekçesiyle idareye bilgi ve belgeyi mahkemeye sunmama yetkisi veren düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca 2020 yılında 7251 sayılı Kanun ile İYUK’un 31. maddesinde düzenlenen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na (HMK) atf yapılan haller arasına “dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi” ibaresi eklenmiştir. HMK’nın atf yapılan 161. maddesi hakime bilgi ve belgeler hakkında gizlilik kararı alma yetkisi vermektedir. Söz konusu düzenlemelerin idari yargıda uygulanabilirliği adil yargılanma hakkı temelinde tartışmalara neden olmaktadır.

Bu doğrultuda çalışmada öncelikle, bilgi ve belgelerin gizlenmesi ile ilişkisi nedeniyle idari yargı mercin bilgi ve belge talep etme yetkisi ve tarafların bu talebe uyma yükümlülüğüne değinilecektir. Ardından idari yargıda gizli bilgi ve belgelerin adil yargılanma hakkıyla ilişkisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatları bağlamında ele alınacaktır. Son olarak gizli bilgi ve belgelere ilişkin İYUK hükümleri ve bu nitelikteki bilgi ve belgelerin yargılamaya etkileri Danıştay içtihatları ışığında incelenecektir.

I. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE MAHKEMENİN BİLGİ VE BELGE TALEP ETME YETKİSİ

İdari yargıda açılan bir davanın amacına hizmet edebilmesi ve adil bir sonuca ulaşılabilmesi için tarafların delil olarak dayandıkları ve erişebildikleri bütün bilgi ve belgeleri mahkemeye sunması önem arz etmektedir¹. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK), hem davacı hem de davalı idare için bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmasına yönelik yükümlülükler getirmektedir². Tarafların bilgi ve belge ibraz etme yükümlülüğünün yanı sıra yargı mercine de davaya ilişkin bilgi ve belgelerin ibrazını isteme yetkisi tanınmıştır. İYUK'un 20. maddesine göre “*Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler*”. Böylece tarafların sunmadığı ancak idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını ortaya çıkarabilecek her türlü bilgi ve belge yargılamaya dahil edilebilecektir.

İdari yargı mercine tanınan bilgi ve belge talep etme yetkisi, re'sen araştırma yetkisinin kullanım yöntemlerinden biridir³. Re'sen araştırma gereği mahkeme, davanın açılmasından nihai karara kadar davanın sevk ve idaresi ile diğer bütün işlemleri tarafların talebine ihtiyaç olmadan kendiliğinden yapmaktadır⁴. Kapsamı oldukça geniş olan bu yetki, ispat aracı olabilecek bilgi ve belgelerin, diğer bir ifade ile delillerin elde edilmesini de içermektedir⁵. İdari yargı merci, taraflarca sunulan bilgi, belge ve dava malzemesi ile bağlı değildir⁶. Nitekim iptal davalarının kamu düzeninin

¹ Selman Sacit Boz, Buket Çakıcı, Selin Ardıç ve Dilara Yekebaş, *Türk İdari Yargılama Hukukunda İspat ve Deliller*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 247.

² Davacı bakımından bu yükümlülük, Kanun'un 3. maddesinde “*dilekçelerde davanın dayandığı delillerin gösterilmesi ve dava konusu belgelerin asılları ve örneklerinin dilekçeye eklenmesi*” gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Tebligat ve Cevap Verme başlıklı 16. maddenin 5. fıkrasında yer alan “*Davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneği idarenin savunması ile birlikte, Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir*” düzenlemesi ile de davalı idare bakımından benzer bir yükümlülük getirilmiştir.

³ Süheyla Şenlen Sunay, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1997, s. 13.

⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, 2022, s.47; Ali D. Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 78; Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 62; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 236; Sunay, s. 12.

⁵ Melikşah Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 20; Atay, s. 62; Sunay, s. 12.

⁶ Atay, s. 64.

sağlanmasına hizmet etmesi ve davada tarafların eşit konumda olmayışı da dikkate alındığında, mahkemenin sadece tarafların sunduğu bilgi ve belgelerle davayı sonuçlandırması düşünülemez⁷. Danıştay bu hususu şu şekilde vurgulamaktadır:

“Davanın sadece tarafların sundukları belgelerle sağlıklı bir sonuca ulaştırılması her zaman mümkün olmamaktadır. Bu gibi durumlarda; bakılan davalarla ilgili dosyada mevcut bilgi ve belgelerin gerçeğe ulaşılmasında yeterli görülmemesi halinde mahkemelerce anılan madde hükmünde öngörülen her türlü incelemenin yapılması adaletin tesisi için zorunluluk arz etmektedir. Bu nedenle de yargı merciine tanınan re’sen araştırma yetkisi aynı zamanda davacılara da güvence sağlamaktadır.”⁸

Bilgi ve belge talep etme yetkisi, temelde iki amaca hizmet eder. Öncelikle bu yetki, idari işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktadır⁹. Özellikle işlemin sebep unsurunun denetimi, idarenin işlemini dayandırdığı maddi vakıalara ilişkin bilgi ve belgenin toplanmasını ve incelenmesini gerektirir. İkinci olarak bilgi ve belge talep etme yetkisi, dava malzemesine erişim bakımından taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesinde önemli bir rol oynamaktadır¹⁰. Nitekim idari işlemin hukuka aykırılığının iddia edildiği iptal davalarında, davacının iddiasını ispat etmesine yarayacak olan bilgi ve belgeler genellikle idarenin elindedir¹¹.

İYUK’un 20. maddesine göre idari yargı merci bilgi ve belgeleri davacıdan, davalı idareden veya idari işleme ilişkin bilgi ve belgeyi elinde bulunduran diğer yerlerden isteyebilir. İdari işleme ilişkin bilgi ve belgelerin tamamına yakını davalı idarenin elinde bulunduğundan talep genellikle davalı idareye yöneltilmektedir¹². Davanın tarafları dışındaki diğer idari makamlardan da bilgi ve belge talep edilmesi mümkündür. Örneğin, Danıştay bir ara kararında, davanın tarafı olmayan belediyelerden uyumsuzluğa konu taşınmazın, dava

⁷ Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı - İdarenin Hukukla Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* Turhan Kitabevi, 2019, s. 557; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 48; Atay, s. 63.

⁸ Danıştay 12. Daire, E. 2007/5480, K.2010/414, T. 02.02.2010. lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 11 Şubat 2024.

⁹ Ulusoy, s. 78; Yasin, s. 20.

¹⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 38.

¹¹ Harun Yılmaz “İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 19, 2022, s. 33; Karahanoğulları, s. 563; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 48; Sunay, s. 29.

¹² Sunay, s.13; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 46.

konusu imar planlarından önceki ve mevcut durumunu gösteren belgeleri talep etmiştir¹³. Bu şekilde idari işlemin hukuka aykırılığının tespitinde gerekli olan ve davanın taraflarında bulunmayan bilgi ve belgelerin diğer idarelerden temini idari yargı mercin yükümlülüğüdür¹⁴. Bununla birlikte idari yargı merci, bilgi ve belge talep etme yetkisini kullanırken taraflardan ve ilgili diğer yerlerden istediği bilgi ve belgelerin temininin bu kimselerin yetkilerini ve imkanlarını aşmamasına dikkat etmelidir¹⁵.

Bilgi ve belge talep etme yetkisi, mahkemenin bilgi ve belge talebini içeren bir ara karar vermesi ile kullanılmaktadır¹⁶. Mahkeme ara kararın yerine getirilmesi için ilgiliye makul bir süre verir ve bu sürenin sonunu beklemesi gerekir¹⁷. Süre dolmadan karar verilmesi tarafların ispat hakkının ihlali niteliğindedir¹⁸. Nitekim Danıştay da süre dolmadan karar verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmektedir¹⁹.

Mahkeme, yetkisini kullanarak elde ettiği bilgi ve belgeleri davanın taraflarına tebliğ etmeli²⁰ veya en azından inceleyebilmelerine olanak tanımalıdır²¹. İYUK'ta, mahkemelerin re'sen harekete geçerek eriştiği bilgi veya belgelerin taraflara tebliğ edileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yargı mercilerinin, edindiği bilgi ve belgeleri

¹³ Danıştay 6. Daire, E 2021/7801 sayılı ara kararı Aktaran; Boz/Çakıcı/Ardıç/Yekebaş, s. 251.

¹⁴ “...davalı idarenin savunma dilekçesinde ara kararıyla istenilen somut tespitlere ilişkin bilgi ve belgelerin bölgenin jandarmanın sorumluluk ve denetiminde bulunması nedeniyle jandarma komutanlığında bulunduğu, belediyeleri bünyesinde olmadığı, bu nedenle ilgili jandarma komutanlığından temin edilmesini talep ettikleri görülmüş olup, 2577 sayılı Kanun'un 20/1.maddesinde öngörülen resen araştırma ilkesi çerçevesinde gerekli bilgi ve belgeler ilgili yerlerden temin edilip incelenerek bir değerlendirme yapıldıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken, söz konusu tespitlere ilişkin bilgi ve belgelerin davalı belediyece ibraz edilmediği gerekçesiyle dava konusu encümen kararının iptaline karar verilmesi ve kararın istinaf dairesince aynı gerekçeyle onanması hukuka uygun görülmemiştir”. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/1696, K. 2021/1027, T. 24.05.2021, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 11 Şubat 2024.

¹⁵ Çağlayan, s. 287.

¹⁶ Osman Sarıaslan, “Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re'sen Araştırma İlkesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 12(6), 2018, s. 654.

¹⁷ Çağlayan, s. 288.

¹⁸ Çağlayan, s. 288.

¹⁹ Ara karara cevap süresinin dolması beklenmeden esas hakkında karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu yönünde; İstanbul BİM 4. Vergi Dava Dairesi, E. 2019/2612, K. 2019/2751, T. 12.11.2019, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2024.

²⁰ Sunay, s. 24; Çağlayan, s. 238.

²¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 46.

tarafların bilgisine sunması ve beyanda bulunmaları için yeterli zaman vermesi adil yargılanmanın temel gereklerinden biridir²². Bu noktada belirtmek gerekir ki, re'sen elde edilen belgenin taraflara tebliğ edilmesi için davacının ilgili belgeyi mahkemeden talep edip etmemiş olması da önemli değildir²³.

Mahkemenin re'sen araştırma yetkisini kullanarak elde ettiği her bilgi ve belgenin hükme esas alınması mümkün değildir. Danıştaya göre “...verilen bilginin hükme esas alınabilmesi için bilgisine başvurulanın o konuda görevli ve yetkili kılınması veya bilgi istenen konunun olağan faaliyetleri kapsamına girmesi, verilen bilgi ve yanıtta sorumluluğunun bulunması gerektiği gibi verilen bilginin dayanaklarının gösterilmesi gerekir”²⁴. Ayrıca mahkeme, söz konusu yetkisini kullanırken taraflardan birinin inceleme olanağına sahip olmadığı/olamayacağı bir belgeyi dikkate alarak karar vermeyeceğini de gözetmelidir²⁵.

Re'sen araştırma ilkesinin önemli bir yönünü kapsayan bilgi ve belge talep etme yetkisi, mahkemeye yetki vermenin yanı sıra usuli bir yükümlülük de getirmektedir²⁶. Bu halde gerekli hallerde yetkinin kullanılmaması, yeterli araştırmanın yapılmaması anlamına geleceğinden mahkeme kararını usul bakımından hukuka aykırı kılacaktır²⁷.

II. TARAFLAR VE İLGİLİ DİĞER YERLERİN MAHKEMENİN BİLGİ VE BELGE TALEBİNE UYMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İdari yargı mercin bilgi ve belge talep ettiği hallerde, taraflar ve davaya taraf olmasa da davaya ilişkin bilgi ve belgelere sahip olan diğer yerler, bu talebe uymakla yükümlüdür²⁸. Nitekim İYUK'un 20. maddesinde “*bu husustaki kararların ilgililerce süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir*” düzenlemesi ile söz konusu yükümlülük hüküm altına alınmıştır. Özellikle talebin muhatabının idare olduğu hallerde, idarenin şeffaflığı ilkesi gereği,

²² Serkan Asker, *İdari Yargıda Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri*, Yetkin Yayınları, 2023, s. 296-298.

²³ Akbal v. Türkiye, No: 43190/05, ECHR, 10.01.2018 § 36.

²⁴ Danıştay 3. Daire, E. 2000/2255, K. 2003/903, T. 20.02.2003, legalbank.net, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

²⁵ Sunay, s. 14-15.

²⁶ Danıştay İDDK, E. 1993/654, K. 1993/279, T. 24.12.1993, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

²⁷ Sunay, s.14; Yasin, s. 13; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 47. Ayrıca bu yönde kararlar için bkz. Danıştay 12. Daire, E. 2007/5480, K. 2010/414, T. 02.02.2010; Danıştay 6. Daire, E. 2017/785, K. 2018/3807, T. 24.04.2018, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

²⁸ Atay, s. 65.

idare, yargılama süresince mahkemeye iş birliği içinde olmalı ve istenilen bilgi ve belgeleri tam ve eksiksiz bir biçimde sunmalıdır²⁹.

Maddenin 2. fıkrasına göre “*Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir*”. Taraflar, istenen bilgi ve belgeleri sunmadığında mahkemenin bu fiilin karara etkisini belirtmemesi usule aykırılık teşkil eder³⁰.

Uygulamada mahkemeler ara kararlarında istenen bilgi ve belgelerin gönderilmemesi halinde “*dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verileceği*”ni belirtmektedir³¹. Bunun nedeni yargı mercin kendisini önceden vereceği kararla bağlamak istememesi ve oyunu belli etmekten kaçınmasıdır³². Talebin muhatabının idare olduğu ve idarenin bilgi ve belgeyi vermemekte ısrar ettiği hallerde mahkemeler ayrıca “*kararın gereğini yerine getirmeyen ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunacağı*”ni da ara kararlarına eklemektedirler³³. Bununla birlikte idari yargı mercin gerekli bilgi ve belgelerin gönderilmesini

²⁹ Kamile Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler*, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 209.

³⁰ “*Dosyanın incelenmesinden; davalı idarenin savunma dilekçesi ekinde soruşturma raporunun gönderilmeyip, sadece davacının ifade tutanağı ile soruşturmacı görevlendirme yazısının gönderildiği, bunun üzerine idare mahkemesince 20.12.2013 günlü ara kararı ile tüm bilgi ve belgelerin yer aldığı soruşturma raporunun tamamının davalı idareden istenildiği, ancak ara kararı gereğinin yerine getirilmemesi halinde bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisinin ne olacağı konusunda davalı idareye herhangi bir bildirimde bulunulmadığı, davalı idarece ara kararına verilen yanıtta ise savunma dilekçesi ve eki belgelerin daha önce idare mahkemesine sunulduğu belirtilerek soruşturma raporunun gönderilmemesi üzerine, idare mahkemesince özetle dosyadaki mevcut belgelere göre yargılama yapılarak, usulüne uygun olarak soruşturma yapılmaksızın ve soruşturma raporu düzenlenmeksizin disiplin işlemi tesis edilmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle verilen iptal kararının davalı idarece temyiz edilmesi üzerine, temyiz dilekçesi ekinde söz konusu disiplin cezasının dayanağı soruşturma raporu ve belgelerin gönderildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda; İdare Mahkemesince ikinci kez ara kararı verilerek ve uygulanacak yaptırım da belirtilerek davalı idareden soruşturma raporu ve eklerinin getirtilerek incelenmesi sonucunda maddi olayın değerlendirilmesinin yapılması gerekirken, soruşturma raporu ve ekleri incelenmeksizin, bu hususlara yönelik olarak araştırma yapılmadan, dosya içerisinde bulunan bilgi ve belgelerle yetinilerek eksik inceleme sonucunda verilen kararda hukuki isabet görülmemektedir.*” Danıştay 5. Daire, E. 2016/9948, K. 2016/4760, T. 21.10.2016, legalbank.net, Erişim Tarihi 07 Mayıs 2024.

³¹ Çınar Can Evren, “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 2018, s. 716; Şevki Davut, “Devlet Sırrı Kavramı ve İdari Yargı Denetimine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 62(6), 2011, s. 68.

³² Evren, s. 716; Boz/Çakıcı/Ardıç/Yekebaş, s. 253.

³³ Boz/Çakıcı/Ardıç/Yekebaş, s. 253; Davut, s. 68. Örneğin; Erzurum BİM 1. Vergi Dava Dairesi, E. 2020/1548, K. 2020/1111, T.18.11.2020; Danıştay 12. Daire, E. 2019/1189, YD K..., T. 08.07.2020, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2024.

sağlayacak etkili bir yetkisi bulunmamaktadır³⁴.

Taraflarca bilgi ve belgenin verilmemesinin esas etkisi, davanın aleyhe sonuçlanma riskinin üstlenilmesidir³⁵. Davada taraf konumunda bulunan idarenin bilgi ve belgeyi vermemesi halinde idari yargı merci, genellikle, sebep unsurunun ortaya konulamamasına dayanarak idari işlemin iptaline karar vermektedir³⁶. Örneğin naklen atama işlemine karşı açılan bir davada, ilk derece mahkemesinin işleme dayanak teşkil eden bilgi ve belgelerin gönderilmesine ilişkin ara kararının tebliği üzerine idare, herhangi bir bilgi ve belge göndermemiştir. Danıştay bu durumun “*nakil için öne sürülen nedenlerin hukuken geçerli dayanaklarının olmadığını, takdir yetkisinin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı kullanıldığını açık bir biçimde ortaya koyduğunu*” belirterek işlemin iptaline karar vermiştir³⁷.

Danıştay kararına konu olan bir başka olayda, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı İstanbul Tersanesinde işçi alımı sınavında başarılı olan davacı, işe başlatılmasının idarece uygun görülmemesi ve işe giriş işlemlerinin geri alınması işlemine karşı dava açmıştır. İlk derece mahkemesi güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığı ve işlemin buna dayanarak gerçekleştirildiğinden bahisle davayı reddetmiştir. Temyiz aşamasında Danıştay, ilk derece mahkemesi tarafından verilen ara kararlara istinaden, idare tarafından konuya ilişkin bilgi ve belgelerin dosyaya tutanakla sunulduğu fakat inceleme sonrasında tekrar tutanakla beraber iade alındığını belirtmiştir. Bu nedenle davalı idarenin işlemin gerekçesini dosyaya sunabileceği somut bilgi ve belgelere dayandıramadığının açık olduğu gerekçesiyle işlemi, sebep unsuru bakımından hukuka aykırı bulmuştur³⁸. Söz konusu Danıştay kararında, isabetli bir şekilde bilgi ve belgenin mahkemeye tutanakla incelettirilip sonradan geri alınması, idarenin istenen bilgi ve belgeleri hiç vermemesi kapsamında değerlendirilmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, istenen bilgi ve belgenin verilmemesi, davanın her zaman bilgi ve belgeyi vermeyen taraf aleyhine sonuçlanması

³⁴ Sunay, s. 63.

³⁵ Sunay, s. 64.

³⁶ Asker. s. 305.

³⁷ Danıştay 5. Daire, E. 1994/7820, K. 1996/1370, T. 02.04.1996. Benzer yönde; Danıştay 4. Daire, E. 1996/786, K. 1997/471, T. 18.02.1997; Danıştay 4. Daire, E. 2012/2105, K. 2012/6917, T. 20.11.2012, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 01 Temmuz 2024.

³⁸ Danıştay İDDK, E. 2017/1635, K. 2019/4014, T. 02.10.2019, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 30 Mayıs 2024.

sonucunu doğurmamaktadır. Diğer bir ifade ile istenen bilgi ve belgelerin verilmemesi, işlemin iptaline veya davanın reddine neden olabileceği gibi karar verilmesi için başkaca incelemeler yapılmasını da gerektirebilir³⁹. Nitekim yargı içtihatlarında da idarenin bilgi ve belgeyi vermemesi üzerine mahkemenin doğrudan iptal kararı vermesi eksik inceleme olarak kabul edilmekte ve mahkemenin re'sen araştırma yükümlülüğünü yerine getirmediği şeklinde yorumlanmaktadır. Örneğin Danıştay, eski tarihli bir kararında belediyenin istenen bilgi ve belgeleri vermemesi üzerine, sırf bu nedenle davanın davacı lehine sonuçlandırılmasını, mahkemenin re'sen araştırma kapsamındaki yetkilerini hukuka aykırı kullanılması olarak değerlendirmiştir⁴⁰. Nitekim salt idarenin bilgi ve belge vermemesi nedeniyle yargılamanın aleyhine sonuçlandırılması, iptal davasının amacı olan idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile bağdaşmayacaktır⁴¹.

Belirtildiği üzere istenen bilgi ve belgenin verilmemesinin görülmekte olan davaya esas etkisi, davanın ilgili aleyhine sonuçlanma ihtimalini artırmasından ibarettir. Görülmekte olan davaya etkisi dışında ise idarenin bilgi ve belgeyi vermemesi hukuki ve cezai sorumluluklara da sebep olabilir. Belgenin gönderilmemesi nedeniyle zarara uğrayan taraf İYUK'un 28. maddesinin 4. fıkrası uyarınca mahkeme kararının süresi içinde yerine getirilmemesine dayanarak ilgili idare aleyhine tam yargı davası açabilir⁴². Ayrıca mahkeme tarafından istenen bilgi ve belgenin verilmemesi Türk Ceza Kanunu (TCK) anlamında görevi kötüye kullanma suçuna vücut verebilir⁴³. Davanın tarafı dışındaki idarelerin bilgi ve belgeleri vermemesi halinde de aynı yaptırımlar gündeme gelebilecektir⁴⁴.

III. BİLGİ VE BELGELERİN GİZLENMESİNİN ADİL YARGILANMA HAKKI İLE İLİŞKİSİ

İdari yargıda bilgi ve belgelerin gizlenmesi meselesi iki farklı şekilde

³⁹ Evren, s. 714.

⁴⁰ Danıştay 6. Daire, E.1987/857, K. 1988/231, aktaran; Ahmet Ziya Çalışkan, "İptal Davalarında İspat Yükü", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(1), 2023, s. 179. Benzer yönde; Danıştay 10. Daire, E. 2021/3883, K. 2022/2110, T. 14.04.2022, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 05 Temmuz 2024.

⁴¹ Asker, s. 306.

⁴² Evren, s. 716.

⁴³ Yaşar Güçlü, *Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 179; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 424.

⁴⁴ Evren, s. 716.

ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, idarelerin bilgi ve belgeyi gizlilik gerekçesiyle dava dosyasına sunmaması söz konusu olabilmektedir. Bu hallerde idarenin iradesine dayanan gizlilik kararı nedeniyle bilgi ve belgenin yargılamada kullanılamaması gündeme gelir. Bilgi ve belgelerin gizlenmesinin bir diğer görünümü ise dava dosyasına sunulan belgelerin yargılamanın diğer tarafından gizlenmesidir. Bu durum, dosyaya sunulan bilgi ve belgenin yargı merci tarafından davacıya tebliğ edilmemesi veya incelettirilmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu halde ise gizliliğin yargı mercinin iradesinden kaynaklandığı söylenebilir. Bilgi ve belgelerin gizlenmesinin her iki görünümü de taraflardan her birinin davayla ilgili bilgi ve belgelere erişebilmesini güvence altına alan⁴⁵ adil yargılanma hakkıyla yakından ilişkilidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6., Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı, yargılama sırasında sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanmasını ve bu eşitliğin yargılama boyunca korunmasını gerektirmektedir⁴⁶. Söz konusu gereklilik, adil yargılanma hakkının zımni ilkeleri olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılamanın sağlanması ile gerçekleşir⁴⁷.

Silahların eşitliği ilkesi, “*davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu*”⁴⁸ nu ifade etmektedir. İlke ile tarafların davaya ilişkin gerekli bilgi ve belgelere eşit fırsatlar dahilinde ulaşabilmesi güvence altına alınmaktadır.⁴⁹

İdari yargılama bakımından; iptal davasının konusunu oluşturan idari işlemler, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanarak tek taraflı tesis ettiği işlemlerdir. İşlemin tesisine menfaati etkilenen kişiler katılmadığı gibi genellikle işlem, kişinin iradesi hilafına gerçekleşir⁵⁰. Kişiler, haklarında

⁴⁵ Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel başvuru El Kitapları Serisi-4)*, Avrupa Konseyi, 2018, s. 123.

⁴⁶ Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, 2008, s. 242.

⁴⁷ İnceoğlu, s. 109.

⁴⁸ İnceoğlu, s. 115.

⁴⁹ “*Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama süreci boyunca aynı imkanlara sahip olması; aynı koşullarda iddia ve savunmalarını dile getirmesini güvence altına almaktadır*” Danıştay İDDK, E. 2017/1635, K. 2019/4014, T. 02.10.2019; Danıştay 16. Daire, E. 2015/10952, K. 2015/1795, T.16.04.2015, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 04 Mayıs 2024.

⁵⁰ Yılmaz, s. 32.

tesis edilen idari işlemlerin sebebini dahi çoğu zaman bilmemektedir. Bu yönüyle idari işlemin tesisi sürecinde idare üstün konumdadır. İşlemin tesisinde idarenin üstün konumu yargılamaya da yansımaktadır. Öyle ki, iptal davalarında davacının işlemin hukuka aykırılığını ispat etmesine yarayacak olan belgeler, idarenin elinde bulundurduğu bilgi ve belgelerdir. Davacının bu malzemelere ulaşma imkanı ise kısıtlıdır⁵¹. İdare hukukunun bu özelliği gözetildiğinde, diğer yargılama usullerinden farklı olarak idarenin bilgi ve belgeyi mahkemeye sunmaması doğrudan delilere ulaşmada bir eşitsizlik yaratabilmektedir. Bu bakımdan idari yargı mercin davaya dahil edebileceği bilgi ve belgelere getirilen sınırlamalar, idareye belge sunmaktan kaçınma yetkisi veren düzenlemeler, özellikle silahların eşitliği ilkesi bağlamında adil yargılanma hakkına müdahale niteliğindedir.

Çelişmeli yargılama ilkesi ise silahların eşitliği ilkesinin bir tamamlayıcısı olarak⁵² tarafların dava dosyasına sunulan her türlü bilgi ve belgeye erişme ve bunlar hakkında yorum yapabilme imkanını ifade eder⁵³. İlke gereği idari yargı merci, davalı tarafından sunulan veya re'sen araştırma sonucunda bizzat elde ettiği tüm bilgi ve belgeleri davacıya bildirmek ve davacının bunlara ilişkin görüş sunmasını sağlamakla yükümlüdür⁵⁴. Aksi bir durum çelişmeli yargılama ilkesini ihlali olacak ve taraflar arasındaki dengeyi bozarak silahların eşitliği ilkesini de zedeleyecektir⁵⁵. Bu bakımdan dosyaya sunulan bilgi ve belgelerin davacıdan gizlenmesi de çelişmeli yargılama ilkesi temelinde adil yargılanma hakkına müdahale niteliğindedir.

Görüldüğü üzere idari yargılama usulünde gizli bilgi ve belgeler, en temelde adil yargılanma hakkının sınırlanması meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) hem de Anayasa Mahkemesi (AYM) yargılamada gizli bilgi ve belgeleri adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirmektedir. Gizli bilgi ve belgeler aracılığıyla gerçekleşen sınırlamaların hukukiliği konusunda AİHM ve AYM

⁵¹ Sunay, s. 30; Yılmaz, s. 33.

⁵² Asker, s.76; Akif Yıldırım ve Ayhan Kılıç “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 9(2), 2021, s. 349.

⁵³ Mehmet Kopuz “Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Çelişmeli Yargılanma Hakkı”, *İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 9(19), 2022, s. 21.

⁵⁴ Akıncı, s. 242.

⁵⁵ Yılmaz, s. 25; Osman Sarıaslan “Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re'sen Araştırma İlkesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (12), 2018, s. 664.

içtihatlarıyla ortaya konulan ölçütler yol göstermektedir.

IV. BİLGİ VE BELGELERİN GİZLENMESİNE AİHM VE AYM'NİN YAKLAŞIMI

A. Bilgi ve Belgelerin Dosyaya Hiç Sunulmaması Bakımından

AİHM'e göre adil yargılanma hakkı, ulusal mahkemeler önündeki davalara ilişkin belirli delil kuralları getirmemektedir⁵⁶. Esasında delil kuralları devletin iç hukukuna ilişkindir. Bu bakımdan AİHM, üstün menfaatler nedeniyle bazı bilgi ve belgelerin yargılama sürecine dahil edilmemesini, diğer bir ifade ile gizlenmesini, mutlak olarak yasaklamamaktadır⁵⁷.

AİHM, bilgi ve belgelerin yargılamadan gizli tutulması şeklindeki müdahalenin hukukiliğini tespit ederken gizliliğin geçerli bir nedeni olup olmadığını ve müdahalenin ölçülülüğünü irdelemektedir. Mahkemeye göre ulusal güvenlik, kamu menfaatinin korunması⁵⁸ veya kişilerin temel haklarının korunması⁵⁹ bilgi ve belgelerin yargılamadan gizli tutulmasında geçerli bir neden olarak kabul edilmektedir.

Geçerli sebeplere dayanılarak getirilen sınırlamaların adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi noktasında ölçülülük değerlendirmesi esas teşkil etmektedir. Ölçülülük ilkesi gereği, bilgi ve belgenin yargılamaya sunulmayarak gizli tutulmasındaki menfaatin daha üstün olduğunun ortaya konulması gerekmektedir⁶⁰. Bununla birlikte AİHM'in de belirttiği gibi belgenin hiçbir zaman açıklanmadığı davalarda, Mahkeme'nin belgenin gizli tutulmasındaki kamu menfaati ile kişinin menfaatini tartması mümkün olmayacaktır⁶¹. Bu nedenle bu tür davalarda AİHM, bilgi ve belgenin ulusal mahkemeye sunulmaması karşısında diğer tarafın menfaatini dengeleyici bir tedbirin alınmış olup olmadığını incelemektedir⁶². Bu tedbirlerin başında ise delillerin gizlenmesine karşı itiraz hakkının tanınmış olması gelmektedir⁶³.

⁵⁶ Inceoğlu, s. 165.

⁵⁷ Asker, s. 304. Bu yönde Fitt v. the United Kingdom [GC], No: 29777/96, ECHR, 2000-II §45.

⁵⁸ McGinley and Egan v. the United Kingdom, No: 21825/93, ECHR, 10/1997/794/995-996 §86; Fitt v. the United Kingdom [GC], No: 29777/96, ECHR, 2000-II§45.

⁵⁹ Fitt v. the United Kingdom [GC], No: 29777/96, ECHR, 2000-II§45.

⁶⁰ Asker, s. 304.

⁶¹ Fitt v. the United Kingdom [GC], No: 29777/96, ECHR, 2000-II§46.

⁶² Fitt v. the United Kingdom [GC], No: 29777/96, ECHR, 2000-II§45; Asker, s. 304.

⁶³ M v. the Netherlands, No: 2156/10, ECHR, 25/10/2017 §61.

AİHM önüne gelen başvurularda bilgi ve belgenin yargılama sürecinden gizlenmesinin kanuni bir dayanağı olup olmadığını değerlendirmemektedir⁶⁴. Bununla birlikte bilgi ve belgelerin yargılama sürecinden gizlenmesi yönünde idareye verilen yetkinin kanuni bir düzenleme gerektirdiği açıktır. Öğretide, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı'nın⁶⁵ bu konuda referans alınabileceği belirtilmektedir⁶⁶. Karar, doğrudan bilgi ve belgelerin yargı mercine sunulmasına ilişkin bir düzenleme içermemekte olup kişilerin kamu otoritelerinin sahip olduğu resmi belgelere ulaşma hakkını güvence altına almaktadır. Kararda bazı hallerde üye devletlerin resmi belgelere erişimi kısıtlayabileceği belirtilmektedir⁶⁷. Bu kısıtlamanın kanunda açıkça düzenlenmesi, demokratik toplumda gerekli olması ve hizmet ettiği amaçla orantılı olması gerekir. Söz konusu ilkeler, bilgi ve belgelerin yargılama sürecinden gizlenmesine de uygulanabilir niteliktedir.

AYM, bilgi ve belgelerin gizlilik gereğiyle yargılama sürecine dahil edilmemesi konusunda AİHM ile benzer bir yaklaşım içindedir. AYM, haklı nedenlerle bazı bilgi ve belgelerin yargı mercilerine sunulmamasını Anayasa'ya aykırı bulmamaktadır. Mahkeme sınır dışı işlemine ilişkin bir kararında;

“Millî güvenliğin korunması için yürütülen istihbarat faaliyetlerinde elde edilen bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunmasının önemi tartışmasıdır.

⁶⁴ “AİHM’in silahların eşitliği ilkesinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak uyguladığı testin Sözleşme’nin diğer maddeleriyle ilgili olarak geliştirdiği ve genel itibarıyla (1) kanunilik, (2) meşru amaç, (3) demokratik toplumda gereklilik/ölçülülük olarak ifade edilebilecek üçlü testten farklılaştığı anlaşılmaktadır. AİHM bu bağlamda silahların eşitliği ilkesiyle ilgili başvurularda kanunilik testini uygulamadığı gibi bilinen anlamıyla bir meşru amaç testi de tatbik etmemektedir”. Yıldırım/Kılınç, s. 351.

⁶⁵ Cemil Kaya, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı REC (2002) 2”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 18(58), 2005.

⁶⁶ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 215.

⁶⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı’na göre “i. Millî güvenlik, savunma ve uluslararası ilişkiler ii. Kamu güvenliği, iii. Suç oluşturan eylemlerin önlenmesi, araştırılması ve kovuşturulması, iv. Kişinin özel yaşamı ve diğer meşru özel çıkarlar, v. Özel ya da kamusal olsun ticari ve diğer ekonomik çıkarlar, vi. Mahkeme işlemleriyle ilgili olarak tarafların eşitliği, vii. Doğa, viii. Kamu otoritelerince yapılan teftiş, kontrol ve denetim, ix. Devletin ekonomik, parasal ve döviz kuru politikaları, x. Bir konunun kurum içi hazırlığı esnasında kamu otoritelerinin kendi içinde veya diğer otoritelerle yaptığı müzakerelerin gizliliği.

² Açıklanmasında üstün bir kamu yararı olmadıkça, 1. paragrafta zikredilen herhangi bir çıkara zarar verecekse veya zarar verme ihtimali doğuracaksa resmi belgelerin içerdiği bilgilere erişim reddedilebilir.”

Bu nedenle bir yabancıнын özellikle terörist faaliyetlerle ilgili olarak ve millî güvenliğin korunması amacıyla sınır dışı edilmesinde veya ülkeye girişinin yasaklanmasında kamu makamlarından kişiyile ilgili ceza yargılaması yürütülmesi veya mahkûmiyet kararı bulunması yahut elde edilen gizli nitelikte tüm bilgi ve belgeleri yargı mercilerine sunmaları gibi yüksek bir ispat standardı yükümlülüğünün beklenemeyeceği”⁶⁸ ifadelerine yer vermiştir.

Bu halde, özellikle ulusal güvenlik gibi gerekçelerle bazı bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmaması tek başına adil yargılanma hakkını ihlal etmemektedir⁶⁹. Bu noktada kamu yararı, kişinin adil yargılanma hakkının korunmasındaki menfaate üstün tutulmaktadır⁷⁰. Kişinin adil yargılanma hakkı aleyhine yaratılan durumun dengeleyici tedbirlerle telafi edilmesi önem arz eder. Özellikle idari yargılama usulü bakımından, idarenin elindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye hiç sunmamasının hem davacının iddialarını ispatlamasını hem de idari işlemin hukuka uygunluk denetimini engelleyebileceği gözetilmelidir⁷¹.

B. Mahkemeye Sunulan Bilgi ve Belgelerin Gizlenmesi Bakımdan

İdari yargılama usulünde gizli bilgi ve belgelere ilişkin AİHM ve AYM başvurularının büyük bir çoğunluğunu, dosyaya sunulan bilgi ve belgelerin davanın diğer tarafından gizlenmesi oluşturmaktadır. Belirttiğimiz üzere adil yargılanma hakkı, yargılamaya sunulan kanıt ve belgeler hakkında bilgi sahibi olma ve bu unsurlara ilişkin etkili bir şekilde yorumda/itirazda bulunma imkanının taraflara sağlanmasını gerektirir⁷². Kural olarak bu hak dosyaya konulan bütün bilgi ve belgeleri kapsamaktadır⁷³.

AİHM, dosyadaki belgelerin tarafların bilgisine sunulma gerekliliğini geniş yorumlamaktadır. Mahkemeye göre, kararı etkilemek amacıyla sunulan bilgi ve belgelerin içeriğinin dava için önemli olup olmadığını takdir edecek

⁶⁸ AYM, A.A.A., B. No: 2018/36516, 15/3/2022, § 56. Aynı yönde; AYM, J.R.H., B. No: 2021/4791, 6/3/2024, § 34; AYM, N.O., B. No: 2018/36798, 17/11/2021, § 45; AYM, K.A., B. No: 2017/38596, 19/10/2021, § 47; AYM, A.G., B. No: 2018/6143, 16/12/2020, § 53; AYM, Amanda Jolyn Krause ve diğerleri [GK], B. No: 2019/40761, 15/2/2024, § 42.

⁶⁹ Asker, s. 306.

⁷⁰ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 210.

⁷¹ Asker, s. 304.

⁷² Dırma v. Türkiye, No: 20797/07, ECHR, 13/11/2018, § 22-24.

⁷³ Nurcan Yılmaz Özel, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 297.

olan davanın karşı tarafıdır⁷⁴. Bu nedenle belgenin dava açısından önemli olup olmadığına, hükme esas alınıp alınmadığına bakılmaksızın diğer tarafa tebliğ edilmesi ve yorum yapma imkanı tanınması esas kuraldır⁷⁵.

Bununla birlikte Mahkeme, deliller hakkında bilgi sahibi olma hakkının mutlak olmadığını belirtmekte⁷⁶ haklı nedenlerle dosyadaki bazı bilgi ve belgelerin taraflardan gizli tutulabilmesini kabul etmektedir. Söz konusu haklı neden, ulusal güvenlik gibi kamu yararının korunmasına ilişkin olabileceği gibi kişilerin temel haklarının korunması da olabilir⁷⁷. Mahkeme *Moiseyev v. Rusya* başvurusunda, ulusal güvenliğe ilişkin devlet sırrının konu olduğu davalarda bazı usuli kısıtlamaların getirilebileceğini belirtmiştir⁷⁸. Ancak haklı nedenle getirilen bu sınırlamaların adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için *zorunlu olması*⁷⁹ ve *yargılama usulünde telafi edici, dengeleyici tedbirlerin bulunması* aranmaktadır⁸⁰.

İdari yargı mercin dosyaya sunulan belgeleri gizlilik gerekçesiyle davacıya vermediği/inceletmediği yargılamalar, AİHM'in Türkiye aleyhine verdiği kararlarına da konu olmuştur. Örneğin *Aksoy Eroğlu v. Türkiye* kararına konu olayda, disiplin soruşturması sonunda görevden alınan kişinin açtığı iptal davasında Milli Savunma Bakanlığı soruşturma dosyasını mahkemeye gizlilik kaydı ile iletmış ve dosya davacıya verilmemiştir⁸¹. AİHM öncelikle, idari soruşturma dosyasının davacıya verilmemesini haklı gösterecek herhangi bir neden olmadığını tespit etmiştir. Ayrıca yargılama usulünde dosyanın gizli tutulmasına karşılık davacının menfaatini korumaya yönelik dengeleyici bir tedbir bulunmadığına da dikkat çekmiştir⁸².

AİHM, benzer bir başvuru olan *Regner v. Çekya* kararında ise yerel

⁷⁴ İnceoğlu, s. 141.

⁷⁵ Asker, s. 313.

⁷⁶ Güner Çorum v. Türkiye, No: 59739/00, ECHR, 31.10.2006; Benzer yönde *Miran/Türkiye*, No: 43980/04, ECHR, 21/4/2009.

⁷⁷ Güner Çorum v. Türkiye, No: 59739/00, ECHR, 31.10.2006.

⁷⁸ Kopuz, s. 226.

⁷⁹ *Ternovskis v. Latvia*, No: 33637/02, ECHR, 29.07.2014, §67.

⁸⁰ Güner Çorum v. Türkiye, No: 59739/00, ECHR, 31.10.2006.

⁸¹ Kararın verildiği tarihte Milli Savunma Bakanlığının bilgi ve belgeyi mahkemeye vermeme kararının dayanağı mülga 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun 52. maddesidir. Maddenin ilgili fıkrasına göre "*Ancak, istenen bilgi ve belgeler Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan, Genelkurmay Başkanı veya ilgili Bakan gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir*".

⁸² *Aksoy (Eroğlu) v. Türkiye*, No: 59741/00, ECHR, 31.10.2006.

mahkemenin gizli bilgi ve belgeleri idareden temin ederek incelemesini ancak davacının erişimine izin vermemesini adil yargılanma hakkına aykırı bulmamıştır. AİHM müdahalenin hukuka uygunluğunu, iç hukukta davacının dezavantajlı durumunu telafi edecek tedbirlerin bulunmasına dayandırmıştır. Çekya'nın iç hukukuna göre, gizli bilgi ve belgelere ulusal mahkemelerin tam erişimi bulunmakta ve mahkeme idarenin belgeyi gizli tutmakta haklı bir gerekçesi olup olmadığını inceleyebilmektedir. Ulusal mahkemeler, belgenin gizli tutulmasının haklı bir gerekçesinin bulunmadığına kanaat getirirse belgenin açıklanmasını emredebilmektedir. AİHM, ulusal mahkemenin gizli bilgi ve belgeler üzerindeki denetim yetkisini dengeleyici tedbir olarak nitelendirmiştir⁸³.

AİHM, yargılama sırasında diğer tarafa tebliğ edilmeyerek gizli tutulan bilgi ve belgelerin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini, yargılamanın bütününe esas olarak tespit etmektedir⁸⁴. İlk derece aşamasında gizlenen bilgi ve belgeye kanun yolu aşamasında ulaşılması ve bu bilgi ve belgelere etkin bir biçimde karşı çıkma imkanının tanınmış olması halinde adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmaktadır⁸⁵. Bu noktada gizli bilgi ve belgenin içeriğine ilk derece mahkemesinin kararında yer verilip verilmediği önem arz etmektedir⁸⁶. Nitekim gizli bilgi veya belgenin içeriğine mahkeme hükmünde yer verilmesi halinde taraf, belgeden haberdar olabilecek ve kanun yolu aşamasında karşı çıkabilecektir. Bu hallerde kanun yolu başvurusu dengeleyici bir tedbir olarak kabul edilmektedir⁸⁷. Ancak Akbal v. Türkiye kararına konu olayda olduğu gibi tarafın erişemediği belgenin sadece ismen kararda geçirilmesi halinde kanun yolu başvurusu dengeleyici bir tedbir olarak kabul edilmemektedir. Çünkü bu halde tarafın içeriğini bilmediği belgeye kanun yolunda etkili bir biçimde karşı çıkması mümkün olmamaktadır. Özellikle, kanun yoluna başvurusu süresi de dikkate alındığında, tarafın bu süre içinde ilk derece mahkemesinin kararında geçen bilgi ve belgeyi inceleyerek savunma sunması imkansız ya da ağır bir külfet ise kanun yolu

⁸³ Regner v. Çekya, No: 35289/11, ECHR, 19.09.2017; Sibel Inceoğlu, Nilay Arat ve Erkan Duymaz, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Emsal Kararlar*, Avrupa Konseyi, Tam Pozitif Matbaacılık, 2022, s. 474-476. <https://rm.coe.int/final-web-idari-yarg-da-adil-yarg-ılanma-hakk-emsal-kararlar-11-10-2022/1680a87458> Erişim Tarihi 10 Haziran 2024.

⁸⁴ Inceoğlu, s. 165.

⁸⁵ Inceoğlu, s. 124.

⁸⁶ Yıldırım/Kılınç, s. 396.

⁸⁷ Asker, s. 311.

başvurusunun varlığı dengeleyici bir tedbir olarak kabul edilemez⁸⁸.

İdari yargılama usulünde, mahkemeye sunulan bilgi ve belgelerin davanın diğer tarafından gizlenmesi meselesi, bireysel başvuru yoluyla AYM önüne de sıklıkla taşınmaktadır. Özellikle güvenlik soruşturması sonucunda elde edilen istihbari bilgilere dayanılarak atamanın yapılmaması, görevden çıkarma gibi idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında bilgi ve belgelerin gizlilik gerekçesiyle davacıya tebliğ edilmemesi ile karşılaşılmaktadır.

AYM, bilgi ve belgelere erişme ve yorum yapma hakkını AİHM'e nazaran daha dar ele almaktadır. Öncelikle Mahkeme, hakkın ihlal edilip edilmediğini incelerken AİHM'den farklı olarak, hükmün idare tarafından dosyaya sunulan ancak diğer tarafa tebliğ edilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak kurulup kurulmadığını irdellemektedir⁸⁹. Örneğin AYM, dava dosyasına konulan tutanakların davacıya tebliğ edilmemesinin silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkını ihlal ettiği iddiasını, mahkemenin karar gerekçesini bu belgelere dayandırmaması nedeniyle açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur⁹⁰. Öğretide de savunulduğu gibi, mahkemeye sunulan gizli bilgi ve belge hüküm gerekçesinde esas alınmamış olsa dahi uyuşmazlığın çözümüne etki edecek nitelikteyse diğer tarafa tebliğ edilmemesi adil yargılanma hakkını ihlal edecektir⁹¹. Nitekim hem AİHM⁹² hem de AYM kararlarında vurgulandığı üzere, silahların eşitliği ilkesi gereği yargılama sırasında taraflardan birinin

⁸⁸ Asker, s. 312. Bu yönde; “*Bu durumda, başvuru, kendisine bildirilmeyen ve hükme esas alındığı görülen belgelerden davanın esası hakkında verilen karar ile haberdar olmuş olup, başvuru, 1602 sayılı Kanun’un 52. maddesindeki usul göz önüne alındığında, anılan belgelerin inceltirilmesi talebinde bulunması, AYİM tarafından bu talebin kabul edilmesi ve belgelerin inceltirilmesine izin verilmesi ve ardından başvuru, bu belgelere karşı savunma yapması, 15 günlük karar düzeltme süresi içinde tüm yükümlülüğün başvuruca yüklenmesi sonucunu doğuracaktır.*” AYM, M.Ş.B., B. No: 2013/2202, 20/11/2014, § 47. Aynı yönde; AYM, Gökhan Günaydın, B. No: 2012/1099, 6/5/2015, § 58.

⁸⁹ AYM, İdris Ertaş [GK], B. No: 2018/21949, 20/5/2021§64; AYM, Feyzullah Çelik ve Sevda Özdemir, B. No: 2018/35147, 16/12/2020, § 37, 40.

⁹⁰ “*Öte yandan başvuru, AYİM kararında M.P.nin Emniyet tarafından alınan ifade tutanaklarının dava dosyasına konulmasına karar verildiği belirtildiği hâlde bu tutanaklardan haberdar edilmediğinden de şikâyet etmekte ise de AYİM karar gerekçesinin incelenmesinden anılan ifade tutanaklarının dava dosyasına konulduğu hâlde AYİM gerekçesinin bu tutanıklara dayandırılmadığı anlaşıldığından başvuru, yargılamanın sonucunu etkileyecek usule ilişkin bir imkândan mahrum bırakılmasının söz konusu olmadığı görülmektedir.*” AYM, Cemal Çamlı, B. No: 2013/2173, 4/2/2016, § 37. Benzer yönde AYM, Mustafa Coşgun, B. No: 2013/7873, 20/5/2015, § 28; AYM, Erdem Özgenç, B. No: 2013/8732, 24/6/2015, § 28; AYM, Kazım Orhan, B. No: 2013/7875, 20/5/2015, § 28.

⁹¹ Asker, s. 313.

⁹² Zagorodnikov v. Rusya, No: 66941/01, ECHR, 7/6/2007, § 30.

sahip olduğu avantajın diğer taraf için olumsuz bir sonuç doğurduğunun ispat edilmesi önemli değildir⁹³. Ayrıca kararı etkilemek amacıyla sunulan bilgi ve belgelerin içeriğinin dava için önemli olup olmadığını takdir edecek olan davanın karşı tarafıdır. Bu nedenle, ilgili delilin hüküm gerekçesinde yer alıp almadığına bakılmaksızın davacıya tebliğ edilmiş olmasının aranması, silahların eşitliği ilkesi bakımından daha güvenceli bir yaklaşım olacaktır.

AYM, gizli bilgi ve belgelere ilişkin bireysel başvurularda çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin mutlak olmadığını, birtakım zorunluluklar, daha üstün değerdeki bir kamusal yarar veya başkalarının haklarının korunması gereği ilkelerin belli ölçüde yumuşatılarak bunlara aykırı tedbirler alınmasının mümkün olduğunu belirtmektedir⁹⁴. Mahkeme, bilgi ve belgelerin yargı mercince gizli tutulmasını meşru kılan üstün menfaatleri “başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması”, “kamu güvenliği”, “idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması” ya da “benzeri haklı görülebilecek hususlar” şeklinde ifade etmektedir⁹⁵. Belgenin gizli tutulmasını haklı kılan bir nedenin bulunması tek başına adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği anlamına gelmemektedir⁹⁶. AYM de belgenin gizli tutularak diğer tarafa tebliğ edilmemesi ile meydana gelen dezavantajı telafi edecek tedbirlerin bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir⁹⁷. Örneğin, gizli olduğu gerekçesiyle bilgi ve belgeler tarafa tebliğ edilmemiş olmasına rağmen bilgi ve belgelerin

⁹³ AYM Cemal Çamlı, B. No: 2013/2173, 4/2/2016 §29.

⁹⁴ AYM Bünyamin Uçar, B. No: 2017/32004, 3/6/2020, § 41; AYM, Ayfer Atalmış, B. No: 2016/12198, 9/6/2020, §35.

⁹⁵ “Sonuç olarak, AYİM tarafından gizlilik dereceli belgelerin, başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması veya benzeri haklı görülebilecek hususlar nedeniyle başvurunun incelemeine açılmadığını ortaya koyacak hiçbir argümanın ortaya konulmadığı, anılan belgelerin başvurunun incelemeine açılıp açılmayacağına ilişkin herhangi bir karar alınmadığı ve bu belgelerden başvurunun haberdar edilmediği görülmekle olayda, davalı idare tarafından sunulan ve AYİM kararında hükme esas alınan gizlilik dereceli belgelere karşı başvurucuya savunma yapma imkânı verilmemesi nedeniyle başvurunun silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.” AYM, İdris Ertaş [GK], B. No: 2018/21949, 20/5/2021, § 64. Aynı yönde; AYM, Cemal Çamlı, B. No: 2013/2173, 4/2/2016, §32; AYM, Bekir Cem Cerrahoğlu B. No: 2014/12380, 8/11/2017 § 31; AYM, Bülent Karataş, B. No: 2014/13724, 23/11/2016, §77; AYM, Orhan Tekkaya, B. No: 2012/775, 6/5/2015, §47; AYM, Gökhan Günaydın, B. No: 2012/1099, 6/5/2015 §59; AYM, Taylan Özgür Tor, B. No: 2013/2454, 12/3/2015 § 46.

⁹⁶ AYM Ayfer Atalmış, B. No: 2016/12198, 9/6/2020, §39.

⁹⁷ AYM Cemal Çamlı, B. No: 2013/2173, 4/2/2016, § 32; AYM, Bekir Cem Cerrahoğlu B. No: 2014/12380, 8/11/2017, §31.

incelettirilmesini ve bu bilgi ve belgelere karşı varsa savunma sunulabilmesi için süre verilmesini dengeleyici tedbir olarak görmüştür⁹⁸.

AYM, AİHM ile benzer şekilde ilk derece aşamasında gizli tutulan bilgi ve belgeler bakımından kanun yolu aşamasında yorum ve itirazda bulunulabilmesi için pratik ve etkin imkanların sağlanması halinde silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edilmediğini kabul etmektedir⁹⁹. Bununla birlikte kişilerin gizli bilgi ve belgelerin varlığını ilk derece mahkemesi hükmü ile öğrenmiş olması yeterli değildir. Kişinin belgelerin içeriğini öğrenebilmesi ve savunma yapmak için yeterli süresinin bulunması gerekmektedir¹⁰⁰.

Görüldüğü üzere, hem AİHM hem de AYM yargılamada gizli bilgi ve belgelerin varlığını tek başına adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmemektedir. Mahkeme kararları doğrultusunda gizli bilgi ve belgelerin adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için aranan şartlar şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle, hem dava dosyasına idare tarafından belgelerin sunulmaması hem de dosyaya sunulan belgenin diğer tarafa tebliğ edilmemesi şeklinde ortaya çıkan gizli bilgi ve belgeler, adil yargılanma hakkına nazaran daha üstün bir menfaatin varlığını gerektirmektedir. Diğer bir ifade ile bilgi ve belgelerin gizlenmesi ulusal güvenlik, meslek sırrı, ticari sır, fikri mülkiyet hakları gibi “*haklı/geçerli bir nedene*” dayanmalıdır.

İkinci olarak, daha üstün bir menfaatin korunması nedeniyle bilgi ve belge kendisinden gizlenen tarafın bu dezavantajını ortadan kaldıracak “*telafi edici tedbirlerin bulunması*” zorunludur. Bu tedbirlerin başında ise gizlilik kararına itiraz edebilme hakkı gelmektedir.

Son olarak, AİHM ve AYM kararlarında açıkça vurgulanmasa da¹⁰¹ idarenin veya idari yargı mercin daha üstün bir menfaatin varlığı nedeniyle bilgi ve belgeyi gizli tutması, açıkça bu yönde bir yetki tanıyan ve telafi edici, dengeleyici tedbirleri de içeren kanuni bir düzenlemeyi gerektirmektedir.

⁹⁸ AYM Mehmet Tekin, B. No: 2013/7611, 20/5/2015, § 45.

⁹⁹ AYM İdris Ertaş [GK], B. No: 2018/21949, 20/5/2021, §65; AYM, Feyzullah Çelik ve Sevda Özdemir, B. No: 2018/35147, 16/12/2020, § 40; AYM, Mesude Yaşar, B. No: 2013/2738, 16/7/2014, § 76; Mehmet Ali Bedir ve Tevfik Günay, B. No: 2013/4073, 21/1/2016, § 32.

¹⁰⁰ AYM Ahmet Erbek, B. No: 2013/3197, 17/2/2016, §56.

¹⁰¹ Yıldırım/Kılınç, s. 351.

V. 2577 SAYILI İDARİ YARGILAMA USUL KANUNU'NA GÖRE BİLGİ VE BELGELERİN GİZLENMESİ

A. İdarenin Bilgi ve Belgeyi Yargılama Sürecinden Gizleme Yetkisi

İYUK'un 20. maddesinin 3. fıkrası ile idareye, devletin üstün menfaatleri gereği bazı bilgi ve belgeleri yargı mercine sunmama yetkisi tanınmıştır. İlgili düzenlemeye göre “*istenilen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine, yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkinse Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya ilgili bakan gerekçesini belirterek bu bilgi ve belgeleri vermeyebilir*”.

İdari yargı mercin ve davacıların uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgelere erişimini kısıtlayabilen bu hüküm, öğretilerde birçok yönden tartışılmaktadır.

1. Gizlilik Kararına Konu Olabilecek Belgeler

İYUK'un 20. maddesine göre idarenin yargı mercine sunmaktan kaçınılabileceği bilgi ve belgeler:

-Devletin güvenliğine ilişkin bilgi ve belgeler,

-Devletin yüksek menfaatlerine ilişkin bilgi ve belgeler,

-Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere ilişkin bilgi ve belgelerdir.

Devletin güvenliği ve yabancı devletlere ilişkin dış politika ile ilgili bilgi ve belgelerin gizli tutulabileceği genel anlamda kabul gören bir yaklaşımdır¹⁰². Gizlilik kararına konu olabilecek belgeler bakımından öğretilerdeki en temel eleştiri, devletin güvenliği ve yüksek menfaati kavramlarının belirsizliğine yönelmektedir¹⁰³. Kavramların belirsizliği, idarenin devletin güvenliği ve yüksek menfaatini gerekçe göstererek herhangi bir bilgi veya belgeyi mahkemeye sunmaması riskini barındırmakta ve hak arama özgürlüğü bakımından tehlike doğurmaktadır¹⁰⁴.

Bir başka tartışma ise maddede sayılan bilgi ve belgelerin niteliğine

¹⁰² Musa Eken “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, *Amme İdaresi Dergisi*, 27(2), 1994, s. 29.

¹⁰³ Sunay, s. 25; Evren, s. 719; Mahmut Ceylan, *İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 148; Müslüm Akıncı, “İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(2), 2010, s. 38.

¹⁰⁴ Ceylan, s. 183.

ilişkindir. Bu noktada karşımıza çıkan ilk husus maddenin devlet sırrı kavramıyla ilişkisidir¹⁰⁵. Öğretide İYUK'un 20. maddesinin, hükümde açıkça belirtilmese de devlet sırrının idari yargılama usulündeki yansımaları olduğu savunulmaktadır¹⁰⁶.

Türk hukukunda devlet sırrının tanımına ilişkin pozitif düzenlemeler Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda (BEHK) yer almaktadır. CMK'nin Devlet Sırrı Niteliğindeki Bilgilerle İlgili Tanıklık başlıklı 47. maddesine göre “*Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır*”. BEHK'nin 16. maddesinde ise “*devlet sırrı; açıklanması halinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler*” olarak tanımlanmıştır.

Devlet sırrı kavramı hakkında yol gösterebilecek hususlardan biri de en son 2012 yılında Meclis Genel Kurulu'nda görüşülen ancak kanunlaşmayan Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı'dır¹⁰⁷. Tasarıda, devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgeler ve diğer gizli bilgi ve belgeler şeklinde bir tasnif söz konusudur. Tasarının 3. maddesine göre, devlet sırrı; “*açıklanması veya öğrenilmesi, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgeler*”dir. Tasarının 4. maddesinde ise devlet sırrı niteliği taşımayan diğer gizli bilgi ve belgeler tanımlanmış; “*Devlet sırrı niteliği taşımayıp da, açıklanması veya öğrenilmesi hâlinde ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, askerî hizmetlere, idarî soruşturmaya ve adli soruşturma ve kovuşturmaya zarar verebilecek nitelikteki veya yetkili makamlar tarafından gizlilik derecesi verilmiş bilgi ve belgeler, gizli bilgi ve belge olarak kabul edilir*”.

Tasarıya göre devlet sırrı ve diğer gizli bilgi ve belgelerin ayrıldığı ilk nokta; bilgi ve belgeye söz konusu nitelikleri verecek makamın farklılığıdır¹⁰⁸. Devlet sırrı ve diğer gizli bilgi ve belgelerin ayrıldığı esas nokta ise belgelerin

¹⁰⁵ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 221.

¹⁰⁶ Davut, s. 69.

¹⁰⁷ https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/devletsirri_tasari.pdf Erişim Tarihi 03 Şubat 2024.

¹⁰⁸ Tasarı'nın 6. maddesine göre “*Bu Kanun hükümlerine göre bilgi ve belgelere devlet sırrı niteliğini verme yetkisi, Başbakanlık Müsteşarının başkanlığında; Adalet, Milli Savunma, İçişleri ve Dışişleri bakanlıkları müsteşarlarından oluşan Devlet Sırrı Kuruluna aittir.*”

yargılamaya etkilerine ilişkindir. Devlet Sırrı Kanun Tasarısı'nın 8. maddesine göre *“mahkemelerce talep edilen devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgeler; Kurulca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebilir. Ancak, verilmeyen bilgi ve belgeler davada ilgili aleyhine sonuç doğurmaz”*.

Devlet sırrı niteliği taşımayan gizli bilgi ve belgelerin mahkemelerce talep edilmeleri halinde ise gönderilmeleri esastır. Bu bilgi ve belgeler de ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca gerekçesi açıklanmak suretiyle mahkemelere gönderilmeyebilir. Ancak, gönderilmeme gerekçesi mahkemece yeterli bulunmadığı takdirde bilgi ve belgelerin gönderilmesi zorunludur. Dolayısıyla tasarıya göre, devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgenin verilmemesi kararı mahkeme tarafından denetlenemezken diğer gizli bilgi ve belgeyi vermeme kararları mahkemece denetlenebilmektedir. İYUK'un 20. maddesi uyarınca idarenin vermektan kaçınabileceği bilgi ve belgeler hem kapsam olarak hem de yargılamaya etkisi bakımından Devlet Sırrı Kanun Tasarısı'nda yer alan devlet sırrı kavramı ile örtüşmektedir.

İYUK'un 20. maddesiyle ilişkilendirilebilecek bir diğer düzenleme 2022 yılında yürürlüğe giren 5529 sayılı Gizlilik Dereceli Belgelerde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'tir¹⁰⁹. Yönetmelik'in 4. maddesine göre; *“Çok Gizli”, “Gizli” ve “Hizmete Özel”* olmak üzere üç adet millî gizlilik derecesi bulunmaktadır¹¹⁰. Yönetmelik, 7315 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Hakkında Kanun ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne dayanılarak çıkarılmıştır. Nitekim mahkeme kararlarına bakıldığında gizli bilgi ve belgelerin genellikle güvenlik soruşturmalarına ve sınır dışı kararlarına konu olduğu görülmektedir. 5649 sayılı Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 14. maddesine göre ise *“güvenlik soruşturması kapsamında elde edilen tüm verilere ilişkin bilgi ve belgeler ile Değerlendirme Komisyonu kararlarına yönelik işlemler; Gizlilik Dereceli Belgelerde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte ‘gizli’ gizlilik dereceli belgeler için*

¹⁰⁹ R.G. 31821- 26/4/2022.

¹¹⁰ Yönetmelik'in 4. maddesine göre *“Çok Gizli: Açıklanması veya yetkisiz kişilerce öğrenilmesi hâlinde Devletin dış ilişkilerine, millî savunmasına, millî güvenliğine ve mütefiklerle olan faaliyetlerine önemli derecede zarar verebilecek belgeler için kullanılır. Gizli: İzinsiz açıklanması veya yetkisiz kişilerce öğrenilmesi hâlinde Devletin menfaatlerine, güvenlik, istihbarat ve teknoloji faaliyetlerine zarar verebilecek belgeler için kullanılır. Hizmete Özel: İzinsiz açıklanması veya yetkisiz kişilerce öğrenilmesi hâlinde herhangi bir idari faaliyete, gerçek veya tüzel kişiye, idari soruşturmaya, adli soruşturmaya ve kovuşturmaya zarar verebilecek belgeler için kullanılır.”*

belirtilen hükümlere göre yürütülür”.

İYUK’un 20. maddesi kapsamındaki gizli bilgi ve belgelerin tanım olarak Yönetmelik’teki çok gizli belge ile örtüştüğü söylenebilir. Bu bakımdan güvenlik soruşturması sonucunda elde edilen bilgilerin İYUK’un 20. maddesinde düzenlenen idarece verilmeyecek bilgi ve belgeler kapsamına girmediği düşünülebilse de bu yorum mutlak değildir. Hem İYUK’taki hem de Yönetmelik’teki düzenlemeler belirsiz ve idareye geniş takdir yetkisi veren kavramlar içermektedir. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, Yönetmelik çerçevesinde ilgili birim yöneticisinin bir belgeye çok gizli niteliğini vermiş olması doğrudan belgenin mahkemeye verilmeyebileceği sonucunu doğurmaz.

Aktarıldığı üzere, İYUK’un 20. maddesi kapsamındaki bilgi ve belgelerin tanım olarak hukuki düzenlemelerdeki devlet sırrı kavramına karşılık geldiği görülmektedir. Bununla birlikte bilgi ve belgenin hukuki düzenlemeler çerçevesinde yetkili makamlarca “*devlet sırrı*” veya “*çok gizli*” nitelikli belge olarak nitelendirilmesi, idari yargı mercine sunulamayacak belge niteliğini de kazandırmamaktadır. Somut uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgenin İYUK’un 20. maddesi kapsamına girdiği ve idari yargı mercine verilmeyeceği yönünde ayrıca bir karar alınması gerekmektedir.

2. Gizlilik Kararını Alma Konusunda Yetkili Makam

İYUK’un 20. maddesine göre gizli bilgi veya belgenin mahkemeye verilmemesi yönünde karar alma yetkisi, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya ilgili bakana tanınmıştır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 49. maddesinin 2. fıkrasında da benzer bir hüküm bulunmaktadır. Bu düzenleme ile “*istenilen bilgi ve belgelerin Devletin güvenliğine ve yüksek menfaatlerine veya Devlet güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere ilişkinse ilgili makamın gerekçesini bildirmek suretiyle istenilen bilgi ve belgeyi vermeyebileceği*” hüküm altına alınmıştır. İYUK ve Danıştay Kanunu’ndaki iki hüküm arasındaki fark, idari yargı mercince istenilen bilgi ve belgeyi vermekten kaçınma yetkisine sahip olan makama ilişkindir¹¹¹. Öğretide de belirtildiği üzere, Danıştay Kanunu’nda yer alan “*ilgili makam*” ifadesinden İYUK’ta kullanılan “*Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan*” anlaşılmalıdır¹¹². Aksi bir yorum farklı uygulamalara yol açarak belirsizlik doğuracaktır.

¹¹¹ Ceylan, s.147.

¹¹² Ceylan, s. 147; Atay, s. 61.

Bilgi ve belgenin idari yargı mercine verilmemesi yönünde karar alma yetkisi, münhasıran Kanun'da sayılan makamlara verilmiş istisnai bir yetkidir. Bu nedenle yetki devrine konu olamaz¹¹³. Ayrıca düzenlemenin lafzı, bir takdir yetkisi içermektedir¹¹⁴. İdare, bilgi ve belge devletin güvenliğine veya yüksek menfaatine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere ilişkin olsa da mahkemeye sunmayı tercih edebilir. Hatta düzenleme bir istisna içerdiğinden dar yorumlanmalı ve bu nitelikte olsa da mahkemeye sunulmasında sakınca bulunmayan bilgi ve belgelerin gönderilme zorunluluğunun devam ettiği kabul edilmelidir¹¹⁵.

Yetki unsuru yönünden ele alındığında da idarelerin iç işleyişinde bir belgeyi gizli olarak nitelendirmesi belgeyi yargı mercine sunmaktan kaçınma yetkisini vermemektedir. Bu halde iç işleyişte belge mevzuata uygun olarak “gizli” niteliğini haiz olsa da görülmekte olan bir iptal davasıyla ilişkili olduğunda yargı mercine verilmesi esastır. Aksine ancak *Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan* somut uyuşmazlığı gözeterek karar verebilir.

Kararın sadece siyasilerden oluşan üst idari makamlar tarafından alınması eleştirilmektedir¹¹⁶. Bu durum yargı mercilerine güvensizlik duyulmasının bir yansıması olarak nitelendirilmektedir¹¹⁷. Yetkili makama ilişkin öğretide bazı öneriler getirilmiştir. CEYLAN, bilgi ve belgenin gizli olduğu gerekçesiyle mahkemeye sunulmaması gerektiği yönündeki kararın salt siyasi makamlara değil yüksek mahkeme üyelerinin de bulunduğu bir kurula bırakılması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁸. Bir başka çözüm olarak YASİN, bilgi ve belgenin gizlilik gerekçesiyle mahkemeye sunulmayacağı kararı alınırken Cumhurbaşkanı, ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanının kamu denetçisinin olumlu görüşünü alma zorunluluğu getirilebileceğini önermektedir¹¹⁹. Bununla birlikte EVREN ve SUNAY, idarenin talebini iptal davasına bakan mahkemeye sunması ve gizlilik konusunda mahkemenin karar vermesi gerektiğini belirtmektedir¹²⁰. Ancak bu öneri adil yargılanma hakkı

¹¹³ Evren, s. 719; Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 214.

¹¹⁴ Ceylan, s. 334.

¹¹⁵ Sunay, s. 66.

¹¹⁶ Sunay, s. 67.

¹¹⁷ Evren, s. 719.

¹¹⁸ Ceylan, s. 148.

¹¹⁹ Yasin, s. 20.

¹²⁰ Evren, s. 719.

bakımından sakıncalı olabilir. Çünkü bu ihtimalde, bilgi ve belge mahkemeye sunulmuş olacak ancak mahkeme İYUK'un 20. maddesi kapsamında görürse bilgi ve belgeyi davacıya tebliğ etmeden davalı idareye geri göndermek zorunda kalacaktır. Davaya bakan mahkemenin görmüş olduğu her türlü bilgi ve belgenin diğer tarafa tebliği adil yargılanma hakkı bakımından daha güvenceli bir yaklaşımdır.

Kanaatimizce gizlilik kararı alma yetkisinin idari makamlara bırakılmış olması tek başına sakınca doğurmamaktadır. Burada önemli olan, daha sonra da değinileceği üzere, gizlilik kararının denetime tabi olması ve AİHM kararlarında da değinildiği üzere adil yargılanma hakkı gereği, idarenin belgeyi mahkemeye sunmaması nedeniyle davacının düştüğü dezavantajlı durumu ortadan kaldıracak dengeleyici tedbirin bulunmasıdır.

3. Gereke Şartı

İYUK'un 20. maddesi uyarınca idarenin belgeyi mahkemeye vermeme yönündeki kararı gerekçeli olmalıdır. Gereke ilkesi gereği idare, bilgi ve belgenin Kanun'da sayılan nedenlerden hangisine girdiğini, bilginin açıklanması halinde kamu yararının zarara uğrayacağını ve bu yararın adil yargılanma hakkından üstün olduğunu ortaya koymak zorundadır¹²¹. Dolayısıyla idarenin belgenin gizli tutulmasındaki kamu yararı ile adil yargılanma hakkı arasındaki dengeyi gözetmesinin yanı sıra bunu açıkça ortaya koyabilmesi de gerekmektedir.

Bu durumda iki ihtimal söz konusu olabilir: İlk ihtimal idarenin hiç gerekçe sunmamasıdır. Bu halde kararın gerekçeli olmaması, şekil unsuru bakımından hukuka aykırı olmasına neden olacaktır¹²². İkinci ihtimal ise idarenin yetersiz gerekçe sunmasıdır. İdarenin gerekçeyi yetersiz biçimde sadece kanundaki belirtilen soyut sebebi tekrar ederek bildirmesi de gündeme gelebilmektedir. İdarenin belirsiz ve soyut kavramları gerekçe göstermesi, gerekçe gösterdiği anlamına gelmemektedir¹²³.

Nitekim Danıştay dairesinin ara kararı ile davacı hakkında yürütülen idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeleri istediği olayda davalı idare, ara karara cevaben, Başbakan tarafından imzalanmış “..... *davaya ait ilgi ara*

¹²¹ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 215.

¹²² Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 215.

¹²³ Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 174.

kararında istenilen belgeler, bu konudaki tahkikatın devam etmekte olması ve muhtevasının 2577 sayılı Kanununun 20/3 maddesinde belirtilen hususlara girmesi bakımından gönderilmemiştir.” ifadesini içeren bir yazı göndermiştir. Danıştay ise İYUK’un 20. maddesi gereği Başbakan veya ilgili Bakanın, ancak somut biçimde gerekçe göstermek koşuluyla; idari yargı yerince istenilen bilgi ve belgeleri göndermeme yoluna gitmesinin mümkün olduğunu ve Başbakanca imzalı yazının somut bir gerekçesi olmadığından İYUK’un 20. maddesine uygun olmadığını değerlendirmiştir¹²⁴. Dolayısıyla idarenin hiç gerekçe göstermediği veya soyut gerekçe gösterdiği hallerde İYUK’un 20. maddesine uygun bir karar almadığı kabul edilmektedir.

4. İYUK’un 20. Maddesi Kapsamında Alınan Gizlilik Kararının Denetlenebilirliği

İdarenin yargı merci tarafından istenen bilgi ve belgeleri vermektan kaçınması yalnızca İYUK’un 20. maddesinde belirtilen koşulların varlığı halinde mümkündür. Belirtildiği üzere söz konusu koşullar; kararın maddede sayılan yetkili makamlarca alınmış olması, maddede sayılan nedenlerden birine dayanması ve bunun gerekçesiyle ortaya konulmasıdır.

Öğretide her somut olayda davaya bakan mahkemece bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetleneceği belirtilmektedir¹²⁵. Kararın yetki ve gerekçe bulunması şartı bakımından şekli olarak incelenebileceği kabul edilmelidir¹²⁶. Bu halde maddede sayılan yetkili makamlarca alınmamış veya gerekçesiz bir karar ile idarenin bilgi ve belgeyi sunmaması halinde mahkeme belgeleri İYUK’un 20. maddesi kapsamında değerlendirmemelidir. Devam eden yargılama bakımından mahkeme, belgeyi tekrar istemeli veya mümkünse re’sen araştırma kapsamında bilgi ve belgeye başka yollarla ulaşmalıdır. Mahkeme başka yollarla belgeye ulaşamıyorsa söz konusu belgeye dayanılarak yapılan savunmayı dikkate alması mümkün değildir¹²⁷. Ayrıca bu halde idarenin mahkeme kararlarının uygulanmaması nedeniyle sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bu noktada tartışılan esas mesele, uyumsuzluğa bakan mahkemenin

¹²⁴ Danıştay- 10. D., E. 1988/1042 K, 1989/857, T. 20.04.1989, lexpera.com.tr. Erişim Tarihi 05 Ağustos 2024.

¹²⁵ Asker, s. 302.

¹²⁶ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 215.

¹²⁷ İzmir BİM 2. İdare Dava Dairesi, E.2018/3246, K. 2018/3956, T. 12.09.2018, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 05 Ağustos 2024.

gizlilik kararı gerekçesinin somut dayanağını denetleyip denetlemeyeceğine ilişkindir. Öğretide belgeleri göndermeme kararının gerekçesinin idari yargı hakimince denetleneceği belirtilmektedir¹²⁸. Bununla birlikte bu denetim ilgili düzenleme nedeniyle imkansız hale gelmektedir. Öncelikle İYUK'un 20. maddesindeki hüküm, idareye oldukça geniş bir takdir yetkisi vermekte olup denetimi de oldukça zordur¹²⁹. Ayrıca Kanun'da sayılan yetkili makamlarca alınan karara istinaden bilgi ve belge gizli tutuluyorsa, belge davaya bakan mahkemeye hiç sunulmayacağından, mahkemenin belgenin gerçekten bu nitelikte olup olmadığını; gerekçenin haklı, somut bir dayanağı bulunup bulunmadığını denetlemesi mümkün değildir. Nitekim Danıştay da eski tarihli bir kararında, idarenin kaçınma gerekçesinin somut bir dayanağı olup olmadığı yönünde bir denetimi kabul etmemiştir¹³⁰.

Görüldüğü üzere mevcut hukuki düzenlemeler, kararın denetlenmesini fiilen imkansız kılmaktadır. İptal davalarında taraflardan birinin idare olduğu gözetildiğinde bilgi ve belgenin verilmemesi silahların eşitliği ilkesine müdahale teşkil etmekte ayrıca maddi gerçeğin açığa çıkarılamaması tehlikesini barındırmaktadır. Bu nedenle idarenin bilgi ve belgeyi vermekten kaçınma kararının şekli denetiminin yanı sıra esasının da denetlenebilmesi gerekir¹³¹. Nitekim daha önce de aktarılan Regner v. Çekya kararında AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine kanaat getirirken bakanlığın gizli bilgi ve belgeleri açıklamama kararının denetlenebildiğine dikkat çekmiştir¹³².

Çözüm olarak; yetkili makamların İYUK'un 20. maddesi uyarınca davaya bilgi ve belgeyi sunmaktan kaçınması halinde bir üst yargı mercine itiraz yolu açılması düşünülebilir. İtiraz üzerine davaya bakan mahkemeden daha üst idari yargı merci, kamunun üstün menfaatleri gereği gizlilik çerçevesinde denetim gerçekleştirebilir¹³³. Böylece uyuşmazlık hakkında karar verecek mahkeme dışında bir merci bilgi ve belgenin içeriğini, kararın somut bir gerekçeye dayanıp dayanmadığını inceleyebilecektir.

¹²⁸ Sunay, s. 67.

¹²⁹ Ceylan, s. 334.

¹³⁰ Danıştay 5. Daire E.1985/1286, K.1987/967 aktaran: Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 216.

¹³¹ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 216.

¹³² İnceoğlu/ Arat/Duymaz, s. 477.

¹³³ Alman hukukunda benzer bir uygulama için bkz. Kamile Türkoğlu Üstün "Alman İdari Yargılama Usulünde İdari Makamların Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(3), 2014, s. 877-897.

5. Gizlilik Kararının İptal Davasına Etkisi

İYUK'un 20. maddesi kapsamına giren bilgi ve belgelerin verilmemesinin görülen yargılamaya etkisi aynı maddede düzenlenmiştir. İlgili fıkranın son cümlesine göre, “*verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez*”.

Düzenlemenin mülga 4. fıkrasında “*getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incelettirilemez*” hükmü yer almaktaydı. Hüküm, adil yargılanma hakkını zedelediği gerekçesiyle eleştirilmekteydi¹³⁴. 1994 yılında ise 4001 sayılı Kanun ile 4. fıkra yürürlükten kaldırılmış ve 3. fıkranın sonuna verilmeyen bilgi ve belgelere dayanarak savunma yapılamayacağı eklenmiştir. Kanun değişikliğinin gerekçesinde “... *Yargılama usulü hukukunun amacı, davaya dayanak yapılan tüm belge ve delillerin tarafların bilgisine sunulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkması ve bu suretle hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Taraf ve vekillerine incelettirilmeyen belge ve dosyaya dayanılarak karar verilmesi, davacılara gerçek anlamda iddiasını kanıtlama hakkı tanınmadığını gösterdiği gibi adalete de gölge düşürmektedir. Kaldı ki, uygulamada gizlilik taşımayan belge ve dosyalara gizlilik damgası vurularak bunların ilgililere incelettirilmesi engellenmektedir*” ifadelerine yer verilmiştir¹³⁵.

1994 değişikliği ile adil yargılanma hakkı bakımından hükme getirilen eleştirilerin kısmen telafi edildiği¹³⁶ ve verilmeyen bilgi, belgelere dayanılarak yapılan savunmaların mahkemece dikkate alınmayacağı hükmünün kamu yararı ile adil yargılanmadaki menfaati dengeleyici bir tedbir olduğu söylenebilir¹³⁷.

İYUK'un 20. maddesinde sayılan idari makamların mahkemece istenen bilgi ve belgeleri, gizli olduğu gerekçesiyle sunmadığı hallerde, idare bu belgelere dayanarak savunma yaparsa mahkeme bu savunmayı hiçbir şekilde değerlendiremez¹³⁸. Nitekim Danıştay da böyle bir durumda mahkemenin, verilmeyen bilgi ve belgelere dayalı olarak yapılmış savunma hariç dosyada yer alan diğer bilgi ve belgeleri esas alarak ulaşacağı kanaate göre karar

¹³⁴ Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Ahmet İyimaya “Gizli Belgeli Adalet(!) (Yahut Savunmasız Yargı)”, *TBB Dergisi*, (1), 1988, s. 100-113.

¹³⁵ Yasin, s. 25.

¹³⁶ Sunay, s. 23; Ceylan, s. 324.

¹³⁷ Asker, s. 306.

¹³⁸ Ceylan, s. 334; Yasin, s. 27.

vermesi gerektiğini açıkça belirtmektedir¹³⁹.

Danıştayın söz konusu kararı maddenin uygulanması bakımından önemli tespitler içermektedir. Karara konu olay; muhasebe şefi olan davacının başka bir ile naklen atanması işleminin iptali talebini içermektedir. İdare, işlemin Başbakanlık yazısına dayanarak tesis edildiğini, yazıda ise kalkınmada öncelikli bölgelerde uygulanacak politika esasları gereğince tespit edilmiş rapora göre bir kısım personelin il dışına atanması gerektiğinin belirtildiğini ve davacının ilgili personeller arasında yer aldığını savunmuştur. İlk derece mahkemesi, ara kararı ile düzenlenen raporun hangi ilkeleri getirdiği, raporlarda davacı yönünden ne gibi bilgilere yer verildiği ve bunun hangi somut belgelere dayandırıldığı konusunda idareden bilgi ve belge talebinde bulunmuştur. İdare ise istenen bilgi ve belgelerin İYUK'un 20. maddesi kapsamında verilmeyebilecek belgelerden olduğunu belirtmiştir. Bu gerekçeyle idare, yalnızca Başbakanlık yazısını ve naklen atanacak personel listesini göndermiş, ancak davacıya yönelik olarak atama sebebini gösteren somut hiçbir bilgi ve belge göndermemiştir. İlk derece mahkemesi, davacının ülke güvenliği açısından bölge illeri dışına atanması istenen personel arasında yer aldığı ve atanmanın nesnel sebeplere dayandığının diğer belgelerden anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Danıştay ise Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde bulunduğu belirtilen ve her bir kişiye ait somut nakil sebeplerini içeren asıl rapor gönderilmemiş olmasına rağmen ilk derece mahkemesinin, salt bu raporlara dayanarak oluşturulduğu ileri sürülen ve kişinin isminin bulunduğu listeyi esas almasını, idarenin savunmasında dayandığı ancak İYUK'un 20. maddesi uyarınca mahkemeye vermekten kaçındığı bilgi ve belgelerin hükme esas alınması anlamına geldiğini belirtmiştir. Danıştaya göre bu durumda artık davanın “gönderilmeyen bilgi ve belgelere dayalı savunma dışındaki diğer bilgi ve belgelerin esas alınarak karara bağlanması” gerekir. Dosyanın bu bakımdan incelenmesi üzerine, davacının naklen atanmasını gerekli kılan hizmete veya başarısızlığına ilişkin bir durumun ileri sürülmemesi karşısında işlem, hukuken geçerli bir sebebe dayanmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur.

Danıştayın da isabetli kararı dikkate alındığında idarenin gizli bilgi ve belgeyi vermemesi halinde mahkeme, idarenin bu belgelere dayanarak yap-

¹³⁹ Danıştay 5. Daire, E.1996/1345, K. 1996/2819 T. 25.09.1996 benzer yönde Danıştay 5. Daire, E.1994/7820 K. 1996/1370, T. 02.04.1996, legalbank.net, Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

mış olduğu savunmalar yokmuş gibi karar verecektir¹⁴⁰. İdari yargı merci gerekli incelemeleri de yapmasına rağmen davayı aydınlatacak başka bilgi ve belge tespit edememişse ve idare de işlemin hukuka uygunluğunu başka bir sebeple ortaya koyamaz ise idarenin gizli bilgi ve belgeye dayanarak yaptığı savunması dikkate alınamayacağından dava aleyhine sonuçlanacaktır.

İdari yargılama usulündeki bu düzenleme, silahların eşitliği ilkesi bakımından uygun olsa da maddi gerçeğin ortaya çıkarılmaması ve hükmün şekli gerçeklik üzerine kurulmasıyla sonuçlanabilir¹⁴¹. İdari yargının amacı da ceza muhakemesinde olduğu gibi maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır¹⁴². Benzer amaçlara hizmet eden ceza muhakemesinde ise idari yargıdan farklı olarak bilgi ve belgelerin devlet sırrı olduğu gerekçesiyle mahkemeye karşı gizli tutulması mümkün değildir (m.125)¹⁴³. Diğer bir ifade ile idarenin mahkemeye belge sunmaktan kaçınma hakkı yoktur.

Yargıtayın da kararlarında vurguladığı üzere, ceza muhakemesinde yargılamanın selameti ve iddiaların aydınlatılması adına mahkemeye karşı devlet sırrından söz edilememektedir¹⁴⁴. İdarenin devlet sırrı olarak nitelendirdiği bilgi ve belgeleri yalnızca mahkeme inceleyebilir. Mahkeme bu bilgilerden suçu açıklığa kavuşturabilecek olanları tutanağa kaydettirir (m.125). Böylece tutanağa kaydettirildiği ölçüde davanın tarafları bilgi ve belgeden haberdar olacaktır.

Ceza muhakemesinde tarafların inceleyemediği belgelere dayanarak hüküm kurulmasına imkan verilmiştir. Söz konusu düzenleme, tarafların hiç tartışmadıkları, karşı argümanlarını sunamadıkları bilgi ve belgelere göre karar verilmesi nedeniyle eleştirilmekte¹⁴⁵ adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülmektedir¹⁴⁶. Ancak dikkat çekmek gerekir ki idari yargıdan farklı

¹⁴⁰ Yasin, s. 27.

¹⁴¹ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 217.

¹⁴² Ceylan, s. 328.

¹⁴³ Maddenin 3. fıkrasına göre hükmün hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanacağı düzenlenerek bir sınırlama getirilmiştir.

¹⁴⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/638, K. 2016/4601, T. 28.06.2016; Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2023/22399, K. 2024/2320, T. 20.02.2024; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/2215, K. 2016/5083, T. 03.10.2016, Erişim Tarihi 16 Temmuz 2024.

¹⁴⁵ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, "Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, 68(1), 2010, s. 28.

¹⁴⁶ Burak Güngör, *Suç İsnadı Altında Bulunanlar Yönünden Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 99.

olarak gizli bilgi ve belgeye hem iddia hem savunma makamı erişememektedir. Bu halde ceza muhakemesinde, en azından, silahların eşitliği ilkesi bakımından bir ihlal olmadığı söylenebilir¹⁴⁷.

Ceza muhakemesi ve idari yargılamanın niteliği gereği ayrıştığı bazı noktalar düzenlemelerin farklılığını açıklamaktadır¹⁴⁸. Öncelikle ceza muhakemesinin sonucu, özgürlüğü bağlayıcı bir ceza olabildiğinden daha ağırdır. Ayrıca idari yargıda iptal davalarının konusu idari işlem olduğundan devlet sırrı niteliğinde bilgi ve belgeleri barındırma ihtimali daha yüksektir¹⁴⁹. Belirttiğimiz üzere ceza muhakemesinde devlet sırrı niteliğindeki bilgiler hem savunma hem iddia makamından saklanmaktadır. İdari yargıda ise devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeyi genellikle davanın tarafı olan idare haizdir. Bu nedenle ceza muhakemesinden farklı olarak, belgenin mahkemece değerlendirilmesi ancak davacıya tebliğ edilmemesi silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Söz konusu farklılıklar nedeniyle kanun koyucu maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve adil yargılanma hakkı arasında menfaatleri uzlaştırırken ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına; idari yargıda ise adil yargılanma hakkına öncelik vermiştir¹⁵⁰.

B. İdari Yargı Mercin Bilgi ve Belgeleri Gizlemesi

İdari yargılama usulünde, adil yargılanma hakkının temel bir hak olarak kabul edilmesiyle gizlilik ilkesi yerini aleniyete bırakmıştır¹⁵¹. Söz konusu etki kendini mahkemeye sunulan bilgi ve belgelere erişim konusunda da göstermiş ve İYUK'un 20. maddesinde yer alan idarece sunulan gizli bilgi ve belgelerin taraf ve vekillerine incelettilmeyeceği hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme yürürlükte iken dosyaya sunulan birtakım bilgi ve belgelere tarafların erişmesi mümkün değildi. İdari yargı merci hükmünü, davacının inceleyemediği gizli bilgi ve belgelere dayanarak verebilmekteydi¹⁵².

Mevcut hukuki düzenlemeler karşısında ise tespit edilmesi gereken ilk husus, idare tarafından mahkemeye sunulan bir bilgi ve belgenin gizli tutulmasına idari yargı mercin re'sen karar verip veremeyeceğidir. Belirtmek

¹⁴⁷ Güngör, s. 99.

¹⁴⁸ Ceylan, s. 336.

¹⁴⁹ Ceylan, s. 336.

¹⁵⁰ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 227. SUNAY, idari yargının amacının maddi gerçeğin açığa çıkarılması olduğuna göre bütün bilgi ve belgelerin mahkemece incelenerek karar verilmesi yönünde bir düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadır. Sunay, s. 68.

¹⁵¹ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 210.

¹⁵² Ceylan, s. 150.

gerekir ki, Kanun'da bu konuda yetki yalnızca idari makamlara verilmiştir. Bu nedenle idari yargı merci kendisine sunulan belgelerin devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere ilişkin olup olmadığını değerlendiremeyecektir¹⁵³. Diğer bir ifade ile yargı merci, bilgi ve belgenin gizli tutulup tutulmayacağına kendiliğinden karar vererek ilgili belgeyi dosyadan çıkaramaz¹⁵⁴. Uygulamada ise yargı mercilerinin mevzuatta yer almayan bir usulle bilgi ve belgenin dosyaya eklenmeksizin mahkemeye sunulmasını talep ettiği ve belgeyi inceleyip idareye iade ettiği görülmektedir¹⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda¹⁵⁶, yapılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda idare tarafından başvuru hakkında elde edilen bilgilerin olumsuz olduğu ve bunların devlet sırrı niteliğinde bulunduğu belirtilerek kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda başvuruçunun müfettişliğe atanması uygun bulunmamıştır. İlk derece mahkemesi, başvuruçunun atanmama sebebi olarak gösterilen güvenlik soruşturmasına ilişkin bilgi ve belgelerin devlet sırrı niteliğinde olduğu gerekçesiyle mahkemelere ve diğer birimlere verilmemesine ilişkin Bakanlık oluru alındığından, bilgi ve belgelerin dosyaya eklenmeksizin mahkeme heyetince incelenip iade edilmek üzere memur eliyle sunulmasını Bakanlıktan istemiştir. Ara karar üzerine mahkeme heyetine, başvuru hakkında yapılan güvenlik soruşturması sonucu, Bakanlık görevlisi tarafından sunulmuştur. Anayasa Mahkemesi bu şekilde Bakanlık tarafından dosyaya eklenmeksizin mahkemeye sunulan belgelerden başvuruçunun haberdar olmamasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

İdare, mahkemenin bilgi ve belge talebini içeren ara kararına istinaden, bilgi ve belgenin gizli tutulmasındaki kamu yararı ile bilginin açıklanmasındaki kamu yararı ve kişisel yararlar arasındaki dengeyi gözeterek yetkisini belgeyi sunma yönünde kullanmışsa İYUK'un 20. maddesinin 3. fıkrası kapsamında bir belge bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda idare, mahkemeden vermiş olduğu bilgi ve belgenin gizli tutulmasını talep edemeyeceği gibi¹⁵⁷ mahkeme de kendiliğinden bilgi ve belgeyi dosyadan çıkararak gizli tutamaz.

¹⁵³ Yasin, s. 30.

¹⁵⁴ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 217.

¹⁵⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 425.

¹⁵⁶ AYM, Rıdvan Batur, B. No: 2018/17680, T. 03.12.2020; benzer yönde AYM, Sema Calgav ve Oya Yamak, B. No: 2015/13950, T. 24/5/2018.

¹⁵⁷ Yasin, s. 29.

Uygulamada karşılaşılan esas sorun, idarenin İYUK'un 20. maddesi kapsamına girmeyen bilgi ve belgeyi mahkemeye "gizli" ibaresiyle sunmasıdır¹⁵⁸. Danıştayın verdiği yakın tarihli bir karara¹⁵⁹ konu olayda davacı, Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığı emrinde uzman olarak görev yapmakta iken kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. İdare Mahkemesi, ara kararıyla davalı idareden davacının FETÖ/PDY terör örgütü ile irtibatlı yahut iltisaklı olduğuna dair nasıl bir değerlendirme yapıldığını sorarak davacı hakkında değerlendirmeye esas alınan tüm bilgi ve belgelerin gönderilmesinin istemiştir. Ara karar üzerine davalı idare, işleme dayanak alınan bilgi ve belgeleri "çok gizli belge" niteliği taşıdığını belirtilerek dosyaya sunmuştur. İlk derece mahkemesi, davacıya tebliği sağlanmaksızın "çok gizli belgeyi" hükme esas alarak karar vermiştir. Danıştay öncelikle burada idarenin İYUK'un 20/3. maddesinde belirtilen şekilde bir karar almaksızın gizli ibaresiyle belgeyi mahkemeye sunduğuna dikkat çekmiştir. Danıştay, bu halde davalı idarece dosyaya sunulan ve dava konusu işlemin sebep unsurunu oluşturan bilgi ve belgelerin, davacıya tebliği ve davacının bilgi ve belgeler ile ilgili cevap hakkını kullanabilmesi, beyanlarını dosyaya sunabilmesi olanağı sağlandıktan sonra karar verilmesi gerekirken, söz konusu bilgi ve belgelerin davacı tarafa tebliği sağlanmaksızın hüküm kurulmasını İYUK'un 20/3. fıkrasında yer alan düzenlemeye ve adil yargılanma hakkın aykırı bulmuştur¹⁶⁰.

Bu halde; ister İYUK'un 20. maddesi kapsamında devletin güvenliğine veya yüksek menfaatine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere ilişkin olsun ister idarece iç işleyişte gizli olarak adlandırılmış bilgi ve belgelerden olsun mahkemeye sunulması halinde bilgi ve belgenin taraflardan gizli tutulması mümkün görünmemektedir.

22.07.2020 tarihli 7251 sayılı Kanun'la¹⁶¹ İYUK'un 31. maddesinde düzenlenen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atfı yapılan haller arasına "dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi" ibaresi eklenmiştir. HMK'nın

¹⁵⁸ İzmir BİM 2. İdari Dava Dairesi, E. 2020/1129, K. 2020/1249, T. 1.10.2020, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 10 Nisan 2024.

¹⁵⁹ Danıştay 5. Daire, E. 2018/4914, K. 2022/653, T. 23.02.2022, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 10.04.2024.

¹⁶⁰ Benzer yönde Danıştay İDDK, E. 2005/3292, K. 2008/1633, T. 12.6.2008; Danıştay 16. Daire, E. 2015/10952 K. 2015/1795, T. 16.4.2015; Danıştay 7. Daire, E. 2017/417, K. 2021/4250, T. 21.10.2021; Danıştay İDDK., E. 2017/1635 K. 2019/4014 T. 2.10.2019, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 12 Nisan 2024.

¹⁶¹ R.G. 31199- 28/07/2020.

aynı başlıklı 161. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenebilmesi hâkimin açık iznine bağlıdır*”. Bu hüküm doğrultusunda idari yargı mercin dosyaya sunulan bilgi veya belgeleri gizli tutmasının mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, HMK’ya atıf yapılan hallerde söz konusu hükümler idari yargının niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Nitekim medeni yargının tarafları ve ilkeleri ile idari yargının tarafları ve ilkeleri farklılık arz etmektedir.

Mevcut haliyle HMK’ya yapılan atıf idari yargılama usulünde uygulanabilir nitelikte görünmemektedir¹⁶². İdari yargıda bilgi ve belgenin taraflara incelettirilmemesi, genellikle, sadece davacının erişiminin engellenmesi ile sonuçlanır. Bu nedenle idari yargı mercine bu yönde bir yetki verilmesi ancak gerekli güvenceleri öngören yasal bir düzenleme ile mümkündür. İlk olarak, HMK’nın 161. maddesinde hangi gerekçelerle mahkemenin gizlilik kararı alabileceğine ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Ayrıca, tarafın bilgi ve belgeyi inceleyememesi nedeniyle oluşan dezavantajlarını giderecek; belgenin tarafça bilinmesinin sakıncalı olduğu kısımların karartılması, belgenin gönderilmemesi ancak mahkeme kaleminde inceleme fırsatı sunulması gibi dengeleyici tedbirler içermemektedir. Mahkemenin gizlilik kararına karşı herhangi bir itiraz yolu da düzenlenmemiştir.

İdarenin gizlilik gerekçesiyle İYUK’un 20. maddesi şartlarını sağlayarak bilgi ve belge sunmadığı hallerde dahi idarenin bu belgelere dayanarak savunma yapamayacağı güvencesi karşısında, idarenin bilgi ve belge sunduğu hallerde hakimın herhangi bir güvence olmadan belgeleri incelettirmemesi düşünülemez¹⁶³. Bu noktada Danıştayın Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler İle Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik’in 70. maddesinde yer alan düzenlemenin iptaline ilişkin kararı yol gösterici olabilir¹⁶⁴. Danıştay bu kararıyla Yönetmelik’in “*Taraflar dava dosyasını zabıt kâtibinin gözetimi altında inceleyebilir. Dava ile ilgili olanlar da bunu ispatlamak kaydıyla başkan ya da görevlendirdiği üye veya yazı işleri müdürünün izniyle dosyayı inceleyebilirler. Gizli veya kişisel verileri içeren ya da ticarî sır niteliğindeki belge ve tutanakların incelenmesi başkanın veyahut bu konuda görevlendirdiği üyenin açık iznine bağlıdır*” hükümlerini iptal etmiştir. Danıştay;

¹⁶² Asker, s. 320.

¹⁶³ Asker, s. 320.

¹⁶⁴ Asker, s. 319.

“...dava konusu yönetmelikte ve yönetmeliğin dayanağını oluşturması gereken herhangi bir yasal düzenlemede; hangi nitelikteki bilgi ve belgelerin taraf ve vekillerine incelettirilemeyeceği, başkan veya görevlendirilen üyenin hangi kriterlere göre bu nitelikteki bilgi ve belgelerin incelenmesine karar verebileceği ve incelememe kararı verildiği takdirde bu karara itiraz halinde hangi prosedürün uygulanacağı, incelttirilmeyecek nitelikteki bilgi ve belgelerin taraf ve vekillerine açık olan diğer evrakten tefrik edilemez nitelikte ise ne şekilde hareket edileceği, konu ile ilgili söz konusu bilgi ve belgeyi ibraz eden veya inceleme talep eden tarafların yükümlülüklerinin ne olması gerektiği gibi hususlarda açıklık bulunmadığı ...düzenlemenin yasal bir dayanağı olmadığı” nı belirtmiştir.¹⁶⁵

Mahkemeye sunulan her türlü bilgi ve belgenin mevcut haliyle taraflara sunulması mutlak bir kural değildir. Ancak daha üstün menfaatlerin korunması için alınacak bu tür tedbirler, Danıştay kararında da belirtilen güvenceleri haiz yasal bir düzenleme gerektirmektedir. Bu kapsamda HMK’ya yapılan atıf, gerekli güvenceleri sağlamaktan uzak olup mevcut hukuki düzenlemeler karşısında idari yargı merciin bilgi ve belgeyi taraflara tebliğ etmemesi ve incelettirilmemesi adil yargılanma hakkıyla bağdaşmayacaktır.

VI. ÖZEL MENFAATLERİN KORUNMASI GEREKÇESİYLE BİLGİ VE BELGENİN GİZLENMESİ

Taraflarca bizzat ibraz edilen veya mahkemenin re’sen araştırma yetkisi kapsamında elde ettiği belgeler, tarafların veya üçüncü kişilerin özel hayatı ile mesleki ve ticari sırlarına ilişkin bilgiler içerebilmektedir.¹⁶⁶ Özellikle idarenin sunmuş olduğu belgelerin üçüncü kişilerin özel nitelikli bilgilerini içerme ihtimali bulunmaktadır.

İYUK’ta idarenin yalnızca, devletin güvenliği ve yüksek menfaati ile uluslararası ilişkileri korumak amacıyla bilgi ve belge vermekten kaçınabileceği düzenlenmiştir. İdarenin kişisel nitelikli veriler, mesleki veya ticari sır gibi gerekçelerle bilgi ve belge vermekten kaçınmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle idare, idari yargı mercince talep edilmesi halinde özel nitelikli bilgiler içerse de belgeleri mahkemeye ibraz etmelidir. Nitekim 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 28. maddesine göre “*Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama*

¹⁶⁵ Danıştay 10. Daire, E. 2015/5331, K. 2019/2829, T. 11.04.2019. Aktaran: Asker, s. 319.

¹⁶⁶ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 227.

veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi halinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz". Dolayısıyla özel nitelikli kişisel verilerin dava dosyasına işlenmesi mümkündür¹⁶⁷. Bu halde dosyaya ibraz edilen özel nitelikli bilgi ve belgelerin korunması ödevi, yargı mercine düşmektedir. Bununla birlikte İYUK'ta idari yargı mercin özel nitelikteki verileri nasıl koruyacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hukuk muhakemesinde özel sırların korunması için tarafların dava dosyasını inceleme yetkisinin sınırlandırılması, belgelerin kısmen karartılması gibi önlemler alınabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁸. Bu hallerde HMK'nın 161. maddesi uygulanarak davaya bakan hakim, üçüncü kişilere ait sırları korumak amacıyla gizlilik kararı alabilir¹⁶⁹. HMK'nın 161. maddesi uyarınca gizlilik kararı verilen belgelerin taraflara verilmesi veya taraflarca incelenmesi hakimın iznine tabi olacaktır¹⁷⁰. Buna karşın öğretide bu yöntemin adil yargılanma hakkını ihlal etme riski nedeniyle oldukça sınırlı uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁷¹. Öğretideki bir başka görüş ise mevcut haliyle düzenlemenin tarafların dosya inceleme hakkına sınırlandırma getirilmesini mümkün kılmadığını belirtmektedir¹⁷².

Daha önce de belirttiğimiz üzere idari yargılama usulünde HMK'ya atıf yapılan haller arasında dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi de yer almaktadır. Gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenmesini hakimın iznine tabi kılan HMK'nın 161. maddesinin gerekli güvenceleri içermemesi nedeniyle idari yargılama usulünde uygulanabilir olmadığını belirtmiştir. Bu halde idari yargılama usulünde dava dosyasına giren özel nitelikli bilgilerin korunması konusunda yasal bir boşluk bulunmaktadır. Danıştay uygulamasına bakıldığında mahkemenin, 2020 yılından sonraki kararlarında dahi HMK'nın 161. maddesine atıf yapmadığı ve özel menfaatlerin korunması konusunda farklı yöntemlere başvurduğu

¹⁶⁷ Türkoğlu Üstün, *İdari Yargılama Usulü*, s. 227.

¹⁶⁸ Güray Erdönmez, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 400.

¹⁶⁹ Pınar Çiftçi, "Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medeni Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 2018, s. 176; Erdönmez, s. 511.

¹⁷⁰ Evren Kılıçoğlu "Medeni Usul Hukuku Yönünden Kişisel Verilerin Korunması", *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku- Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi I*, İstanbul, Türkiye, 2019, s. 153; Erdönmez, s. 233.

¹⁷¹ Çiftçi, s. 177; Erdönmez, s. 512.

¹⁷² Hilal Üçüncü, *Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 306.

görülmektedir¹⁷³.

Danıştay 7. Dairesinin 2021 yılında verdiği kararına konu olayda¹⁷⁴ davacı, davalı Ekonomi Bakanlığının delil listesinde yer alan soruşturma raporunun gizli nüshasının kendilerine tebliğ edilmemesi nedeniyle savunma haklarının kısıtlandığı ileri sürmektedir. Danıştay;

“soruşturma kapsamındaki bilgi, bulgu ve tespitleri içeren ve bu bilgilerin özünün makul ölçüde anlaşılmasına olanak sağlayacak ayrıntıları da ihtiva eden ‘Bilgilendirme Raporu’nun erişime açık olduğu ve Raporun Gizli Nüshasında şikayet başvurusunda bulunan firmalar yönünden ticari sır mahiyetinde olan bilgilerin olması nedeniyle bu kısmın erişime açılmamasında gerek tarafı olduğumuz Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması EK’ini oluşturan ‘GATT’ın VI. Maddesinin Yürütülmesine Dair Anlaşma (Anti-Damping Anlaşması)’nın 6. maddesine ve gerekse de İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesine aykırılık bulunmadığı gibi rakiplerce bilinmemesi önem arz eden ticari sır mahiyetindeki bilgilerin davadan kaynaklanan bağlantılar sebebiyle öğrenilip yayılması muhtemel olacağı gerekçesiyle” söz konusu iddiaya itibar etmemiştir.

Danıştay bu kararında, davalı idarece dosyaya sunulmuş olan belgenin özel menfaatlerin korunması gerekçesiyle yargı merci tarafından gizli tutulabileceğini kabul etmiştir.

Ancak Danıştayca, özel menfaatlerin korunmasına hizmet eden gizliliğin sınırlı olduğunu vurgulanmaktadır¹⁷⁵. Özel menfaatlerin korunması gerekçesiyle dosyaya sunulan belgenin tamamının gizli olarak nitelendirilmesini kabul etmemektedir. Bu tür nitelendirmelerin belgenin

¹⁷³ Ahmet Asya, *İdari İşlem Olarak Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024, s. 255.

¹⁷⁴ Danıştay 7. Daire, E.2018/1855, K.2021/4251, T. 21.10.2021. Benzer yönde; Danıştay 7. Daire, E. 2017/417, K. 2021/4250, T. 21.10.2021, lexpera.com.tr, Erişim Tarihi 18 Nisan 2024.

¹⁷⁵ *“Ticari işletmeleri korumak, haksız rekabeti önlemek ve serbest piyasa ekonomisinin tam işlemlerini sağlamak için bilgi edinme hakkına bazı sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Ancak belirtilen amaçla konulan gizlilik kuralı; ticari işletmelerin sahip oldukları gayri maddi haklar ile ekonomik ve mali durumlarını ve pazarlama tekniklerini kapsayan ticari sır niteliğindeki bilgilerin gizli tutulması ile sınırlıdır”*. Danıştay 13. Daire, E: 2022/257, 27.06.2022 tarihli ara kararı aktaran; Asya, s. 256. Benzer yönde Danıştay 13. Daire, E: 2012/1000 sayılı ara kararı aktaran; Burçin Özdil Taşolar *İdari Yargı Uygulamaları ve Adil Yargılanma Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 133.

davacıya tebliğini engelleyerek adil yargılanma hakkının ihlaline yol açacağı belirtilmektedir¹⁷⁶. Danıştay çözüm olarak; sunulan belgenin sır ve gizliliğine ilişkin hukuki dayanaklarıyla gerekçeli biçimde ortaya konulan kısımlarının ayıklanarak davacıya tebliğ edilebilecek bir biçimde sunulmasını ara karar ile idareden talep etmektedir¹⁷⁷.

Danıştay aynı yorumu, davacının sunmuş olduğu bilgi ve belgelerin özel kişilere ait veriler içermesi halinde de yapmaktadır. Örneğin, davacının sunmuş olduğu ve davanın tarafı olmayanlara ilişkin kişisel veriler içeren diski davalı idarenin talep etmesi üzerine, diskin ilgili veriler ayıklanarak davalıya tebliğ edilebilecek bir hale getirilmesini talep etmiştir¹⁷⁸.

Danıştayın uygulaması, ayıklama yoluyla davacıya verilen belgelerin savunma yapılabilecek ayrıntıları içerdiği hallerde, adil yargılanma hakkını ihlal etmiyor gibi görünebilir. Ancak dosyaya sunulan belgelerin özel menfaatlerin korunması amacıyla ayıklanarak verilmesi diğer tarafa bir itiraz hakkının tanınmasını gerektirmektedir. Söz konusu itiraz üzerine idari yargı merci, esas belge ile ayıklanarak sunulan belgeyi karşılaştırarak gizliliğin haklı olup olmadığını değerlendirmelidir. Böylece belgedeki bilgilerin ayıklanması ile diğer tarafın bilgi ve belgelere ulaşma hakkına yapılan müdahaleyi dengeleyici bir tedbir alınmış olacaktır¹⁷⁹.

Dava dosyası içinde yer alan ancak davanın esasıyla doğrudan ilgisi bulunmayan özel nitelikli bilgilerin ayıklanarak sunulması, yargı mercince denetimi de yapılabildiği sürece, diğer tarafı dezavantajlı bir konuma düşürmeyeceğinden adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecektir. Buna karşın ayıklanarak gizlenen bilgi ve belgelerin davanın esasına etki edecek nitelikte olması da muhtemeldir. Bu tür durumlarda idari yargı merci, özel menfaatlerin korunması gerekçesiyle ayıklanarak gizlenen bilgi ve belgeleri esas alarak karar vermemelidir.

¹⁷⁶ Danıştay 15. Daire, E. 2017/273 sayılı ara kararı aktaran; Asker, s. 318. Danıştay 13. Daire, E:2012/1000 sayılı ara kararı aktaran; Özdil Taşolar, s. 133.

¹⁷⁷ Danıştay 13. Daire E. 2022/257, 27.06.2022 ve E.2015/3353, 11.11.2016 tarihli ara kararları aktaran; Asya, s.256. Danıştay 15. Daire E. 2017/273 sayılı ara kararı aktaran; Asker, s. 318. Danıştay 13. Daire E: 2012/1000 sayılı ara kararı aktaran; Özdil Taşolar, s. 133.

¹⁷⁸ Danıştay 13. Daire, E: 2012/3510 sayılı ara kararı aktaran; Özdil Taşolar, s.133.

¹⁷⁹ Nitekim AİHM de belgelerin karartılarak sunulduğu benzer bir başvuruda, yerel mahkemenin belgelerin gizli tutulmasının gerekliliğini denetleyebildiği, karartılmayan kısımlara bakarak yeniden değerlendirme yapıldığı ve bu doğrultuda bazı bilgilerin yargılamaya dahil edildiği ya da karartmaların azaltıldığını dikkate alarak belgenin karartılarak davacıya sunulmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmemiştir. M v. the Netherlands, No: 2156/10, ECHR, 25.10.2017§570.

SONUÇ

İdari yargılama usulünde dava malzemesi kamusal veya özel menfaatlere ilişkin hassas nitelikli bilgi ve belgeler içerebilmektedir. Yargılama sürecinde gizli bilgi ve belgelerin korunmasına yönelik düzenlemeler, tarafların dava malzemesine erişimini engellediği ölçüde adil yargılanma hakkına müdahale etmektedir. Bu yönüyle konunun kanuni bir güvenceye kavuşturulması önem arz etmektedir. Türk idari yargısında ise bu konudaki kanuni düzenlemelerin yetersizliği ve idare ve yargı mercileri tarafından yanlış yorumlandığı göze çarpmaktadır.

İYUK'ta yer alan tek düzenleme, idareye ulusal menfaatlere ilişkin bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaktan kaçınma yetkisi vermektedir. Öncelikle idare, bu hükme dayanarak ulusal menfaatlere ilişkin bütün bilgi ve belgeleri vermekten kaçınmamalıdır. Esas olan bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulması olduğundan hükmün dar yorumlanması gerekmektedir. Bu halde idarenin bilgi ve belgenin sunulmasının gerçekten ulusal menfaatlere zarar verip vermeyeceğini değerlendirmesi gerekmektedir. İdare, değerlendirme sonunda yetkisini belgeyi sunma veya sunmama yönünde kullanabilir. Bunun yanında idarenin belgeyi, devlet sırrı niteliğindeki bilgileri karartarak/ ayrıştırarak sunabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Belgenin hiç sunulmaması hem adil yargılanma hakkını hem de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını tehlikeye düşürdüğünden idareye bu yönde bir yetki de tanınabilir.

Mevcut düzenlemedeki en büyük eksiklik, idarenin bilgi ve belgeyi vermeme kararının denetlenememesidir. Düzenleme gereği gizli tutulan bilgi ve belge mahkemeye hiç sunulmayacağından gizlilik kararının esasına ilişkin bir denetim de yapılamamaktadır. İYUK'un 20. maddesi kapsamındaki idari makamlarca belgenin verilmemesi yönünde karar alındığında, davacının bu karara karşı itiraz edebilmesi güvence altına alınmalıdır. Söz konusu itirazın aynı yargı mercince incelenmesinden ziyade bir üst yargı mercince incelenmesi daha hak koruyucu görünmektedir. Nitekim itirazın incelenmesi için idarenin sunmadığı bilgi ve belgeyi mahkemeye vermesi gerekir. Mahkeme, belgeyi inceledikten sonra idarenin kararını yerinde bulabilir. Bu halde belgeyi idareye iade etmesi gerekecektir. Gizli bilgi ve belgenin uyuşmazlığa bakan mahkemece incelenerek iade edilmesi adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalar doğurabilir. Uyuşmazlığa bakmayan yargı mercince gizlilik kararının denetlenmesi, belgenin iade edileceği hallerde, uyuşmazlığa bakan yargı mercin kanaatini etkilememesini güvence altına almış olur. Denetim

sonucu, gizlilik kararı hukuka uygun bulunmazsa bilgi ve belge İYUK'un 20. maddesi kapsamında kabul edilemeyecek ve karar idareye bildirilerek bilgi ve belge dava malzemesi olarak yargılamada kullanılacaktır.

Uygulamada idare ve yargı merci, bir belgenin iç işleyişte gizli nitelikli belgeler arasında bulunmasını yanlış yorumlayabilmektedir. Belgenin idarenin iç işleyişinde gizli olarak nitelendirilmesi yargılama bakımından da belgeyi gizli hale getirmez. Bu bakımdan somut uyumsuzluk için İYUK'un 20. maddesinde sayılan idari makamlarca alınmış bir karar olmadıkça idare, bilgi ve belgeyi gizli olduğu gerekçesiyle yargı mercine sunmaktan kaçınmaz. Aksi halde, idarenin yargı kararının uygulanmamasından sorumluluğu gündeme gelir. İdarenin İYUK'un 20. maddesi kapsamında olmayan bir bilgi ve belgeyi, gizlilik gerekçesiyle sunmamakta ısrar etmesi halinde yargı mercin belgeye erişimini sağlayacak bir imkan bulunmamaktadır. Bu halde evleviyetle verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak yapılan savunma dikkate alınamayacaktır. Ayrıca idare tarafından gizli olarak nitelendirilmesi gerekçe gösterilerek mahkemenin kendisine sunulan bir bilgi ve belgeyi davacıya tebliğ etmemesi de mümkün değildir. İdari yargı mercine bu yönde yetki veren bir düzenleme bulunmadığı gibi söz konusu uygulamaların adil yargılanma hakkını ihlal ettiği açıktır.

İdari yargılama usulünde bilgi ve belgelerin gizlenmesi ile ilgili bir diğer eksiklik; ticari sır, mesleki sır, özel hayata ilişkin veriler gibi kişilerin özel menfaatlerine ilişkin bilgi ve belgelerin yargılama sırasında korunması ile ilgili bir düzenleme bulunmamasıdır. Bu konuyla ilişkilendirilebilecek tek düzenleme İYUK'un 31. maddesi ile HMK'nın 161. maddesine yapılan atıftır. Ancak söz konusu atfa dayanılarak idari yargı hakiminin dosyadaki bilgi ve belgeyi tebliğ etmemesi ve incelettirmemesi mümkün değildir. Bu konuda İYUK'ta açık bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Danıştayın da isabetli uygulaması gözetilerek, idarenin elinde bulunan ve korunması gereken hassas bilgiler içeren bir belgenin yargılamaya sunulması gerekiyorsa idare, belgenin hem aslını hem de hassas bilgilerin karartıldığı/ayrıştırıldığı halini yargı mercine sunmalıdır. Davacıya belgenin idare tarafından karartılan/ayrıştırılan hali tebliğ edilmelidir. Davacıya belgenin bu haliyle savunmasını yapmasını engellediğini iddia edebileceği bir itiraz imkanı tanınmalıdır. Böylece davacı, yargı mercin denetimi dahilinde bilgi ve belgelere savunmasını yapabileceği ölçüde erişmiş, kişilerin hassas bilgileri korunmuş ve yargı merci idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimini yapabileceği dava malzemesini de haiz olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıncı M, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, 2008.
- Akıncı M, “İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(2), 2010, s. 33-51.
- Akyılmaz B/ Sezginer M/ Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, 2022.
- Asker S, *İdari Yargıda Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri*, Yetkin Yayınları, 2023.
- Asya A, *İdari İşlem Olarak Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024.
- Atay E E, *İdari Yargılama Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Boz S S/ Çakıcı B/ Ardıç S/Yekebaş D, *Türk İdari Yargılama Hukukunda İspat ve Deliller*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Ceylan M, *İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku*,14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Çalışkan Z A, “İptal Davalarında İspat Yükü”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13(1), 2023, s. 159-189.
- Çiftçi P, “Özel Hayatın Korunması Menfaati Kapsamında Medenî Yargılamada Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 2018, s. 159-189.
- Eken M, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, *Amme İdaresi Dergisi*, 27 (2), 1994, s. 174-195.
- Erdönmez G, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti*, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Evren C Ç, “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 2008, s. 701-724.
- Güçlü Y, *Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Seçkin Yayıncılık, 2010.

- Güngör B, *Suç İsnadı Altında Bulunanlar Yönünden Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Hafizoğulları Z/ Özen M, “Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, 68(1), 2010, s. 25-57.
- Hilal Üçüncü, *Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı* (Anayasa Mahkemesine Bireysel başvuru El Kitapları Serisi-4), Avrupa Konseyi, 2018.
- İnceoğlu S/Arat N/Duymaz E, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Emsal Kararlar*, Avrupa Konseyi, Tam Pozitif Matbaacılık, 2022.
- İyimaya A, “Gizli Belgeli Adalet(!) (Yahut Savunmasız Yargı)”, *TBB Dergisi*, (1), 1988, s. 100-113.
- Karahanogulları O, *İdari Yargı- İdarenin Hukukla Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, 2019.
- Kaya C, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı REC (2002) 2”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 58, 2005.
- Kaya C, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kılıçoğlu E, “Medeni Usul Hukuku Yönünden Kişisel Verilerin Korunması”, *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku- Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi I*, İstanbul, Türkiye, 2019, s.147-162.
- Kopuz M, “Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Çelişmeli Yargılanma Hakkı”, *İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 9(19), 2022, s.13-32.
- Sarıaslan O, “Bireysel Başvuru Süreciyle Değişen Yargısal Paradigma ve Adil Yargılanma Hakkı Ekseninde İdari Yargıda Re’sen Araştırma İlkesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 12, 2018, s. 283-306.
- Şenlen Sunay S, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1997.

- Şevki D, “Devlet Sırrı Kavramı ve İdari Yargı Denetimine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 62(6), 2011, s. 66-71.
- Türkoğlu Üstün K, “Alman İdari Yargılama Usulünde İdari Makamların Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(3) 2014, s. 877-897.
- Türkoğlu Üstün K, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler*, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Özdil Taşolar B, *İdari Yargı Uygulamaları ve Adil Yargılanma Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Ulusoy D A, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Yasin M, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Yıldırım A / Kılıç A, “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 9(2), 2021, s. 341- 411.
- Yılmaz H, “İdari Yargıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarında Silahların Eşitliği İlkesi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 19, 2020, s. 27-46.
- Yılmaz Özel N, *Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri*, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 29 Ocak / January 2025 Sayı / No. 1

**İMAR PLANLARINDAN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARDA
DAVA AÇMA SÜRESİ**

THE TIME LIMITS OF LITIGATION IN LEGAL DISPUTES ARISING
FROM ZONING PLANS

Semin YAVUZ GARGIN*  

ÖZET

Anayasa ile korunan hak arama hürriyeti, dava açma hakkını ve adil yargılanma hakkını içinde barındırır. Bu hakların kullanımı sınırsız değildir. Dava açma hakkını kısıtlayan hukuki müesseselerden biri dava açma süresidir. Dava açma süresi, idari yargılama usulündeki tartışmalı konulardandır. İmar planlarına ilişkin dava açma süresi hesaplanırken 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun yanı sıra 3194 sayılı İmar Kanunu'ndaki hükümler de dikkate alınmaktadır. Danıştay yerleşik içtihatlarında düzenleyici işlem niteliğinde olduğu kabul gören imar planlarına karşı açılacak davalarda dava açma süresinin başlangıcının belirlenmesi süreci, özel ilan ve itiraz süreci öngörülen durumlarında kritik öneme sahiptir. Çalışmada, son yıllardaki mevzuat değişiklikleri ışığında imar planlarından doğan uyuşmazlıklarda ilgililerin haklarının korunması için açılacak iptal davalarında dava açma süresine ilişkin ilkeler değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Dava açma süresi, İmar planları, Düzenleyici işlem, Hak arama hürriyeti, İptal davası.

ABSTRACT

The freedom to seek legal remedies protected by the Constitution includes the right

* **Danıştay Tetkik Hakimi, Doktora Öğrencisi,** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-Posta:** semin.91@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-6968-096X, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1587732.

- **Atf Şekli / Cite As:** Yavuz Gargin S, "İmar Planlarından Doğan Hukuki Uyuşmazlıklarda Dava Açma Süresi", *HBV-HFD*, 29(1), 2025, s.413-458.
- **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.*

to file a lawsuit and the right to a fair trial. The exercise of these rights is not without limitation. One such restriction is the statutory period for filing a lawsuit. The time limit for filing a lawsuit is one of the controversial issues in administrative litigation procedures. When calculating the time limit for filing a lawsuit concerning zoning plans, both the provisions of the Administrative Litigation Procedure Law No. 2577 and the Zoning Law No. 3194 must be considered. The process of determining the starting point of the time limit for filing a lawsuit in cases to be filed against zoning plans, which are classified as regulatory transactions in the established precedents of the Council of State, is of critical importance in cases where a special announcement and objection process is prescribed. This study evaluates the principles governing the time limits for filing a lawsuit in annulment cases aimed at protecting the rights of the concerned parties in disputes arising from zoning plans in light of the recent legislative changes.

Keywords: *Zoning plans, Time limit of litigation, Regulatory proceedings, Right to legal remedies, Action of annulment.*

EXTENDED ABSTRACT

The freedom to seek justice, as regulated in Article 36 of the Constitution, may be restricted within the framework of the provisions in Article 13 of the Constitution, which states: “Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and in conformity with the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution without infringing upon their essence. These restrictions shall not be contrary to the letter and spirit of the Constitution and the requirements of the democratic order of the society and the secular republic and the principle of proportionality.” One leg of the trial to which the relevant parties can apply under the freedom to seek legal remedies is the administrative courts. The purpose of administrative courts is to monitor the legality of the administrative actions. For this purpose, those affected by the action taken by the administration have the right to apply to the competent administrative courts and file a lawsuit requesting the annulment of the administrative action.

The right to file a lawsuit, which is a manifestation of the freedom to resort to legal remedies, may also be limited by the legislator in accordance with Article 142 of the Constitution, which states: “The establishment, duties and powers, functioning and trial procedures of the courts shall be regulated by law.” The Administrative Procedure Law No. 2577 imposes certain restrictions on the exercise of the right to file a lawsuit. One of these restrictions is the establishment of specific time limits for filing a lawsuit.

The period for filing a lawsuit has been much debated in administrative litigation law. The focal point of these discussions is the failure of ensuring the effectiveness of the freedom to resort to legal remedies and upholding the rule of law when determining and implementing the principles related to the filing period. Proper assessment of the time limits for filing a lawsuit is important both in terms of preventing the loss of

rights of affected parties and in terms of monitoring the compliance of the functioning of the administration with the principles of the rule of law, failure by the relevant parties to bring an administrative transaction to court within the prescribed time does not imply that the transaction is lawful. However, missing the deadline for filing a lawsuit precludes the unlawfulness of the transaction from being challenged before an administrative court.

The evaluation of the periods for filing a lawsuit concerning administrative transactions under zoning legislation differs from the regulations applicable regulatory and individual transactions. There are specific regulations regarding the time limits in the zoning legislation. Zoning plans classified as regulatory transactions by the Council of State are among the most frequently litigated issues in zoning law.

In areas such as zoning law, which includes many regulations differing from the legislation, the intervention of the administration in the rights of individuals can increase the likelihood of the relevant parties making mistakes in the legal process on issues they know little about and to losing their rights under special regulations. Whether there is a right of objection during the announcement of zoning plans, according to which law the plan was prepared, which administrative path can be applied against the plan and within which period is important. According to Article 40 of the Constitution, any failure to specify these issues should be interpreted in favor of the affected party.

There are different precedents within the scope of the current legislation due to the fact that objections to zoning plans are incompatible with the general provisions of administrative justice. The interpretation of the special regulations introduced under the Zoning Law, both in doctrine and court decisions, results to the affected parties being unable to exercise their rights arising from administrative justice transactions in an unlawful manner.

GİRİŞ

Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti düzenlenmiştir: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Hak arama hürriyeti kapsamında ilgililerin başvurulabilecekleri yargılamanın bir ayağını da idari yargı oluşturmaktadır. İdari yargılamada amaç, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesini sağlamaktır. Bu amaçla idarenin tesis ettiği işlemde etkilenenlerin yetkili idari yargı yerine başvurarak idari işlemin iptali istemiyle dava açma hakkı bulunmaktadır.

Anayasa'da yer alan hak arama hürriyetinin sınırlanması Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen hallerde olabilir. Anayasa'nın 13. maddesinde,

“*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 yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca hak arama hürriyeti ancak kanunla sınırlandırılabilir¹.

Hak arama özgürlüğünün bir tezahürü olan dava açma hakkı da kanun koyucu tarafından sınırlandırılabilir. Keza, Anayasanın 142. maddesinde, “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*” hükmüne yer verilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda dava açma hakkının kullanımına yönelik bazı sınırlamalar getirmektedir. Bu sınırlamanın bir şekli de dava açma süresi öngörülmesidir.

Dava açma süresi, en çok tartışılan idari yargı konularından olmuştur. Dava açma süresine ilişkin kısıtlama ve düzenlemelerin idari yargının bulunduğu tüm ülkelerde öngörüldüğü bilinmektedir. Dava açma hakkının süre ile sınırlandırılmasının, başka bir ifadeyle dava açma sürelerinin varlığının, tek başına hak arama hürriyetini kısıtlamadığı kabul edilmektedir. Bu konudaki tartışmaların odağında, dava açma süresinin öngörülmesinden ziyade dava açma süresine ilişkin ilkelerin belirlenmesi ve uygulanması sırasında hak arama özgürlüğü ile hukuk devleti ilkesinin etkinliğinin sağlanamaması bulunmaktadır². Dava açma süresinin doğru değerlendirilmesi hem ilgililerin hak kayıplarının önlenmesi hem de idarenin işleyişinin hukuk devleti ilkelerine uygunluğunun denetlenmesi bakımından önem taşımaktadır. İlgililerin süresinde idari işlemleri yargı önüne getirmemeleri işlemin hukuka uygunluğu anlamına gelmeyecektir. Lakin dava açma süresinin kaçırılması idari yargı önünde işlemin hukuka aykırılığının öne sürülebilmesinin önüne geçmektedir.

¹ Anayasa Mahkemesi’nin 26.2.2014 tarihli, E:2012/87, K.2014/41 sayılı kararında, “Dava açma süresini belirleyen kurallar da yargılama usulüne ilişkindir. Bununla birlikte kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken Anayasa’da belirtilen ilkelere uygun davranması gerekir. Bunlardan biri de adil yargılanma hakkı kapsamında korunan “*mahkemeye erişim*” hakkıdır. Dava açma sürelerine ilişkin kurallar, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran kurallardır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, kanun koyucu, dava açma süresine ilişkin düzenleme yaparken Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır.” dava açma süresinin mahkemeye erişim hakkına bir müdahale olduğu ve bu sınırlamanın ölçülülük ilkesiyle de bağlı olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

² Mithat Sancar, İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davaları, *Amme İdaresi Dergisi*, 23(1), 1990, s. 71.

İmar mevzuatında yer alan idari işlemler yönünden dava açma sürelerinin değerlendirilmesi ise düzenleyici ve bireysel işlemler bakımından yapılan düzenlemelerden ayrılmaktadır. İmar mevzuatında süreye ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. İmar mevzuatı içinde en çok dava konusu olduğu görülen imar planları bu alanda bir yapı taşı niteliği taşımaktadır. Zira imar planları düzenleyici işlemlerin özelliklerine sahip olduğu gibi bireysel işlemlerin bazı özelliklerini de taşımaktadır. Danıştay içtihatlarında, imar planlarının düzenleyici işlem olarak kabul edildiği görülmektedir³. İmar planları, hukuki niteliği ve uygulaması gereği diğer düzenleyici ve bireysel işlemlerden farklıdır⁴.

İdari yargılama hukukunda dava açma sürelerinin özel hukukta belirlenen dava açma sürelerine göre daha kısa olması sebebiyle, süre aşımı sebebiyle daha fazla hak kaybı yaşandığı bilinmektedir. İmar mevzuatında itiraz ve dava açma sürelerine ilişkin bazı özel düzenlemeler bulunduğundan dava açma sürelerinin geçirilmesi nedeniyle bu hak kayıpları daha da fazla karşımıza çıkmaktadır. Danıştay tarafından imar planlarına karşı açılacak davalarda uygulanacak dava açma süreleri davacının özel hükümleri bilmemesi veya uygulamadan kaynaklanan hatalar nedeniyle davacı lehine yorumlanmakla birlikte bu içtihatların zamanla değişikliğe uğradığı görülmektedir. Bu çalışmada imar planlarına karşı açılacak davalarda dava açma süresinin açıklığa kavuşturulması, son kanun değişiklikleri de gözetilerek 3194 sayılı İmar Kanunu ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun birlikte yorumlanması suretiyle Danıştay güncel içtihatları ışığında süreye ilişkin düzenlemeler incelenecektir.

³ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 18.01.1994 tarihli, E:1993/1302, K:1994/97 sayılı kararında, arazilerin genel kullanım biçimlerini, genel bölge tiplerini, bölgelerin nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, yerleşme alanlarının gelişme ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerin çözümü hususlarını gösteren nazım imar planları ile bu planların esaslarına göre çizilen, farklı bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yollarını, imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntılı olarak gösteren uygulama imar planlarının yönetmeliklerden önce uygulanacak genel düzenleyici işlemler oldukları vurgulanmıştır.; Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Cilt 1*, s. 190 vd.; Elif Orta, *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması*, Legal Yayıncılık, 2006, s. 21; M. Ayhan Tekinsoy, "İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 2008, s. 50.

⁴ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, 2004, s.429; Tekinsoy, s. 48.

I. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA AÇMA SÜRESİ

A. İdari Yargıda Dava Açma Süreleri

Dava açma süresi, bir hakkın yargı yerleri önünde ileri sürülebilmesinin zaman yönünden sınırlandırılması anlamını taşır⁵. İdari yargılamada da dava açma süresi, idarenin her türlü işlem ve eyleminin idari yargı mercii önüne getirilebileceği belirli ve sınırlı süreyi belirtmek için kullanılmıştır⁶.

Doktrindeki görüşler özel hukuktaki dava açma sürelerinin idare hukukundaki sürelere nazaran uzun olduğu ancak idari yargıda sürelerin katı bir şekilde uygulanmasının idare hukukunun bir gereği olduğu çünkü kamu hukuku işlemlerinin uzun zaman dava açma tehdidi altında kalmasının kamu hizmetlerinin sürekliliğine ve sağlıklı uygulanmasına engel teşkil edebileceği yönündedir⁷. Öte yandan hukuka aykırı bir işlemin varlığını sürdürmesinin veya doğan zararın tazmin edilmemesinin de bir o kadar sakıncalı olduğunu belirtmek gerekir. Zira, idari işlem dava açma süresinin geçmesiyle hukuka uygun hale gelmeyecektir⁸.

Danıştay içtihatlarında genel kabul gören görüşe göre⁹, idari işlemin

⁵ Gürsel Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Turhan Kitabevi, 2011, s. 18.

⁶ Lütfi Duran, "İdari Kazada Dava Açma Müddeti", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11(1-2), 1945, s. 240.

⁷ Duran, s. 239.; Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, 2016, s. 402.; Kaplan, s. 29 vd.; Yahya K. Zabunoğlu, "İdari Yargıda Dava Açma Süreleri", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, *Danıştay Yayınları*, 1990, s. 188,190.

⁸ Duran, s. 239.

⁹ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 15.03.2022 tarihli, E:2021/2, K:2022/1 sayılı kararında süregelen içtihadın altını çizerek şekilde; "Gerek Anayasa'da gerekse kanunlarda ilgililere, kendilerine yazılı olarak bildirilen idari işlemlere karşı istedikleri zaman dava açabilecekleri gibi bir serbestlik tanınmamıştır. Dolayısıyla kendisine yazılı olarak bildirilen bir idari işlemin iptali istemiyle dava açmayı düşünen bir kişinin, mutlaka bir dava açma süresinin olduğunu, kendisine istediği zaman dava açabileceği yönünde bir hakkın tanınmadığını öngörmesi, dava açmak istiyorsa bir an önce hazırlıklarını yapması ve süresi içinde davasını açması gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, idari işlemlerin belirli bir süre sınırlanması olmaksızın, süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava konusu edilebilme olasılığının bulunmasının, kamu hizmetlerinin işleyişini aksatacağı ve idarede bulunması gereken istikrarı bozacağı kuşkusuzdur. Dolayısıyla hukuki güvenlik ve idari istikrarın sağlanabilmesi amacıyla dava açma sürelerinin, idarenin işlem ve eylemlerinin özelliklerine göre belli bir süre ile sınırlandırılacağı, ayrıca süresiz/sınırsız dava açma tehdidinden ötürü, idareye güven doğrultusunda alınan izinlere ve ruhsatlara dayanılarak yüksek maliyetlere katlanılmak suretiyle gerçekleştirilen yatırımlar nedeniyle maddi ve manevi zararların ortaya çıkabileceği, bu zararların tazmin edilmesi için adli ve idari davalar açılarak bozulan hukuk düzeninin yeniden oluşturulması yoluna gidileceği, bunun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı,

hukuka aykırılığının ileri sürülebileceği sürenin belirli olması gerektiği, idari işlem ve eylemin her zaman idari davaya konu edilebilmesinin idarenin kamu hizmetini aksatmasına sebep olacağı, idarenin sürekliliğini ve istikrarını zedeleyeceği belirtilmektedir¹⁰. İdarenin sürekli dava tehdidi altında bulunmasının kamu yararını olumsuz etkileyeceği¹¹, kamu yararı karşısında hak arama hürriyetinin sınırlanmasının hukuk devleti ilkesiyle çelişmediği kabul edilmektedir.

1. Genel Dava Açma Süreleri

İdari yargıda genel dava açma süresi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmiştir. 2577 sayılı Kanun'un "Dava açma süresi" başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında, "*Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.*" hükmü yer almaktadır¹².

Bu hüküm doğrultusunda genel dava açma süresinin uygulanabilmesi için dava konusu işleme yönelik özel kanununda ayrı bir süre öngörülmemelidir. Özel sürelerin gösterilmediği hallerde ilgililerin Danıştay ve idare mahkemelerine altmış, vergi mahkemelerine otuz gün içinde¹³ dava açmaları

idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkelerinin ihlal edileceği açıktır." dava açma süresinin önemi ve gerekliliği vurgulanmıştır.

¹⁰ Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2020, s. 300-301.; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü*, s. 289; Kaplan, dava açma süresinin belirlenmesine ilişkin nedenleri, teorik ve pratik olarak sınıflandırmış, teorik nedenleri hukuki ilişkilerde belirlilik ve kararlılık ile yargıya başvuru hakkının koşulları yönünden eşitlik sağlanması ve pratik nedenleri uyumsuzluğun davacıya faydalı olabilecek zaman zarfında çözümlenmesi ile yargı yerinin daha iyi çalışabilmesi olarak sıralamıştır; s.30-47.

¹¹ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III*, İsmail Akgün Matbaacılık, 1966, s.1960.

¹² 521 sayılı Danıştay Kanunu ile doksan gün olan dava açma süresinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile altmış gün olarak belirlendiği, kısalan dava açma süresinin, yargı mercilerince dar yorumlanmasıyla hak arama özgürlüğü ile hukuki güvenlik arasındaki dengenin bozulduğu görülmektedir. Bkz. Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Yayınevi, 2022, s.267.

¹³ Malatya Vergi Mahkemesince dava açma süresinin vergi mahkemelerinde daha kısa düzenlenmesinin Anayasa'nın 2, 5, 10, 36 ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesine somut norm denetimine başvurulmuş, Anayasa Mahkemesinin 04.02.2010 tarihli, E:2006/23, K:2010/27 sayılı kararıyla, 2949 sayılı Kanun'un 29. maddesine göre itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmesi suretiyle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idari yargının temel özellikleri gözetilerek bazı usul kurallarının getirildiği, bu kuralların idarenin sürekli dava tehdidi altında kalmaması, uyumsuzlukların kısa sürede sonuçlandırılması, idarenin etkinliğinin ve sürekliliğinin sağlanması gibi amaçlara dayandığı, kanun koyucunun Danıştay, idare ve

gerekmektedir¹⁴.

2. Özel Dava Açma Süreleri¹⁵

2577 sayılı Kanunda İvedi yargılama usulüne ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir; buna göre, anılan Kanununun 20/A. maddesinde belirlenen konularda¹⁶ dava açma süresinin otuz gün¹⁷, 20/B. maddesinde belirlenen konularda¹⁸ on gün olarak belirlenmiştir. Bu süreler, genel dava açma süresi olarak kabul edilmemektedir¹⁹.

vergi mahkemelerinin görevine giren konuların özellik ve niteliklerindeki farklılıkları ve kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi için vergilendirme işlemlerindeki kamu yararını gözettiği sonucuna varıldığından itirazın reddine karar verilmiştir.

¹⁴ Danıştay Onikinci Dairesi'nin 18.02.2013 tarihli, E:2011/3449, K:2013/641 sayılı kararı; Danıştay Ondördüncü Dairesi'nin 21.01.2012 tarihli, E:20111/292, K:2012/10 sayılı kararı; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 17.10.2008 tarihli, E:2005/1558, K:2008/1803 sayılı kararı.

¹⁵ Bazı özel kanunlardaki dava açma süreleri; 6183 sayılı Kanun'un 15, 20. ve 58. maddeleri gereği on beş gün, 2942 sayılı Kanun'un 14. maddesi gereği otuz gün, 2872 sayılı Kanun'un 25.maddesi gereği otuz gün, 5510 sayılı Kanun'un 102.maddesi gereği otuz gün, 2559 sayılı Kanun'un 6.maddesi gereği yedi gün, 6306 sayılı Kanun'un 6.maddesi gereği otuz gün, 5302 sayılı Kanun'un 27.maddesi gereği on gün, 5393 sayılı Kanun'un 23.maddesi gereği on gün, 2575 sayılı Kanun'un 75 ve 85. maddeleri gereği on beş gün olarak belirlenmiştir.; Bkz. Turgut Candan, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınevi, 2009, s. 323, 324.; Gözübüyük, s. 406.; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü*, s. 291, 292.; Kaplan, s. 87-99.

¹⁶ İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 20/A. maddesinde; "a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri. b) Acele kamulaştırma işlemleri. c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları. d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri. e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar. f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Cumhurbaşkanlığı kararları." belirlenmiştir.

¹⁷ Bu hükümle 2577 sayılı Kanun'daki genel sürelerin kısaltılmasının anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi, 19.03.2015 tarihli, E:2014/146, K:2015/31 sayılı kararıyla, dava konusu maddenin gerekçesi de incelendiğinde dava konusu kurullarla, dava açma, temyiz yoluna başvurma ve temyize cevap verme sürelerinin kısaltılmasının hak arama özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı ancak bu müdahalenin, ivedi yargılama usulüne tabi olan uyuşmazlıkların bir an evvel yargı mercileri önüne getirilerek karara bağlanmasına yönelik meşru bir amaca dayandığı, ivedi yargılama usulüne tabi davalarda yargılama sürecinin hızlandırılması amacı da dikkate alındığında ölçüsüz bir sınırlama getirmediği sonucuna ulaşıldığından itirazın reddine karar vermiştir.

¹⁸ İYUK'nun 20/B. maddesinde "Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezî ve ortak sınavlar; bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalar" olarak belirlenmiştir.

¹⁹ Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü*, s. 289.

B. İptal Davalarında Dava Açma Süresinin Başlangıcı

Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında, "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*", 3. fıkrasında "*İdarî işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.*" hükmüyle idarenin işlem ve eylemlerine karşı dava açma hakkı düzenlenmiş olup²⁰ idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemede idari işlemin niteliğine göre bir ayrıma gidilmemiştir. Anayasa'nın 74. maddesinde, "*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*" hükmü ile vatandaş veya yabancıların yetkili makamlara başvurmaları halinde başvurunun sonucunun yazılı olarak bildirileceği düzenlenmiştir.

2577 sayılı Kanun'da ise işlemlerin hukuki niteliğine göre dava açma süresinin işlemeye başlayacağı zaman bakımından ayırım yapıldığı görülmektedir. 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrası ve devamında, "*Bu süreler; a) İdari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirim yapıldığı, b) Vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda: Tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın; tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğ; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin; tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idarenin dava açması gereken konularda ise ilgili merci veya komisyon kararının idareye geldiği; tarihi izleyen günden başlar. Adresleri belli olmayanlara özel kanunlarındaki hükümlere göre ilan yoluyla bildirim yapılan hallerde, özel kanununda aksine bir hüküm bulunmadıkça süre, son ilan tarihini izleyen günden itibaren on beş gün sonra işlemeye başlar. İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz.*" hükmüne yer verilerek işlemin niteliğine göre dava açma süresinin başlayacağı zaman gösterilmiştir. Bu doğrultuda,

²⁰ Hükmün devamında yargı yolunun kapalı olduğu idari işlemlerin sayıldığı görülmektedir: "*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.*"

sürelerin tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı 2577 sayılı Kanun'un 8. maddesinde yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 40. maddesine 2001 tarihinde yapılan değişiklik ile eklenen 2. fıkrasında, “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” denilmektedir. Bu hüküm yalnızca idareye yönelik bir düzenleme içermemektedir. Devletin tüm organlarınca uyulması gerekli bir hüküm olduğu maddenin lafzından anlaşılmaktadır. Nitekim, yargı mercilerince olağan kanun yolunun ve bu yola başvuru süresinin kararda gösterilmesi suretiyle anılan hükmün uygulandığı görülmektedir²¹.

Gözler, anılan hükmün bireysel işlemler yönünden, her idari işlemin yükümlülük getirmediği, bu gerekçeyle kanun yoluna ilişkin her işlem için ilgililere merci ve süre belirlemesi yapılmasının gerekli olmadığı, düzenleyici işlemler yönünden ise bu hükmün düzenleyici işlemin muhteviyatına uygun olmadığından uygulanamayacağı, işlemin içeriğinde kanun yolunun gösterilmesinin doğru olmadığı, bu hükmün ancak hak, hürriyet veya menfaatleri ihlal edilen ilgililere yazılı olarak bildirilen işlemlerde uygulanabileceği görüşündedir²². Bu durumda, kişiler bakımından sonucunu öngöremediğimiz işlemler bakımından başvuru yolu süresini ve merciini göstermek idarenin takdirine bırakılmış olacaktır²³. Ancak kanun koyucu Anayasa'da böyle bir ayırım yapmadan tüm işlemlere karşı başvuru yolu ve süresini gösterme ödevini yüklemiştir. Akbulut'un da ifade ettiği gibi Anayasa'nın 40/2. maddesine aykırı olarak, işlem tesis edilirken başvuru yolu ve süresinin gösterilmemiş olması işlemin şekil unsurunu sakatlamakla birlikte bu işlemin esasını etkileyecek bir sakatlık olmayıp tali şekil noksanlığı olarak da ifade edilebilecek niteliktedir. Ancak başvuru süresi ve yolunun gösterilmemesi ilgilinin mağduriyetine sebebiyet vermemelidir²⁴. Danıştay, idari işleme karşı dava açma süresinin ve merciinin işlemde gösterilmemesini işlemi sakatlayan nitelikte görmemekte ancak dava açma süresinde ve sürenin başlangıcının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir²⁵.

²¹ Emre Akbulut, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (81), 2009, s. 6.

²² Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Yayinevi, 2019, s. 947-948.

²³ Akbulut, s. 7.

²⁴ Akbulut, s. 10.

²⁵ Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 29.06.2017 tarihli, E:2017/1147, K:2017/2151 sayılı kararıyla, Anayasa'nın 40. maddesi gereği işlemde başvurusu yolu ve süresinin belirtilmemesi halinde ilgiliye yapılan tebligatın dava açma süresini başlatmayacağı gerekçesiyle bu

Danıştay Dava Dairelerinin dava açma süresi gösterilmeyen idari işlemlerin ilgililere yazılı olarak bildirilmesi üzerine açılan davalarda, dava açma süresinin başlatılması ve hesaplanması bakımından üç farklı görüş doğrultusunda içtihat geliştirdiği görülmektedir: Birinci görüş, dava konusu işlemde gösterilmemesine rağmen özel dava açma sürelerinin esas alınması gerektiği, ikinci görüş, dava konusu işlemde özel dava açma süresi gösterilmemesi halinde ilgiliye bildirilmediğinden genel dava açma süresinin esas alınması gerektiği, üçüncü ve son görüş ise, özel dava açma süresi bildirilmeyen işleme karşı açılacak davalarda genel ve özel dava açma süresi işletilmeyerek²⁶ açılan davaların süresinde açılmış sayılması ve davanın esası hakkında inceleme yapılması gerektiği yönündedir. Bu içtihat farklılıklarının giderilmesi için Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunca alınan kararda, ilk görüş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 36533/04 başvuru numaralı Mesutoğlu v. Türkiye kararında belirtildiği üzere, mahkemeye erişim hakkının abartılı şekilcilikten uzak ve makul bir orantı ile kısıtlanabileceğinin ve Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı görülen, hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasında denge bulunması gerektiğinin altı çizilerek mahkemeye erişim hakkını zorlaştırdığı gerekçesiyle; üçüncü görüş ise, Anayasa'nın 40/2.maddesinde öngörülen prosedürü idarenin eksik yerine getirmesi halinde, sonuçların ilgililer üzerine bırakılmasının da dava açma süresinin kişilerin takdirine bırakılmasının da adil olmayacağı gerekçesiyle benimsenmemiştir. İçtihatlar, Kurul'un 15.03.2022 tarihli, E:2021/2, K:2022/1 sayılı kararıyla kamu düzeninden olan dava açma süresinin işletilirken genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği, böylece ilgililerin mağduriyetinin mahkemeye erişim haklarının özü zarar görmeden giderilebileceği yönünde birleştirilmiştir.

1. Düzenleyici İdari İşlemler Bakımından Dava Açma Süresinin Başlangıcı

İdarenin anayasa, kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine uygun soyut ve genel düzenleme yapma yetkisi Anayasa'yla düzenlenmiştir. Düzenleyici işlem, anayasa ve kanunlara uygun olarak onların çizdiği sınır içerisinde idarenin genel ve soyut nitelikte belli bir konuyu düzenlemeye yönelik tesis ettiği, uygulanmakla tükenmeyen işlemlerdir. Anayasa'nın 115. maddesinde tüzükler²⁷, 124. maddesinde ise yönetmelikler hüküm altına

davalarda süre aşımı yönünden ret kararı verilmemesi gerektiğine hükmedilmiştir.

²⁶ Günday, bu görüşe katılmakta olup diğer görüşleri eleştirmektedir.; Bkz. Günday, s. 286 vd.

²⁷ Anayasanın 115.maddesinde; "*Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya*

alınmıştır. Anayasa’da dzenlenen işlemler dışında idarenin genel ve soyut işlem yapması mümkün olup bu işlemlere doktrinde “adsız dzenleyici işlemler” de denilmektedir²⁸. Dzenleyici işlemler birçok ilgiliye ilişkin dzenleme içermektedir. Bu demek değildir ki dzenleyici işlem yapıldığı anda ilgililer için hüküm doğuracaktır. Bazı hallerde yürürlüğe girdiği anda hüküm doğururken bazı hallerde zaman ve taşıdığı şartlar yönünden ilgililer bakımından hüküm ve sonuç doğurmamış olabilir ki bu durumda ilgililerin hepsine yazılı olarak bildirim yapılması mümkün olmamaktadır. Kural olarak dzenleyici işlemler yayımlandıkları tarihte yürürlüğe girerler. 3011 sayılı Resmî Gazete’de Yayınlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanununun 1. maddesinde; “*Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin; a) Işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri dzenleyen, b) Kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan, c) Kamuyu ilgilendiren, Yönetmelikler Resmî Gazete’de yayımlanır. Ancak, milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler yayımlanmaz.*” hükmü gereği kural olarak milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler hariç tüm yönetmeliklerin ilanı Resmî Gazete’de yapılır. İlanın işlemin niteliğine ve kanunlarda yapılan dzenlemelere göre, gazetede, internette, belediye veya valiliklerde ilan panosunda yapılması da mümkündür.

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7. maddesinin son fıkrasında, ilanı gereken dzenleyici işlemlere karşı açılacak davalarda, dava açma suresinin ilanın yapıldığı tarihi izleyen günden başlayacağı belirtilmiřtir²⁹. Dzenleyici işlemlere karşı 2577 sayılı Kanun’un 11. maddesi kapsamında idari başvuru yapılmasına engel hukuki bir dzenlemenin bulunmadığı hallerde, dava konusu edilebilecek tüm idari işlemlere karşı dava açma suresi içinde değiştirilmesi,

emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler karabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.” hükmü ile tüzüklerin yayımlanarak yürürlüğe gireceği dzenlenmişti. Bu hüküm 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanununun 16. maddesiyle yrrlkten kaldırılmıştır. Geçici 21.maddesinde, “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnamele; tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından karılan yönetmelikler ile diğer dzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadığı geçerliliğini sürdürür.*” hükmü yer almaktadır.

²⁸ Erkut, s. 86.; Gözler, s. 1409.; zay, *Gnişliğinde Yönetim*, s. 428.; zay, *Yargısal Korunma*, s. 156.

²⁹ Bu durumun istisnası sayılabilecek olan bazı işlemler mevcuttur: İmar planlarına ilişkin askıda belli süreli ilanlar öngörülmüş olup bu ilanlarda dava suresi ilanın yapıldığı günden başlamamakta ilanın son gününden itibaren başlatılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı inceleme ilerleyen kısımlarda yapılacaktır.

geri alınması, kaldırılması için başvurulabileceği kabul edilmektedir³⁰.

Uygulama işlemlerinin üzerine düzenleyici işleme karşı da dava açılabilmesine ilişkin düzenleme 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer almaktadır. Düzenleyici işleme dayalı olarak tesis edilen uygulama işlemi üzerine ilgilinin,

- uygulama işlemine karşı
- uygulama işlemiyle birlikte uygulama işleminin dayanağını oluşturan düzenleyici işleme karşı³¹
- doğrudan uygulama işleminin dayanağı düzenleyici işleme karşı dava açması mümkündür.

Bu dava tiplerinin her biri için esas alınacak dava açma süresi uygulama işleminin bildiriminden başlayacaktır. Bu hüküm gereği, uygulama işlemine karşı açılacak davada, uygulama işleminin dayanağı düzenleyici işlem dava konusu edilmemiş, dolayısıyla hukuka aykırılığı tespit edilerek mahkeme tarafından düzenleyici işlem iptal edilmemişse de hukuka aykırı düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen uygulama işleminin iptali mümkündür. Diğer bir ifadeyle hukuka aykırı düzenleyici işlemin ayakta olması bu işlem gereği yapılan uygulama işleminin iptal edilmesine engel teşkil etmez. Bu hüküm, idari işlemin gereksiz tesis edilmesi halinde idare hukuku mevzuatının

³⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 19.01.2001 tarihli, E:1999/689, K:2001/50 sayılı kararı; Danıştay Beşinci Dairesi'nin 22.09.2003 tarihli, E:2003/3144, K:2003/3551 sayılı kararı.

³¹ Düzenleyici işlemin uygulama işleminin süresine tabi olabilmesi için düzenleyici işlemin uyuşmazlıkta uygulanmış olması ve uygulama işleminin idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem olması gerekmektedir. Bkz. Kaplan, s. 353, 354; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, 11.07.1997 tarihli, E:1997/103, K:1997/427 sayılı kararı; Danıştay Yedinci Dairesi'nin 02.12.2002 tarihli, E:2000/3035, K:2002/3888 sayılı kararı; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 16.03.2006 tarihli, E:2006/106, K:2006/127 sayılı kararı. Uygulama işleminin mutlaka idari işlem olmasına gerek olmadığı, adli yargının görev alanına giren hukuki işlemler üzerine de dayanağı düzenleyici işlemlere karşı dava açılabilmesi yolundaki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 14.10.2010 tarihli, E:2008/2039, K:2010/1400 sayılı kararı ve 26.12.2013 tarihli, E:2011/943, K:2013/4759 sayılı kararı; Uygulama işleminin idari davaya konu edilebilecek bir işlem olması zorunluluğu bulunmadığı, ilgililerin hukuki durumu etkilemesinin yeterli olduğu yolundaki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 18.01.2016 tarihli, E:2013/410, K:2016/22 sayılı kararı. İdari işlem niteliğindeki uygulama işleminin bireysel veya düzenleyici işlem olmasının mümkün olduğu yolundaki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.12.2005 tarihli, E:2005/2477, K:2005/2822 sayılı kararında, alt ölçekli planların üst ölçekli planların uygulaması niteliğinde olduğu, alt ölçekli imar planına karşı açılan davada dayanağı üst ölçekli plana karşı da dava açılabilmesi belirtilmiştir.

dağınık olması nedeniyle ilgililerin haklarında tesis edilen işlemin dayanağını ve gerekçesini bilmeleri beklenemeyeceğinden, taleple bağlılık ilkesi ile davayı genişletme ve değiştirme yasağının idari yargıdaki uygulaması göz önünde bulundurulduğunda, hukuka aykırı düzenleyici işleme dayanılarak ve bu işleme uygun olarak tesis edilen uygulama işleminin iptal edilmesine olanak tanıyarak ilgililerin hak kaybının önüne geçmek adına büyük önem taşımaktadır.

Düzenleyici işlemin ilanının gerekmediği hallerde düzenleyici işleme karşı açılacak davalarda ilgilinin öğrenme tarihi esas alınır³². İlanı gerektiği halde ilan edilmemesi halinde de süreye bağlı kalınmaksızın öğrenme üzerine dava açılabileceği kabul edilmektedir³³.

2. Bireysel İdari İşlemler Bakımından Dava Açma Süresinin Başlangıcı

Dava açma süresi, Anayasa'nın 125. maddesi ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca yazılı bildirimle başlar³⁴. Danıştay yerleşik içtihatlarına göre, dava açma süresini başlatan yazılı bildirim tam, açık ve tevsik edilebilir şekilde olmalıdır³⁵.

Yazılı bildirim yetkili makam tarafından, kural olarak³⁶ 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda belirtilen usullere uygun yapılması gerekmektedir. 7201 sayılı Kanun'a göre yapılmayan adi posta yoluyla tebligat da geçerli kabul edilmektedir. Ancak bu durumda haber alma kâğıdı, 7201 sayılı Kanun'a uygun yapılan tebliğ alındısının hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. 7201 sayılı

³² Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 03.06.2014 tarihli, E:2014/352, K:2014/4600 sayılı kararı.

³³ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 29.05.2018 tarihli, E:2016/4370, K:2018/5264 sayılı kararı.

³⁴ Danıştay Onuncu Dairesi'nin E:1999/1800 K:2000/79 sayılı kararında, dava konusu subjektif işlemin davacıya tebliğ edilmediği, kamuoyunu bilgilendirmeye yönelik haftalık yayımlanan bülten dergisinde bu işlemin ilan tarihinin tebliğ tarihi kabul edilerek dava açma süresinin başlangıcı olarak esas alınmayacağına hükmedilmiştir.

³⁵ Nuri Alan, "İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları", *Danıştay Dergisi*, (50-51), 1983, s. 34.; Gözübüyük, s. 408,409.; Kaplan, s. 190-199. Danıştay Onuncu Dairesi'nin 28.09.2010 tarihli, E:2010/7934, K:2010/6948 sayılı kararında, davacıya dava konusu işlemin tebliğ edildiğine ilişkin bilgi ve belge bulunmadığı, şifahi olarak öğrendiği işlemin gerekçesini sormak için yaptığı başvurunun reddedilmesine ilişkin işlemin tebliği üzerine açtığı davada süre aşımı bulunmadığına hükmedilmiştir.; Danıştay Altıncı Dairesi'nin E:1994/2996, K:1994/3721 sayılı kararıyla, parselasyon işleminin bizzat muhatabına tebliği gereken subjektif ve kişisel işlemlerden olduğundan parselasyon işlemi sonucunda verilen yeni parsellerin tapularının düzenlenme tarihinin işlemin öğrenme tarihi olarak kabul edilmesi suretiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesinde isabet bulunmadığı belirtilmiştir.

³⁶ Özel kanunlarda farklı tebligat biçim ve usulleri öngörülebilir.

Kanun hükmüne aykırı yapılması halinde veya adi posta yoluyla tebligatın yapıldığı ve tarafların öğrenme tarihi konusunda iddialarının çelişkili olduğu hallerde idarenin tebliğ tarihini ispat etmesi³⁷ aksi halde ilgilinin öğrenme tarihinin esas alınması gerekir³⁸. İdari işlemin tebliğ edilmeden öğrenilmesi halinde tebliğden önce işlemde etkilenen ilgilinin dava açmasının önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Aynı işlemin birden fazla ilgiliye tebliğ edilmesinin dava açma süresini tekrar başlatmayacağı noktasında doktrin ve içtihatlarda görüş birliği mevcuttur³⁹. Birden fazla ilgilinin bulunduğu hallerde, her ilgiliye tebligat yapılması gerekmekte olup birine yapılan tebligat tüm ilgililer açısından dava açma süresini başlatmayacaktır. Bir işlemin ilgisine hem tebliğ edildiği hem de ilan edildiği hallerde mevzuat hükümleri gereği tebliğ işleminin esas alınması gerekir⁴⁰.

Yazılı bildirim yapılması genel kural olup, ilgilinin adresinin belli olmaması ve bu nedenle kendisine tebligat yapılamaması halinde 2577 sayılı Kanun'un 7/3. maddesine göre, ilan yoluyla bildirim yapılacağı, aksine bir hüküm bulunmadıkça, bu ilan tarihini izleyen günden itibaren on beş gün sonra dava açma süresinin başlayacağı düzenlenmiştir⁴¹.

³⁷ Candan, s. 343. Danıştay Altıncı Dairesi'nin 17.04.2024 tarihli, E:2024/1237, K:2024/2547 sayılı kararında, dava konusu işlemin davacıya tebliğ edildiği tarih olarak mahkemece esas alınan tarihin adi posta gönderi listesinin tarihi olduğu, posta evrakının üzerinde tebliğ tarihinin bulunmadığı, bireysel işleme karşı açılacak davada dava açma süresinin davacıya tebliğ tarihinden başlaması gerektiği, öte yandan dava konusu işlem özel dava açma süresine tabi olduğu halde dava konusu işlemde Anayasa 40/2.maddesi uyarınca bu husus belirtilmesi gerekirken belirtilmediğinden genel dava açma süresi olan altmış gün içinde açılan davanın süresinde olduğuna ve işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken süre aşımı nedeniyle davanın reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir. Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 01.07.2024 tarihli, E:2021/5250, K:2024/2963 sayılı kararında, idare tarafından davacıya bildirim yapıldığına dair herhangi bir adi posta bildirim listesi veya tebligat alındısının dosyaya sunulmadığı, internet sitesinde davacıya ilişkin ilan yapıldığına dair bilgi ve belge sunulmadığı bu durumda dava konusu işlemin tesis edilme sürecinde benimsenen yöntemin hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkeleriyle uyumlu olmadığına vurgu yapılmıştır.

³⁸ Gözübüyük, s. 409.

³⁹ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 09.04.2019 tarihli, E:2019/2836, K:2019/2401 sayılı kararı.

⁴⁰ Kaplan, s. 179,180.

⁴¹ Adresi bulunamayan ilgililere ilan tebliğ şartı, Vergi Usul Kanunu, Tebligat Kanunu, Kamulaştırma Kanunu gibi çeşitli kanunlarda da öngörülmüştür. Bkz. Kaplan, s.178-179. Danıştay Dördüncü Dairesi'nin 03.04.2018 tarihli, E:2015/7953, K:2018/3295 sayılı kararı ile Danıştay Altıncı Dairesi'nin 18.12.2006 tarihli, E:2005/221, K:2006/6264 sayılı kararı ile ilan tebliğ yoluna ancak yazılı bildirim adresin bulunamaması sebebiyle doğrudan yapılamaması halinde başvurulabileceğine karar verilmiştir.

3. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. Maddesi Uyarınca Yapılan Başvuru Üzerine Dava Açma Süresinin Başlangıcı

Anayasa'nın 74. maddesinde, vatandaşların ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri için yetkili makamlara başvuru hakkının bulunduğu belirtilmiştir. 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde⁴², ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilecekleri düzenlenmiştir. Kanunda bu başvurunun yapılabileceği bir süre şartı öngörülmediğinden, başvuru her zaman yapılabilecektir.

Bu başvurunun koşulları⁴³;

-Başvurunun yetkili makama yapılması⁴⁴,

-Daha önce tesis edilmiş bir işlem yokken başvuru yapılması,

-Başvurunun kanundaki şekil ve usule uygun olması,

-İdari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylem için başvuru yapılması olarak kabul edilmektedir.

İdarenin, Anayasa'nın 74. maddesi gereği kendisine yapılan başvuruyu değerlendirmesi gerekmektedir. Aynı hüküm gereği, ilgili makamlarca, başvurularının sonucu gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilmelidir. İdare cevap verme yükümlülüğünü otuz gün içinde yerine getirmesse bu sürenin sonunda zımni ret işleminin gerçekleştiği kabul edilir⁴⁵. Kanun hükmü gereği zımni ret işlemi idarenin açık ret işlemi ile aynı

⁴² 08.07.2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanununun 1. maddesiyle 2577 sayılı Kanununun 10.maddesinin, 2. fıkrasında, birinci ve üçüncü cümlelerinde yer alan "altmış" ibareleri "otuz" şeklinde, ikinci cümlesinde yer alan "altmış" ibaresi "otuz" şeklinde, beşinci cümlesinde yer alan "altı" ibaresi "dört" şeklinde ve altıncı cümlesinde yer alan "altmış günlük" ibaresi "otuz günlük" şeklinde değiştirilmiştir. Aynı Kanun ile eklenen Geçici 10.maddede, "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce 10 uncu, 11 inci ve 13 üncü maddeler uyarınca idareye yapılmış başvurular bakımından, belirtilen maddelerde bu Kanunla yapılan değişikliklerden önceki süreler uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

⁴³ Gözübüyük, s. 412.; Kaplan, s. 236-248.; Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019, s. 714.

⁴⁴ Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun 5.maddesinde, "Dilekçe, konusuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmesi durumunda, bu makam tarafından yetkili idari makama gönderilir ve ayrıca dilekçe sahibine de bilgi verilir." hükmü ile yetkisiz makama yapılan başvurunun sonuçları düzenlenmiştir.

⁴⁵ Zımnen kabul işlemi olarak kabul edileceği haller çeşitli kanunlarda özel olarak sayılmış

hüküm ve sonuçları doğurmakta olup ilgililerin zımnen ret işlemini dava açma süresi içerisinde yargı önüne taşıma hakkı bulunmaktadır⁴⁶. Zımnen ret süresi dolmadan dava açılması halinde, dava konusu edilebilir idari bir işlem olmadığından davanın reddedilmesi mümkündür. Ancak Danıştay hak kaybını önlemek için dava devam ederken başvurunun reddine yönelik işlem tesis edilmesi veya dava devam ederken zımnen ret işleminin oluşması halinde davanın esasını incelemektedir⁴⁷.

İdarenin kesin olmayan bir cevap vermesi halinde, ilgilinin bu cevabı olumsuz cevap sayması ve bu işlemin üzerine dava açma hakkı bulunduğu gibi kesin cevabı bekleme hakkı da vardır. Bu süre içinde dava açma süresi işlemeyecektir. Ancak, idareye yapılan başvurudan itibaren başlayacak olan bekleme süresinin dört ayı geçmeyeceği kanunla düzenlenmiştir. Zımnen ret işleminden sonra veya dava açma süresi geçtikten sonra idarenin cevap vermesi halinde, idarenin cevabının tebliği üzerine dava açma süresi işlemeye yeniden başlayacaktır. Bu durum kanunda açıkça düzenlendiğinden ilgilinin 2577 sayılı Kanun'un 10. madde hükmü gereği yaptığı başvuru üzerine cevap vermesi halinde idarenin cevabının ilgiliye tebliği üzerine dava açma süresinin başlayacağına kuşku bulunmamaktadır⁴⁸.

olup kural olarak idarenin hareketsizliği hukukumuzda zımnen ret işlemi olarak kabul edilmektedir.

⁴⁶ İdari başvurunun konusunu süregelen bir hak ihlali oluşturuyorsa bu durumda ilgilinin birden çok başvuruda bulunma ve her başvuru için dava açma hakkı mevcuttur.

⁴⁷ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 29.09.2014 tarihli, E:2014/4247, K:2014/5738 sayılı kararı.

⁴⁸ 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde yer alan, "*Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, otuz günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.*" hükmü dava açma süresine ilişkin tartışılan hususlardan olmuştur. Anılan cümlelerin zımni ret süresi içinde verilen kesin olmayan cevap verilmesi ile zımni ret işleminin doğması halinde ancak açık ret cevabının bildirim üzerine dava açılacağına savunan bir görüş bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Candan, s.467-480. İkinci bir görüşe göre ise, anılan cümlelerin maddede sayılan tüm ihtimallerden sonra, davanın açılmadığı ve hatta açıldığı ancak süre aşımı nedeniyle reddedildiği halde idare tarafından ilgililer tarafından yapılan başvuruya açık bir şekilde ret iradesi ortaya koyan işlem tesis etmesi halinde, dava açma süresinin anılan işlemin bildirim üzerine başlamasının gerektiği, kanun hükmünün yorum yoluyla sınırlandırılmasının kanun değişikliğinin amacına uygun olmadığı düşünülmektedir. Bu görüşe göre, ilk ihtimalde zımnen ret süresi bittikten sonra, dava açma süresi içinde idarenin ret işleminin yazılı bildirim üzerine, ikinci ihtimalde, zımnen ret süresi ile dava açma süresi geçtikten sonra idarenin ret işleminin bildirim üzerine, üçüncü ihtimalde, süre aşımı nedeniyle davanın reddedilmesinden sonra idarenin ret işleminin bildirim üzerine, dördüncü ve son ihtimalde, kesin olmayan cevabı bekleme süresi ve bunu takip eden dava açma süresi geçtikten sonra idarenin açık ret cevabının ilgiliye bildirim üzerine dava açma süresi işlemeye başlar. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Kaplan, s.260 vd.; Sezginer, s.432.

4. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesi Uyarınca Yapılan Başvuru Üzerine Dava Açma Süresinin Başlangıcı

İdarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu sağlamak adına idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması istemiyle ilgililer idareyi harekete geçirmek için dava açmadan önce idareye başvuru yapabilirler. Bu başvuru idareyi “i denetimini⁴⁹” yapmaya teşvik olarak nitelendirilebilir. 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesindeki düzenleme dava açma yoluna başvurmadan önce ilgililerin başvurabilecekleri (kanunda aksi düzenlenmedikçe) ihtiyari bir yol olarak düzenlenmiştir. Mevzuat hükümleri uyarınca idari yargıya başvurmadan önce üst makamlara başvurunun zorunlu tutulması halinde idareye yapılacak başvurunun Kanunda gösterilen süreler dahilinde yapılması gerekmektedir⁵⁰.

Diğer taraftan, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca idareye yapılacak başvurunun kanuni düzenleme ile etkisiz kılınması da mümkün olup idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni işlem tesis edilmesine ilişkin başvuruda bulunulmuşsa da ilk tesis edilen işlem kanun gereği kesin işlem sayıldığından yapılan başvurunun dava açma süresine etkisi bulunmayabilir. Ancak bu başlık altında bu istisnai ve özel düzenlemeler üzerinde durulmayacaktır.

2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde⁵¹, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce ve idari dava açma süresi içinde, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan istenebileceği düzenlenmiştir. Yapılan başvurunun, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, otuz gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş

⁴⁹ Sancar, s. 70.

⁵⁰ Zorunlu itiraz yoluna başvurulmaksızın doğrudan Kanunda belirlenen itiraz süresi içinde dava açılması halinde 2577 sayılı Kanun'un 14/3-b. maddesi ile 15/1-e. maddesi gereği idari merci tecavüzü nedeniyle görevli idare merciine tevdiine karar verilmekte iken zorunlu itiraz yoluna başvurulmaksızın, dava açma süresi içinde ancak zorunlu itiraz süresi geçirildikten sonra açılan davalarda itiraz süresinin geçirilmesi nedeniyle davanın reddine karar verildiği Danıştay içtihatları bulunmaktadır: Danıştay Yedinci Dairesi'nin 26.04.2006 tarihli, E:2005/3761, K:2006/1374 sayılı kararı. Ayrıntılı bilgi için Bkz. K. Burak Öztürk, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayınları, 2015, s.65 vd.

⁵¹ 08.07.2021 tarih ve 7331 sayılı Kanununun 2. maddesiyle 2577 sayılı Kanununun 11.maddesinin 2.fıkrasında yer alan “altmış” ibaresi “otuz” şeklinde değiştirilmiştir. Aynı Kanun ile eklenen Geçici 10.maddede, “*Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce 10 uncu, 11 inci ve 13 üncü maddeler uyarınca idareye yapılmış başvurular bakımından, belirtilen maddelerde bu Kanunla yapılan değişikliklerden önceki süreler uygulanır.*” hükmüne yer verilmiştir.

sayılacağı, isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş olan sürenin de hesaba katılacağı düzenlenmiştir.

Bu hüküm uyarınca başvurunun koşulları⁵²;

-üst idari makama veya üst idari makam bulunmuyorsa işlemi tesis eden idari makama başvuru yapılması,

- başvurunun dava açma süresi içinde yapılması,

-daha önce idare tarafından tesis edilmiş bir işlemin değiştirilmesi, kaldırılması, geri alınması veya yeni bir işlem yapılması istemiyle başvuru yapılması olarak sayılabilir.

2577 sayılı Kanun 11. maddesi kapsamında dava açma süresi içerisinde yapılan başvuru dava açma süresini durduracaktır. Bu süre zımnen ret işleminin veya idarenin açık cevabının üzerine yeniden işlemeye başlayacaktır. Sürenin hesabında başvurunun yapıldığı tarihe kadar geçen süre de dikkate alınır. 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yer alan düzenlemeden farklı olarak, idarenin cevabının beklenmesi için kanunda bir süre öngörülmemiştir. Doktrinde kabul gören görüşe göre, dava açma süresi içinde idareye başvuranın, idare tarafından verilecek cevabı (zımnen ret süresi=) otuz gün beklemesi gerektiği, idarece cevap verilmemesi halinde oluşan zımnen ret işlemi üzerine, kalan dava açma süresi içerisinde dava açması gerektiği kabul edilmektedir. Zımnen ret işlemi oluşmadan, başvuru üzerine otuz gün geçmeden önce, idare tarafından kesin olmayan cevap verilmesi halinde izlenecek usul ilgili maddede düzenlenmemiştir. Bu nedenle, bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde izlenecek usule ilişkin farklı görüşler ortaya konulmuştur. Genel kabul gören görüş, kesin olmayan cevabın dava açma süresine bir etkisinin bulunmadığı yönündedir. İlgililerce kesin olmayan cevap, ret işlemi olarak kabul edilerek bu işlemin bildirimine üzerine dava açılacağı gibi, kesin olmayan cevap dikkate alınmadan zımnen ret işlemi gerçekleşinceye dek beklenerek, zımnen ret işlemi üzerine dava açılacaktır. Zabunoğlu ve Sancar kesin olmayan cevabın otuz (altmış) günlük yeni bir bekleme süresi oluşturduğu, bu sürenin sonunda cevap verilmemesi halinde zımnen ret işlemine karşı dava açılacağını düşünmektedir⁵³. Sezginer ise 2577 sayılı Kanun'un

⁵² Gözübüyük, s. 425,426.; Ulusoy, s. 714.

⁵³ Zabunoğlu, s. 196, 206.; Sancar, s. 85. (Yazarın kaleme aldığı tarihteki düzenleme parantez içinde verilmiştir.)

11.maddesinde kesin olmayan cevap verilmesi ihtimalinin dzenlenmediğini, bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde 10. maddede yer alan dzenlemenin uygulanmasını engelleyen bir hükmün de bulunmadığını, bu durumda 11.madde başvurusuna kesin olmayan cevap verilmesi halinde ilgilinin cevabı bekleme süresinin 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesindeki gibi dört (altı) aya kadar çıkabileceğini dřnmektedir⁵⁴.

Dava açma süresine ilişkin en çok tartışılan noktalardan biri zımnem ret işleminden sonra gelen cevabın dava açma süresine etkisi olup olmadığıdır. Doktrinde ve Danıştay içtihatlarında baskın görüş, başvuru yapılmasından otuz gün geçtikten (zımnem ret işleminin oluşmasından) sonra idarece verilecek açık cevabın yeni bir dava açma süresi başlatmayacağı, başka bir ifadeyle, dava açma süresini ihya etmeyeceği yönündedir. Karahanoğulları, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrasında "*İşlemin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması...*" ifadesinin bulunduğunu, ayrıca 11/3. maddede açık cevabın zımnem ret süresi içerisinde verilmiş olması gerektiği yolunda da bir dzenleme bulunmadığını, bu durumda 10. madde ile birlikte yorumlamaya bile gerek kalmadan Kanun'un lafzından 11. madde başvurusunun açıkça idare tarafından reddedilmesine ilişkin işlemin bildirimine üzerine dava açma süresinin yeniden başlayacağını, ilgilinin idarenin verdiği açık ret işlemini dava açma süresi içerisinde yargı önüne getirilebileceğini dřnmektedir⁵⁵. Sezginer de aynı yönde, zımnem reddi takiben açık ret cevabının yeni bir dava açma süresi başlatacağını dřnmektedir⁵⁶.

2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında yapılan başvurular yönünden yasal dzenleme açık ve ayrıntılı iken 2577 sayılı Kanun'un 11.maddesine istinaden yapılacak başvurulara ilişkin olarak kanuni dzenlemenin yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu dzenlemedeki yetersizliğin giderilmesine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde bu açık dzenlemenin bulunmaması sebebiyle bazı yazarlar 2577 sayılı Kanun'un 10. madde hükmünün genel hüküm olması hasebiyle 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesindeki eksiklerini giderebileceğini dřnrken⁵⁷, bazı yazarlar 10. maddedeki hükümlerin 11. maddede

⁵⁴ Murat Sezginer, "İdari Makamların Sükutu zerine Açılacak Davalarda Süre", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1-2), 1996, s. 436-438. (Yazarın kaleme aldığı tarihteki dzenleme parantez içinde verilmiştir.)

⁵⁵ Onur Karahanoğulları, "Zımnem Retten Sonra Gelen Yanıtlarda Dava Açma Süresi", s. 8.

⁵⁶ Sezginer, s. 436-438.

⁵⁷ Yıldıırım Uler, "Yönetsel Yargıda Dava Süresi", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Birinci Kitap, *Danıştay Matbaası*, 1991, s. 229.; Sancar, s. 85.; Sezginer, s.

uygulanamayacağı çünkü 11. maddede bu düzenlemeye bilinçli olarak yer verilmediği düşüncesindedirler⁵⁸.

5. Sürelerin Hesaplanması ve Süreyi Etkileyen Durumlar

Dava açma süresi, zorlayıcı sebeplerle durmaz veya kesilmez⁵⁹. Dava açma süresinin ancak kanunda gösterilen hallerde uzaması, durması veya kesilmesi mümkündür. Kıyas veya yorum yoluyla uzatılması ya da kısaltılması mümkün değildir⁶⁰.

2577 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, “*Süreler, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Tatil günleri süreler dahilidir. Şu kadarki, sürenin son günü tatil gününe rastlarsa, süre tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzar. Bu Kanunda yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu süreler, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır.*” hükmü yer almaktadır.

Dava açma süreleri hesaplanırken bildirim günleri sürenin hesabında dikkate alınmamalıdır⁶¹. Kanunda dava açma süreleri “gün” olarak belirlenmiştir. Örneğin “30 gün” olarak belirlenen dava açma süresi “1 ay” olarak hesaplanamayacaktır. Süreler, tebliğ, yayın veya ilanın yapıldığı gün değil, yapıldığı günü izleyen tarihten başlayacaktır. Süre hesaplanırken tatil günleri sürenin hesabına katılacak ancak dava açma süresinin son gününün tatil gününe rastlaması halinde, süre tatil gününü izleyen çalışma gününün mesai saatinin bitimine kadar uzamış sayılacaktır. Aynı durum adli yıla

436,437,440.

⁵⁸ Kaplan, s. 281.

⁵⁹ Danıştay Yedinci Dairesi'nin, E:1984/1081, K:1984/1385 sayılı kararında, dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğu, bu süre mücbir sebeple durmayacağı ve kesinleşeceği belirtilmişken, E:1999/653 K:1999/1305 sayılı kararında öncekinin aksine, hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından mücbir sebeplerin dava açma süresini etkileyebileceği ifade edilmiştir.

⁶⁰ Celal Karavelioğlu, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınevi, 2016, s. 404.; Danıştay Dava Daireler Genel Kurulu'nun 08.12.1944 tarihli, E:1941/1, K:1944/138 sayılı kararında, hâkimin içtihat yoluyla kanunda belirlenen süreleri kıyas ile istidlal ile artırma ve azaltma yetkisinin bulunmadığı belirtilmiştir.

⁶¹ Kaplan, Anayasa'nın 125/3.maddesinde, “...yazılı bildirim tarihinden başlar.” hükmü ile 2577 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, “... tarihini izleyen günden başlar.” hükmünün birbirinden farklı olduğu, bu nedenle Kanun'un Anayasa'ya aykırılığının giderilmesi gerektiği yolundaki görüşlere katılmadığını, zira Kanun'la getirilen hükmün ilgilinin lehine bir düzenleme içerdiği gibi Anayasa'da yer alan hükmün bir usul belirleme amacından ziyade ilgililerin dava hakkını koruma amacıyla dava açma süresinin ancak tebliğ ile başlatılabileceği şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Danıştay yerleşik içtihadı da bu yöndedir.; Bkz, Kaplan, s.122-123.

ara verme süresine rastlaması halinde de geçerli olup sürenin son günü ara vermeye rastlarsa süre ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılacaktır⁶².

Bu haller dışında sürenin uzayacağı haller;

- görevli olmayan yere başvurma (2577 sayılı Kanun 9. madde): idari yargının görev alanı dışında dava açma süresi içinde açılan davalarda kanun hükmü gereği görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren otuz gün içinde dava açılması için süre tanınır.

- dava dilekçesinin reddini gerektiren eksikliklerin bulunması halinde 2577 sayılı Kanun'un 3, 5, ve 15/1-d. maddeleri gereği dava dilekçesinin reddine yönelik kararın tebliğinden itibaren davacının dilekçesini yenilemesi için kendisine otuz gün süre tanınır.

Sürenin duracağı haller;

- 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca üst makama veya işlemi tesis eden makama yapılan başvuru dava açma süresini durdurur, cevap verilmesi veya zımnî ret işleminin oluşması halinde süre kaldığı yerden işlemeye devam eder.

- 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kanunu'nun 17/8. maddesi uyarınca Kamu Denetçiliği Kurumu'na dava açma süresi içerisinde yapılan başvuru dava açma süresini durdurur.

- 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 13. maddesi gereği Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu'na yapılan başvuru idari yargıdaki dava açma süresini durdurur.

6. Dava Süresinin Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları

Gerek öğretide gerek Danıştay içtihatlarında dava açma süresinin niteliği bakımından hâkim olan görüş dava açma süresinin hak düşürücü olduğu yönündedir⁶³. Uler, dava açma süresinin düzenleyici süre olduğunu, Duran ve Günday ise kamu hukukuna özgü, "sui generis" olduğunu belirtmektedir⁶⁴.

⁶² Bu sürenin son gününün adli tatile rastladığı hallerde 1 Eylül tarihinde adli yılın başladığı, 1 Eylül'den itibaren yedi gün, 7 Eylül'e kadar, uzamış sayılacağını kabul edilir.

⁶³ Candan, s. 320.; Gözübüyük, s. 402,403.; Ragıp Sarıca, *İdari Kaza*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949, s. 49.; Zabunoğlu, s. 193.

⁶⁴ Uler, s. 258.; Duran, s. 261.; Günday, s. 273 vd.

Dava açma süresi, kamu yararı ve düzeni ile ilgili olduğundan hak düşürücü nitelik taşır. Usul hukukuyla ilgili olup mahkemece resen araştırılır bu sebeple yargılamanın her aşamasında yapılabilir⁶⁵. Süresinde kullanılmazsa dava açma hakkı düşer. Davanın süresinde açılmaması halinde 2577 sayılı Kanun'un 15/1-b. maddesi gereği süre aşımı nedeniyle davanın reddine karar verilir. Bu aşamada davanın esası incelenmediğinden dava konusu işlemin hukuka uygunluk denetimi yapılmamaktadır. Bu sebeptir ki süre aşımı nedeniyle davanın reddine yönelik verilen kararın kesin hüküm niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir⁶⁶.

II. İMAR PLANLARINA KARŞI AÇILACAK İPTAL DAVALARINDA DAVA AÇMA SÜRESİ⁶⁷

A. İmar Planlarının Hukuki Niteliği

İmar Kanunu'nun 6. maddesinde imar planları, kapsadıkları alan ve amaçları açısından, Bölge Planları ve İmar Planları olarak ikiye ayrılmıştır. 3194 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, imar planlarının nazım imar planı ile uygulama imar planından meydana geldiği düzenlenmiştir. 3194 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, nazım imar planı, varsa bölge planlarının mekâna ilişkin genel ilkelerine ve varsa çevre düzeni planlarına uygun olarak halihazır haritalar üzerine, yine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak çizilen ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklüklerini, nüfus yoğunlukları ve eşiklerini, ulaşım sistemlerini göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere düzenlenen, plan hükümleri ve raporuyla beraber bütün olan plan; uygulama imar planı; tasdikli halihazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olarak nazım imar planı esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren planlar olarak tanımlanmıştır. Kanun hükmündeki tanımlardan yola çıkarak, imar planlarının, düzenleme sınırı içerisinde arazi parçalarının genel kullanış biçimlerini, bölgenin gelecekteki nüfus ve yapı

⁶⁵ Gözübüyük, s. 403.; Karavelioğlu, s. 404.

⁶⁶ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 10.07.2017 tarihli, E:2015/2947, K:2017/5552 sayılı kararı.

⁶⁷ Bu başlık altında yalnızca 3194 sayılı Kanun gereği genel yetkili belediyeler (belediye sınırı dışında valilikler) tarafından hazırlanan ve onaylanan imar planlarına yönelik inceleme yapılacak olup özel kanunlara dayalı olarak yapılan imar planları ve bu planlara yönelik süreler kapsam dışı bırakılmıştır. Özel kanunlara dayanılarak yapılan imar planlarına karşı açılacak davalarda özel dava açma süreleri başlığı altında yapılan değerlendirmeler geçerlidir.

yoğunluklarını, arazinin kullanım fonksiyonlarını belirleyen planlar olduğu sonucuna ulaşılabilir.

İmar planları mülkiyet sahibi açısından bakıldığında, mülkiyet hakkını doğrudan etkileyecek, taşınmazın fonksiyonunu ve yapılaşma koşullarını temelden değiştirebilecek niteliktedir. Bu açıdan bakıldığında soyut idari işlem niteliğinin ötesinde bireysel işlem niteliğinde bir yönü bulunduğu yadsınamaz. Tekinsoy, imar planlarının diğer düzenleyici işlemlere göre hem içerik hem biçim olarak farklılıklar barındırdığını, bu nedenle genel düzenleyici işlemlerden daha karmaşık bir yapısı bulunduğunu, bireysel işlem niteliğinin özellikle tek parsel yönünden imar planı değişikliği yapıldığında öne çıktığını belirtmiştir⁶⁸. Özay, imar planlarının içerik bakımından karma işlem niteliği taşıdığını hem bireysel hem düzenleyici işlemin özelliklerini barındırdığını ancak düzenleyici işlem niteliğinin ağır bastığını ifade etmiştir⁶⁹.

İmar planları, plan notları ve plan hükümleri vasıtasıyla düzenleme alanı içinde kalan tüm taşınmazlara yönelik birtakım genel ve soyut düzenlemeler getirmektedir. Bu kuralların bölgedeki hangi taşınmazlara uygulanacağı, plan kapsamındaki parsellerin fonksiyonu, yapılaşma koşulları gibi düzenlemeler “mülkiyet hakkı sahibinin” kimliğinden bağımsızdır⁷⁰. Bu sebeple imar hukukunun genel düzenleyici işlemleri olarak kabul edilirler⁷¹. İmar planlarına düzenleyici işlem niteliğini katan açıklayıcı nitelikteki plan notları ve plan hükümleri de imar planlarının bütünleyici bir parçasıdır⁷². Plan raporu, notları ve hükümleri ile bir bütün olan imar planlarının normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin de üstünde yer aldığı kabul edilmektedir⁷³. Danıştay, imar planlarını “*arazi parçalarının genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunun, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerinin ve problemlerinin çözümü gibi hususları gösteren nazım imar planı ile bu plan esaslarına göre çizilen ve çeşitli bölgelerin yapı adalarını, bunların yoğunluk ve düzenini, yolları ve uygulama için gerekli imar uygulama programlarına esas olacak uygulama*

⁶⁸ Tekinsoy, s. 48.

⁶⁹ Özay, *Günüşğinde Yönetim*, s. 625.

⁷⁰ Tekinsoy, s. 52.

⁷¹ Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, Seçkin Kitabevi, 2015, s. 227.

⁷² Danıştay Altıncı Dairesi'nin 18.06.2019 tarihli, E:2018/6733, K:2019/5914 sayılı kararında da belirtildiği gibi imar planları plan notları, açıklama raporu ve lejant ile bir bütündür.

⁷³ Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, s. 227.

etaplarını ve diğer bilgileri ayrıntıları ile gösteren uygulama imar planları imar yönetmeliklerinden önce uygulanması gereken genel düzenleyici işlem niteliğindedir.” şeklinde tanımlamaktadır.

Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği'nin 7. maddesinde, imar planlarının ölçeğine ve kademesine göre yapılış amacının gerektirdiği ayrıntı düzeyinde kalmak şartıyla alt kademedeki planları yönlendireceği, üst kademe planların, alt kademesindeki planlara mekânsal nitelikte hedefler koyan, yol gösteren ve ilkeler belirleyen planlar olduğu belirtilmiştir.

Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında, mekânsal planların kapsadıkları alan ve amaçları yönünden mekânsal strateji planları, çevre düzeni planları ve imar planları olarak hazırlandığı ifade edilmiştir. Bu hükmün devamında, planlama kademelerinin üst kademededen alt kademeye doğru mekânsal strateji planı, çevre düzeni planı, nazım imar planı ve uygulama imar planından oluştuğu belirtilmiştir⁷⁴.

B. İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresi

İmar Hukukunda imar planlarına ilişkin olarak bazı özel düzenlemeler getirilmiştir. 3194 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, belediyesınırları içerisinde belediye meclisince, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde valilik veya ilgili idarece onaylanarak yürürlüğe giren bu planların onay tarihinden itibaren ilgili idarelerce tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edileceği düzenlenmiştir⁷⁵. Bir ay süreyle ilan edilmeyen imar planları kesinleşmeyecektir⁷⁶. İlan süresi içerisinde imar planına itiraz edilip edilmediğine göre dava açma süresinin başlangıcı değişecektir. Ancak, 14.02.2020 tarih ve 7221 sayılı Kanun ile 3194 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen hüküm ile, imar planlarına ve değişikliklerine karşı açılacak davalarda, imar planlarının kesinleştiği tarihten

⁷⁴ Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği'nin 4. maddesinde, mekânsal strateji planlarının 1/250.000, 1/500.000 ve daha üst ölçekli olabileceği, çevre düzeni planlarının 1/50.000 veya 1/100.000 ölçekli, nazım imar planlarının 1/25.000 ila 1/5000 arasındaki ölçeklerde, uygulama imar planlarının ise 1/1000 ölçekli yapılabileceği düzenlenmiştir.

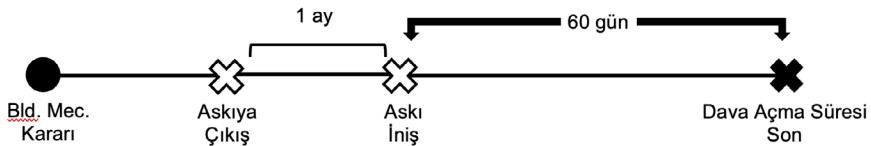
⁷⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 08.10.2012 tarihli, E:2010/1865, K:2012/1479 sayılı kararı ile Danıştay Altıncı Dairesi'nin 01.04.2015 tarihli, E:2014/3110, K:2015/1883 sayılı kararında, sürenin 30 gün olarak ilanının hukuka uygun olmadığı kanunda 1 ay süreyle ilan edilmesi gerektiğinin belirtildiği bu 1 aylık sürenin ayın hangi günü imar planı askıya çıkarılırsa bir sonraki ayın aynı günü askıdan indirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁷⁶ Ancak bu durumlarda dava konusu işlemin incelenmeksizin reddine karar verilmeden evvel imar planının uygulanıp uygulanmadığının tespit edilmeli eğer imar planı doğrultusunda uygulama işlemi tesis edilmiş ise davanın esasının incelenmelidir.

itibaren herhalde beş yıl içinde dava açılacaktır.

1. İmar Planlarına Karşı Başvuru Yapılmaması Halinde Dava Açma Süresi

Düzenleyici işleme karşı açılacak davalarda 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrası gereği dava açma süresi ilanı gereken düzenleyici işlemin ilan tarihini izleyen günden başlayacaktır⁷⁷. Ancak imar planlarının askıda ilanının 1 ay süreyle yapıldığı dikkate alındığında ilanın sona erdiği günün ertesi günü yani 1 aylık askı süresinin ertesi günü dava açma süresinin başlayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda, imar planlarına karşı başvuru yapılmadığı halde ilanı gereken düzenleyici işlemlerden kabul edilen imar planına karşı askı süresinin son gününü takip eden günden başlayarak altmış gün içinde dava açılması gerekmektedir.



Tablo-1.

Son ilan tarihi ve altmış günlük dava açma süresi dolduktan sonra imar planına yönelik itirazı da bulunmayan ilgilinin açacağı davanın süresinde olmadığı, ilgililerin sonradan öğrenmesinin dava açma süresini canlandırmayacağı çünkü, ilanı gereken düzenleyici işlemlerden olan imar planlarının ilanla öğrenildiği kabul edilmektedir. Danıştay, bazı hallerde sonradan öğrenme üzerine açılan davalarda esas yönünden inceleme yapmıştır⁷⁸.

Bu noktada imar planlarının düzenleyici işlem olmasının yanı sıra diğer düzenleyici işlemlerden farklı olarak Resmî Gazete gibi ülke çapında ilan

⁷⁷ İlan edilmesi gereken imar planının ilan edilmediği hallerde dava açma süresi başlamayacaktır.

⁷⁸ Canbolat, s. 73; Danıştay Altıncı Dairesi'nin 21.03.2013 tarihli, E:2010/11201, K:2013/32 sayılı kararı.

edilen ve ulaşılabilen bir yolla değil, yerel olarak imar planını hazırlayan ve onaylayan idarenin yetki çevresi kapsamında ilgili idarenin askı odasında ve internet sitesinde ilan edildiği görülmekte hatta bu ilanın o bölgede yaşayanlara ulaşılması açısından daha kabul gören bir yol olduğu düşünülebilir. Hatta, bu nedenle olsa gerek ki, 14.02.2020 tarih ve 7221 sayılı Kanun ile “*İmar planları ve bu planlardaki değişikliklerin nerede askıya çıktığına dair bilgilendirme ilanı, askı süresi ile eş zamanlı olarak ilgili muhtarlıkların panosunda duyurulur. Ayrıca plan değişikliği hakkında, değişikliğe konu alanda görülebilir bir Şekilde en az 2 adet tabela ile 30 gün süreyle bilgilendirme yapılır.*” hükmü 3194 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenmiřtir⁷⁹. Ancak, mülkiyet hakkı sahibinin o bölgede oturma zorunluluğunun bulunmadığı, o çevrede yaşasa bile imar planının yapıldığı zamana ilişkin öngörüsü olamayacağı göz önünde bulundurulduğunda hayatın olağan akışında ilgili ilanları takip etmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Bu sebeple ilgililerin düzenleyici işlem olarak kabul edilse bile imar planlarının bireysel bir işlem niteliği de taşıdığı göz önünde bulundurularak imar planlarına ilişkin öğrenme süresinin ilanla sınırlandırılmasının özellikle imar planlarının uygulamasına çok geç geçildiği ülkemizde hak kayıplarına sebep olduğu görülmektedir. Dava açma süreleri hesaplanırken yargı mercilerinin somut olayı göz önünde bulundurmaları önem arz etmektedir.

2. İmar Planlarına Karşı Başvuru Yapılması Halinde Dava Açma Süresi

İdari yargı yolu dışında ilgililerce hukuka aykırı idari işlem veya eylemin ortadan kaldırılması idareye başvuru yapılarak da talep edilebilir. İdari başvuru hakkı anayasayla korunan temel siyasal haklardandır. İdareye başvuru idareyi bir işlem yapmaya veya eylemde bulunmaya sevk etmek, hukuka aykırı idari işlemi için idari yargıya başvurmadan önce yapılması zorunlu veya seçimlik başvurular olarak sınıflandırılabilir⁸⁰. İmar planlarına yönelik

⁷⁹ Danıştay Altıncı Dairesi’nin 23.10.2023 tarihli, E:2022/5698, K:2023/7161 sayılı kararında, idari işlemlerin yasal prosedürlere uygun olarak tesis edilmesi ve tamamlanması gerektiği, 3194 sayılı Kanun’a göre imar planlarının askıya çıkarılmaması ve internet ilanının yapılmaması asli Şekil unsuru olup eksiklikleri halinde işlemin iptal edilmesi gerektiği, askıya çıkarılan ve internette ilanı yapılan imar planlarının nerede askıya çıktığına dair muhtarlık panosunda duyurulmaması ve değişikliğe konu alanda tabela ile bilgilendirme yapılmaması asli Şekil unsuru olmamakla birlikte ilgililerin imar planını öğrenmeleri ve dava açma süresinin başlaması bakımından önem taşıdığı, anılan hususlar yönünden araştırma yapılmadan süre aşaşımı yönünden davanın reddine karar verilmesinde isabet bulunmadığı belirtilmiştir.

⁸⁰ Karahanoğulları, s. 2.

yapılacak başvurular zorunlu idari başvuru olarak kabul edilmemektedir. Her ne kadar İmar Kanunu'nun 8. maddesinde imar planlarına ilişkin özel bir idari başvuru yolu gsterilmişse de bu başvuru yolu ilgilisi tarafından isterse kullanılabilir. Bu başvuru yolunun yanı sıra genel dzenleme olan 2577 sayılı Kanun'un 10. ve 11. maddesine istinaden imar planlarına ynelik idareye başvuru da yapılabilir. Her başvurunun niteliği gereği dava açma suresinin başlangıcında ve hesabında farklılıklar bulunmaktadır.

a. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesi kapsamında yapılan başvuru

3194 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, belediye sınırları içinde ise nazım ve uygulama imar planlarının ilgili belediyelerce yaptırılacağı, belediye meclisince onaylanarak yurrluğe gireceği, bu planların onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay sureyle eş zamanlı olarak ilan edilmesi gerektiği belirtilmiřtir⁸¹. Devamında, bu bir aylık ilan suresi içinde planlara itiraz edilebileceği, belediye başkanlığınca belediye meclisine gnderilen itirazların ve planların belediye meclisi tarafından on beş gın içinde incelenerek kesin karara bağlanacağına hukmedilmiştir. Aynı maddede, belediye ve mucavir alan dışında kalan yerlerde imar planlarının valilik veya ilgisince yapılacağı, valilikçe onaylanarak yurrluğe gireceği, valilikçe tespit edilen ilan yerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay sureyle eş zamanlı olarak ilan edileceği, itirazların valiliğe yapılabilirliği, valiliğin itirazları ve planları on beş gın içinde kesin karara bağlayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, onaylanmış imar planlarında yapılacak değişikliklerin de aynı usullere tabi olduğu dzenlenmiştir.

3194 sayılı Kanun'daki dzenleme gereğince, imar planına yapılacak itirazların imar planının askıda olduğu sure içinde, diğer bir ifade ile bir aylık sure içinde yapılması gerekmektedir. Askı suresi geçtikten sonra yapılan itirazlar anılan Kanun'un 8. maddesi kapsamında değerlendirilemez. Askı suresinden sonraki itirazlar niteliğine gbre 2577 sayılı Kanun'un 10. madde veya 11. madde başvurusu kapsamında olabilir. İmar Kanunu'nda getirilen 8. madde başvurusu 2577 sayılı Kanun'un 11. madde uygulamasının bir

⁸¹ 3194 sayılı İmar Kanunu 8.maddesinde yapılan 14.02.2020 tarihli değişiklik ile "İmar planları ve bu planlardaki değişikliklerin nerede askıya çıktığına dair bilgilendirme ilanı, askı suresi ile eş zamanlı olarak ilgili muhtarlıkların panosunda duyurulur. Ayrıca plan değişikliği hakkında, değişikliğe konu alanda gdrulabilir bir şekilde en az 2 adet tabela ile 30 gın sureyle bilgilendirme yapılır." hukmu getirilmiştir.

yorumu olarak değerlendirilmektedir. Ancak İmar Kanunu'nun 8. maddesi ile getirilen askıda itiraz yolu, aslında bir 11.madde başvurusu olarak kabul edilmemelidir. İmar planının onaylanmakla yürürlüğe girdiği ancak ilan edilmedikçe kesin ve yürütülebilir bir işlem niteliğinde olmadığı göz önünde bulundurulduğunda askıda yapılan itiraz, henüz uygulamaya konulmamış bir işleme karşı yapılmaktadır. 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ise davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülebilir bir işlemin değiştirilmesi, geri alınması veya kaldırılması için başvuru yapılmaktadır. Bu bakımdan 3194 sayılı Kanun'un 8. maddesinin, 2577 sayılı Kanun'daki 11. madde başvurusunun özel düzenlemesi olarak kabul edilmesi pratikte uygun görünse de teoride uygun değildir. Nitekim, imar planlarına ilişkin 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında başvurusu yapılamayacağına ilişkin de bir yasal düzenleme mevcut değildir⁸².

Askıda ilan devam ederken dava açma süresi de zımni ret süresi de başlamayacaktır. Askıda ilgililerce itiraz edilmesi halinde ilgili idare tarafından son askı ilan tarihinden itibaren on beş gün içinde itirazların ve imar planının değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu sürenin idareleri bağlamadığı görülmektedir. Bu süreler geçtikten sonra idare tarafından itirazın karara bağlanabileceğinden idare açısından bu sürelerin düzenleyici olduğu kabul edilmektedir⁸³. Askıda imar planına itiraz edilmişse son ilan tarihini izleyen günden itibaren zımni ret süresi işlemeye başlar. İlanın son gününü takip eden otuz günün sona ermesi üzerine dava açma süresi olan altmış günlük süre başlayacaktır.

⁸² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 02.10.2019 tarihli, E:2016/4412, K:2019/3997 sayılı kararında , 3194 sayılı İmar Kanununda düzenleyici işlem olan imar planlarına karşı özel ve ihtiyari bir itiraz yolu öngörüldüğü, genel ve özel kanun hükümleri arasındaki çelişkinin özel kanunun uygulanması yoluyla giderileceği, bu nedenle imar planlarına karşı askıda itiraz yolu öngörülmüş iken 2577 sayılı Kanunun 11.maddesinde yer alan genel itiraz usulünün imar planları için uygulanmasının usul kurallarını esneteceği sonucuna varılmıştır. Danıştay Altıncı Dairesi'nin 26.12.2019 tarihli, E:2019/13618, K:2019/15289 sayılı kararında ise, 3194 sayılı Kanun ile özel itiraz yolu öngörülmesinin 2577 sayılı Kanun'un 11.maddesinde düzenlenen başvuru hakkını ortadan kaldırmayacağı, 3194 sayılı Kanunda dava açma süresine ilişkin bir düzeleme yer almadığı, askı süresinde imar planına karşı itirazda bulunmamış olan ilgililerin imar planının son askı tarihini izleyen günden itibaren altmış gün içinde 11.madde kapsamında başvuru hakkının bulunduğu ve dava açma süresinin de buna göre hesaplanması gerektiğine hükmedilmiştir.

⁸³ Canbolat, s. 74.



Tablo- 2

İdarenin imar planını ve imar planına yönelik itirazları karara bağladığına dair işlemin dava açma süresine etkisi olacak mıdır?

Anayasa'nın 125. ve 74. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde idarenin başvurana yanıt verme yükümlülüğü bulunduğu, vatandaşın idarenin vereceği cevap tarihinden itibaren dava açma süresinin başlayacağı belirtilmiştir. Bu durumda zımnem ret işlemi üzerine dava açılabilmesi hakkı vatandaşa idarenin başvuruyu yanıtlamayıp dava açma hakkını sürüncemede bırakmaması adına tanınmış olup idarenin açık yanıt vermesi halinde dava açma süresinin başlaması anayasadaki hükümlerin bir gereğidir⁸⁴.

Danıştay Altıncı Dairesi'nin imar planına askıda yapılan itirazın zımnem reddi üzerine açılması gerekirken itirazın reddine yönelik cevabın tebliği üzerine açılan davanın süresinde olmadığı, 11. madde başvurusu olan askıda itiraza sonradan verilen cevabın dava açma süresini ihya etmeyeceği⁸⁵ yolundaki içtihadı değişmiştir. Danıştay Altıncı Dairesi, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 27.02.2017 tarihli, E:2015/4618, K:2017/842 sayılı içtihadına kadarki sürede, Anayasa'nın 125. ve 74. maddelerine göre idarenin yazılı yanıt yükümlülüğü bulunduğu ve dava açma süresinin asıl yazılı bildirimle başlayacağı, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde 3. fıkrasındaki **“isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde...”** dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı yolundaki hükmün İmar Kanunu 8.maddesi kapsamında yapılan askıda itiraza ilişkin hükümle birlikte değerlendirildiğinde ve idarenin itirazları 3194 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca on beş gün içinde değerlendirme yükümlülüğü bulunduğu da dikkate alındığında askıda plana itiraz eden davacının idareye yaptığı başvurunun yanıtlanmayarak reddedilmesi üzerine dava açma hakkı bulunduğu gibi ilgilinin zımnem ret üzerine dava açma hakkı bulunmasının idarenin anayasal

⁸⁴ Karahanoğulları, s. 9.

⁸⁵ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 23.05.2013 tarihli, E:2011/7148, K:2013/3630 sayılı kararı.

yükümlülüğünü yerine getirme ve idari dava açma süresinin yazılı bildirimden başlaması güvencesini ortadan kaldırmayacağı, ilgilinin 2577 sayılı Kanun'un 11/3. maddesinin açık hükmü uyarınca idarenin asıl iradesini ortaya koyduğu ret işleminin üzerine dava açma hakkının bulunduğu, yükümlülüklerini zamanında yerine getirmeyen idarenin başvuru sonucunu süresinden sonra ilgiliye bildirmesinden doğan sorumluluğu başvuru sahibine yüklemenin hukuk devleti ilkesine uygun olmayan bir yaklaşım olduğu, idarenin gerçek iradesini ortaya koyan işlemin ilgiliye tebliği üzerine açılan davanın süresinde olduğuna hükmetmekteydi⁸⁶.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 27.02.2017 tarihli, E:2015/4618, K:2017/842 sayılı kararıyla, Sakarya 1. İdare Mahkemesinin, Danıştay Altıncı Dairesi'nin 10.02.2015 tarihli, E:2013/9040, K:2015/630 sayılı bozma kararına uymayarak askı süresinde yapılan itirazın 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında bulunduğu, askıda yapılan itirazın zımnen reddi üzerine dava açılması gerekirken idarenin dava açma süresinden sonra itirazın reddine ilişkin işlemin ilgiliye tebliği üzerine açılan davanın süresinde olmadığı yolundaki ısrar kararını onanmıştır. Bu içtihadattan sonra Danıştay Altıncı Dairesi'nce verilen kararlar İdari Dava Daireleri Kurulu'nun içtihadı yönünde, 3194 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamındaki askıda itirazın 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, anılan Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin 11. madde için uygulanamayacağı, dava açma süresi geçtikten sonra idarenin itirazın reddine yönelik işleminin ilgiliye tebliğinin dava açma süresini ihya etmeyeceği, askıda itirazın zımnen reddi üzerine dava açılması gerekirken bu süre geçtikten sonra açılan davanın süresinde olmadığı yolundadır⁸⁷.

İdare Mahkemesince, İmar Kanunu'nun 8. maddesi gereği idarece askıda yapılan itirazın on beş gün içinde idarenin karara bağlanması gerektiği dikkate alınarak askıda itiraz tarihini izleyen tarihten itibaren on beş gün içerisinde davalı idarece yanıt verilmemesi üzerine, bu tarihi izleyen günden itibaren altmış gün içerisinde dava açılması gerekirken bu süre geçirdikten sonra, idarenin cevabı üzerine açılan davanın süresinde bulunmadığına karar verilmiştir⁸⁸.

⁸⁶ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 12.11.2015 tarihli, E:2014/10696, K:2015/6688 sayılı kararı. Bkz. Tablo- 4'te gösterilmiştir.

⁸⁷ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 03.01.2019 tarihli, E:2014/3709, K:2019/22 sayılı kararı.

⁸⁸ Ankara 4. İdare Mahkemesinin 04.07.2001 tarihli, E:2001/833 K:2001/90 sayılı kararı. Bkz. Karahanoğulları, s. 4.

Danıştay Altıncı Dairesi'nce 3194 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birlikte değerlendirilmesinden, imar planlarına karşı, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında yapılan başvuru için, özel kanun olan 3194 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile özel bir itiraz suresi getirildiği anlaşıldığından imar planlarına karşı, bir aylık askı suresi içinde 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında başvuruda bulunulması ve bu başvuruya idari dava açma suresinin başlangıç tarihi olan son ilan tarihini izleyen günden itibaren altmış (otuz) g¼n içinde cevap verilmeyerek isteğin reddedilmiş sayılması halinde, bu tarihi takip eden altmış g¼nl¼k dava açma suresi içinde veya son ilan tarihini izleyen g¼nden itibaren altmış g¼n içinde cevap verilmek suretiyle isteğin reddedilmesi halinde bu cevap tarihini izleyen tarihten itibaren altmış g¼nl¼k dava suresi içinde idari dava açılabileceği sonucuna varılmakta, davacının askı suresi içerisinde itirazda bulunduğu, askı suresinin son g¼n¼n¼ izleyen g¼nden itibaren altmış (otuz) g¼n içinde cevap verilmemek suretiyle itirazların reddedilmiş sayılması sonucunda bu tarihi izleyen g¼nden itibaren altmış g¼n içerisinde dava açılması gerekirken, bu s¼re geçtikten sonra itirazların reddedilmesi yolundaki belediye meclisi kararının tebliğ üzerine açılan davanın suresinde bulunmaması nedeniyle davanın s¼re aşımı y¼n¼nden reddi yolundaki idare mahkemesi kararında sonucu itibariyle isabetsizlik g¼r¼lmediđi gerekçesiyle idare mahkemesi kararının onanmasına karar vermiřtir⁸⁹.

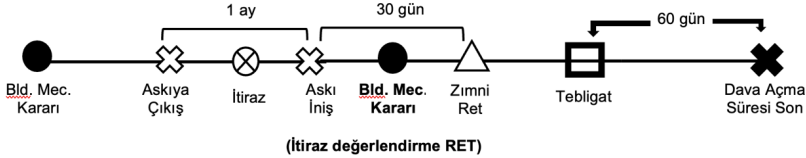
Bu karardaki ilgi çekici noktada İmar Kanunu'nda idarenin karara bağlaması için d¼zenlenen özel suresinin yerine, 2577 sayılı Kanun'da yer alan 11. maddenin genel bir yanıt suresi olarak kabul edilmesidir⁹⁰. Danıştay, İmar Kanunu'nda idarenin on beş g¼n içinde itirazları karara bağlaması için ¼ng¼r¼len s¼reyi dava açma s¼relerinin hesabında dikkate almamaktadır.

Danıştay, askıda itiraz edilmişse son ilan tarihini izleyen g¼nden itibaren otuz g¼nl¼k zımnı ret suresi içinde idarece cevap verilmesi halinde, bu cevabın bildiriminden itibaren; cevap verilmemesi halinde ise zımnı ret suresinin bitiminden itibaren altmış g¼n içinde dava açılması halinde davanın suresinde olduğunu kabul etmekte iken idarenin cevabının zımnı ret suresinden sonra verildiği veya cevabın ilgiliye zımnı ret suresinden sonra tebliğ edildiği hallerde, cevabın s¼reyi ihya etmeyeceği, zımnı ret işleminden itibaren altmış g¼n içinde dava açılması gerektiği, zımnı ret suresinin bitiminden

⁸⁹ Danıştay Altıncı Dairesi'nin E:1997/5279, K:1998/4592 sayılı kararı; Bkz. Karahanoğulları, s. 5.

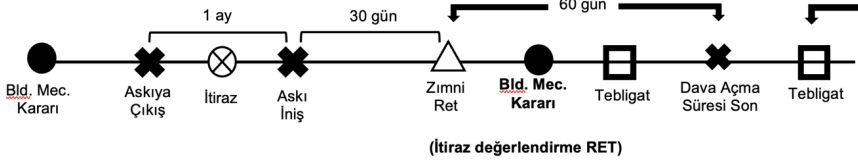
⁹⁰ Karahanoğulları, s. 5.

itibaren altmış gün içinde açılmayan davanın süresinde olmadığı yolunda karar vermektedir. Bu durumda, idare tarafından son ilan tarihini izleyen günden itibaren zımnî ret süresi içinde, imar planına yapılan itirazların görüşülerek karara bağlanmaması veya kararın ilgililere tebliğ edilmemesi halinde, zımnî ret işlemini izleyen altmış gün (dava açma süresi) geçirdikten sonra itirazın reddedilmesine yönelik cevabın tebliği üzerine açılan davanın esasının incelenmesi mümkün görünmemektedir⁹¹. Karahanoğulları, kanunda özel düzenlemeler yapılan idari başvurularda genel kanun olan 2577 sayılı Kanun'un 10. ve 11. maddeleri kapsamında başvurulara göre sürelerin hesaplanmasının, dava açma hakkının idarece engellenebilmesine imkân tanınmasının iyi bir örneğini teşkil ettiğini belirtmektedir⁹².



Tablo-3

Tablo-3 ve Tablo-4'te verilen işlem sıralamasında, Karahanoğulları'nın görüşüne göre, tebliğatin dava açma süresi içerisinde yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın başvurunun reddine ilişkin işlemin tebliği üzerine altmış gün içinde ilgililerin dava açma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.



Tablo-4

⁹¹ Zımnî ret süresi içinde itiraz hakkında verilen kararın zımnî ret süresi geçtikten sonra tebliğ edilmesi bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Bu durumda cevabın tebliği üzerine dava açma süresimin başlatılması gerekir; Bkz. Canbolat, s. 77.

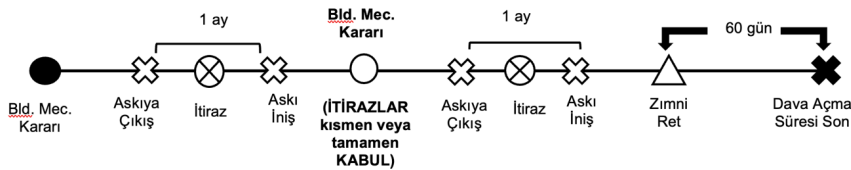
⁹² Karahanoğulları, s. 6.

İmar planına yönelik itirazların kısmen veya tamamen kabul edildiği halde idarenin 3194 sayılı Kanun'un 8. maddesindeki düzenleme gereği imar planını kabul sürecindeki usulleri izleyerek itirazlar üzerine kabul edilen imar planını askıya çıkarmalıdır. Bu durumda süreler nasıl değerlendirilecektir?

İlgilinin ilk imar planına veya ilk imar planına yaptığı itirazının zımnen reddi ve/veya reddi üzerine dava açmadığı ancak imar planına yapılan itirazlardan bir kısmının veya tamamının kabul edilmesi üzerine imar planının yeniden askıya çıkarılması ihtimalinde dikkat edilmesi gereken husus, askıya çıkarılan planın parsel bazında mı değişiklik yapılarak kabul edildiği yoksa imar planının yeni bir imar planı olarak mı askıya çıkarıldığı olmalıdır.

Danıştay, imar planına askıda itiraz eden ilgili açısından değerlendirme yaparken, ilgilinin itirazının reddedilmesi üzerine dava açmaması, ancak ilgilinin haricindeki diğer taşınmaz malikleri tarafından yapılan birtakım itirazların kabul edilmesi üzerine yeni bir imar planı kabul edildiyse, bu durumda ilgilinin itirazlar üzerine kabul edilen ve askıda ilan edilen imar planına karşı askıda itirazının reddedilmesi üzerine açtığı davanın süresinde olduğu yönündeki içtihadını terk ederek artık kabul edilen itirazların sonucunda imar planında dava açan bu ilgilinin taşınmazının etkilenip etkilenmediğine bakılması gerektiğine, itirazlar sonucu kabul edilen ve yeniden ilan edilen imar planının davacının taşınmazı yönünden değişiklik içermemesi halinde itirazların kısmen kabulüne ilişkin ilan edilen plan değişikliğine yönelik işlem ile bu imar planına yaptığı itirazın reddine ilişkin işlemin dava açma süresini canlandırmayacağına, aynı şekilde ilgilinin imar planına yönelik askıda itirazı bulunmaması halinde de askıda yapılan itirazların kabulü üzerine ilgilinin taşınmazı yönünden değişiklik içermeyen imar planının yeniden ilan edilmesinin dava açma süresini bu ilgili yönünden ihya etmeyeceğine karar vermektedir⁹³.

Davacı tarafından imar planına askıda yapılan itirazın kısmen veya tamamen kabul edilmesi halinde;



Tablo- 5

⁹³ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 31.10.2023 tarihli, E:2021/8195, K:2023/7715 sayılı kararı ve Danıştay Altıncı Dairesi'nin 10.01.2014 tarihli, E:2023/8087, K:2024/126 sayılı kararı.

Başka bir husus da imar planları askıya çıkarıldığında imar planlarına ilişkin itiraz yolu ve süresinin ilanda belirtilmemesidir. Anayasada işlem ayırt edilmeden her işleme yönelik başvuru yolu ve süresinin gösterilmesi gerektiği “İptal davalarında dava açma süresinin başlangıcı” başlığında belirtilmişti⁹⁴. İmar planlarına karşı idari başvuru yolu ve süresi de anayasada belirtildiği

⁹⁴ Danıştay Dördüncü Dairesi’nin 13.11.2006 tarihli, E:2005/2134 K:2006/2156 sayılı kararında idareye başvuru yolu ve süresinin gösterilmesinin önemine vurgu yapmıştır: “Anayasa’nın ‘Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması’ başlıklı 40. maddesine 4709 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle eklenen ikinci fıkrada ise, ‘Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.’ düzenlemesi öngörülmüş, bu ek fıkranın gerekçesinde ise, ‘Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir.’ açıklaması yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler ve anılan gerekçenin birlikte değerlendirilmesinden; bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde anayasal bir hak olan ‘hak arama hürriyetlerini’ son derece dağınık mevzuat nedeniyle sonuna kadar kullanabilmelerini sağlamak ve kolaylaştırmak amacıyla, Devletin kurumları tesis edilen her türlü işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak yargısal veya idari makamların gösterilmesi, ayrıca söz konusu başvurunun süresinin de belirtilmesi gerektiğinin bir anayasal zorunluluk olduğu ve bu zorunluluğa Anayasanın bağlayıcılığı karşısında, yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durum, Anayasa Mahkemesi’nin 18.10.2003 tarihli, E:2003/67 K:2003/88 sayılı kararında; ‘Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullarındandır. Statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yorürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır.’ şeklindeki yorumla somutlaşan ‘hukuk devleti’ ve ‘belirlilik’ ilkelerinin de bir gereğidir. Bu bağlamda, Devletin bir kurumu olan vergi dairesi tarafından düzenlenen ödeme emrinde de ödeme emrine karşı başvurulacak kanun yolu veya varsa idari makamın ve başvuru sürelerinin gösterilmesi gerekmekte olup, bu gereklilik ise ilgili makamların takdirinde olmayıp, en üst hukuki norm olan Anayasanın bağlayıcılığının zorunlu bir sonucudur.... Anayasa Mahkemesi’nin 08.12.2004 günlü ve E:2004/84 K:2004/124 sayılı kararında; ‘Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun’da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa’nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet’e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasadaki özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir.’ açıklaması da Anayasanın söz konusu 40. maddesinin ikinci fıkrasının doğrudan uygulanabilirliği konusuna açıklık getirmektedir. Bu nedenle, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrası, ayrı bir yasal düzenlemeyi gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir kural olup, öncelikle uygulanma zorunluluğu vardır. Buna göre; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmeleri zorunludur.”

gibi askıda ilan edilirken gsterilmelidir. İmar hukukunun kendi mevzuatında özel dzenlemeler de içerdiği dikkate alındığında Anayasa ile getirilen bu yukmllğn yerine getirilmesi önem arz etmektedir. İmar planlarına karşı yapılacak başvuru yolunun gsterilmemesi özellikle özel sureler belirlenen hallerde dava açma suresinin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır⁹⁵.

b. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında yapılan başvuru

İmar planlarının kesinleşmesinden sonra planda değişiklik yapılması taleplerinin 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında başvuru olarak değerlendirilmektedir. Danıştay Altıncı Dairesi'nin 25.02.2013 tarihli, E:2009/9295, K:2013/1125 sayılı kararında, 1999 tarihli uygulama imar planının eski hale dönüştürülmesi istemiyle 2007 yılında yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davanın suresinde olduğu sonucuna ulaşmış, ilgililerin her ne kadar ortada bir idari işlem olsa da başvuru neticesinde yeni bir işlem tesis edilmesi gerekeceğinden imar planı değişikliği başvurusunun 10. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiřtir⁹⁶. 10. madde başvurusunun bir şartı da ortada bir işlemin bulunmaması şeklinde ifade edilse de imar planının bulunduğu bir bölgede ilgililerin hiçbir zaman bu kapsamda başvuru yapamayacağını söylemek doğru olmayacaktır. Ancak idareye yapılan imar planı değişikliği talebinin tam olarak ortaya koyulması, 10. madde başvurusu kapsamında kabul edilebilecek nitelikte olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir⁹⁷.

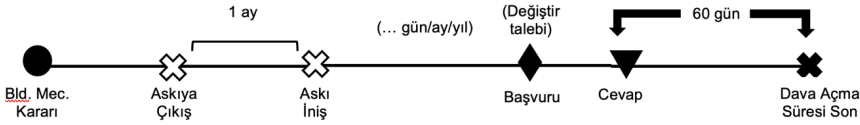
İmar planının değişikliği talebiyle yapılan başvurunun koşullarının, "2577 sayılı Kanun'un 10. Maddesi Uyarınca Yapılan Başvuru zerine Dava Açma Suresinin Başlangıcı" başlığı altında açıklandığı şekilde yapılması gerekmektedir. İmar planının değişikliği talebiyle yapılan başvurunun otuz gün içinde değerlendirilmemesi halinde, zımnen ret işlemi üzerine; başvuruya kesin olmayan cevap verilirse kesin olmayan cevap ret sayılarak ret cevabının üzerine; kesin olmayan cevabın verilmesi üzerine kesin cevabın verilmesi

⁹⁵ özel dava açma suresinin uygulanması hakkında, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 15.03.2022 tarihli, E:2021/2, K:2022/1 sayılı kararına "B. İptal Davalarında Dava Açma Suresinin Başlangıcı" başlığı altında değinilmiştir.

⁹⁶ Canbolat, s. 80.; Danıştay Altıncı Dairesi'nin 28.12.2023 tarihli, E:2022/6196, K:2023/10195 sayılı kararı.

⁹⁷ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 13.06.2016 tarihli, E:2015/6868, K:2016/4146 sayılı kararında, davacının yaptığı başvuru her ne kadar mahkeme tarafından itiraz olarak nitelendirilmişse de başvurunun dava konusu imar planlarına ilişkin meclis kararlarının iadesi ve taşınmazın kapsam dışında bırakılması şeklinde yeniden dzenlenmesi olduğundan başvurunun 10. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu sebeple açılan davada süre aşımı bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

için beklenmesi halinde bekleme süresi dört ayı geçmemek üzere altmış gün içinde dava açılması gerekmektedir. Bu süreler dışında idare cevap verirse bu cevabın üzerine altmış gün içinde dava açılabilir. 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca yapılacak başvuru için süre sınırlaması olmadığı gibi, başvurunun cevabı için de idareye belli bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Bu başvuruya ilişkin idarenin vereceği cevap üzerine her halükârda dava açma süresi yeniden başlayacaktır.



Tablo-6

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 24.01.2024 tarihli, E:2023/862, K:2024/93 sayılı kararında ise süregelen içtihadının oyçokluğuyla değiştiği, imar planı değişikliği talebinin niteliğine yönelik bir değerlendirmeye yer verilmeksizin, askıda itirazı bulunmayan ilgilinin planın kabulünden altı yıl sonra imar planının değişikliği talebiyle yaptığı başvurunun reddine yönelik işlemin iptali istemiyle açtığı davada, anılan başvurunun yeni bir dava açma süresi başlatmayacağına, askıda itirazı bulunmayan ilgilinin askı süresini izleyen günden itibaren altmış gün içinde dava açmadığından bakılan davada süre aşımı bulunduğu sonucuna ulaştığı görülmektedir. Danıştay Altıncı Dairesi'nin bu konudaki içtihatlarında değişikliği rastlanmamıştır⁹⁸.

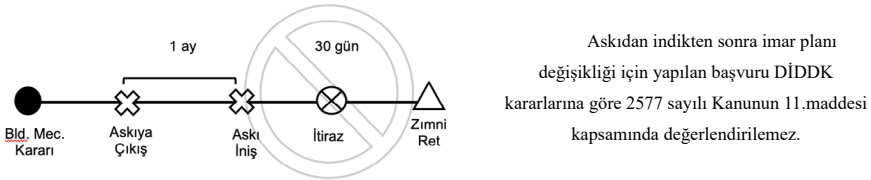
c. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11.maddesi kapsamında yapılan başvuru

İmar planının askıda ilanı sırasında itirazda bulunulmamış ancak askıda ilanı izleyen altmış gün içinde, dava açma süresi içinde ilgililerin 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında başvuruda bulunmalarının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak ilgilinin askıda itiraz ettikten sonra askıda

⁹⁸ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 07.03.2024 tarihli, E:2021/8608, K:2024/1645 sayılı kararı ile, ilgilinin davaya konu olabilecek bir işlemin tesis edilmesi istemiyle her zaman başvuruda bulunulabileceği, ilgilinin imar planı değişikliğine ilişkin başvurusunun reddi üzerine açılan davada süre aşımı bulunmadığına hükmedilmiştir. Aynı yönde Bkz. Danıştay Altıncı Dairesi'nin 28.05.2024 tarihli, E:2020/8858, K:2024/3313 sayılı kararı.

ilanı izleyen gün altmış gün içinde 11. madde başvurusu yapması halinde bu başvurunun ilgiliye yeni bir dava açma hakkı vermesi veya verilen cevap üzerine yeniden dava açma süresi başlatması düşünülemez.

Askıdaki ilandan haberdar olunamaması halinde veya askıdaki ilanda ilgililere başvuru yolu ve süresinin gösterilmediği dikkate alındığında askıdaki ilandan haberi olunsa bile ilgilinin askıda itiraz etmesi gerektiğinden haberi olmaması mümkündür. Bu durumda Danıştay Altıncı Dairesi'nin içtihatları da ilgililerin 11.madde başvurusunun koşullarını taşıması halinde itiraz edebilecekleri yönündedir⁹⁹. Ancak, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 02.10.2019 tarihli, E:2016/4412, K: 2019/3997 sayılı kararıyla bunun tam aksine bir karar verilmiştir. (Tablo-7) Bu kararda, askı süresi geçtikten sonra davacıların imar planına itiraz ettikleri, dava süresinin hak düşürücü nitelikte olduğu ve dava açma sürelerinin kanunda tahdidi olarak sayıldığı, Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 08.12.1944 tarihli, E:1941/1, K:1944/138 sayılı kararında da belirtildiği üzere içtihatlarla kanunda tayin edilen sürelerin kıyas yoluyla artırılıp azaltılamayacağı, imar planına son askı tarihinden itibaren altmış gün içinde veya askıda itirazın cevap verilmeyerek reddedilmesini takiben altmış gün içinde veya askıda itirazın son ilan tarihini izleyen günden itibaren altmış gün içinde reddedilmesi üzerine reddi izleyen altmış gün içinde dava açılması gerekirken bu süreler geçtikten sonra açılan davada süre aşımı bulunduğundan esasının incelenemeyeceği yolundaki idare mahkemesi kararını onamıştır.



Tablo-7

İmar Kanunu'nda veya imar mevzuatında imar planlarına (ivedi yargılama usulüne tabi olan Özelleştirme İdaresinin yapmış olduğu ve Cumhurbaşkanlığı tarafından onaylanan imar planları hariç olmak üzere) karşı 11.madde kapsamında itiraz edilemeyeceğine ilişkin hüküm bulunmadığından, İmar

⁹⁹ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 24.12.2012 tarihli, E:2010/3680, K:2012/8078 sayılı kararı ile 18.09.2014 tarihli, E:2014/3887, K:2014/5458 sayılı kararı.

Kanunu'nun 8.maddesindeki askıda itiraz yolunun 11.madde başvurusunu engellediğini söylemek mümkün değildir. İmar planının ilanının son gününü takip eden altmış gün içinde, 2577 sayılı Kanun'un 11.maddesi kapsamında yapılan başvuru yapıldığında bu başvuru dava açma süresini durduracaktır. İdarenin altmış gün içinde cevap vermediği halde zımnen ret işlemi oluşacaktır. Zımnen ret işlemi üzerine dava açma süresi devam edecek, itiraz edilene kadarki süre de dava açma süresinden düşülerek, kalan süre içinde dava açılması gerekecektir. Zımnen ret işlemi oluşmadan önce, idarenin cevap vermesi halinde idarenin verdiği cevabın üzerine kalan dava açma süresi içinde dava açılabilir. Ancak zımnen ret süresinden sonra idarenin cevap vermesi halinde dava açma süresinin başlayıp başlamayacağı "2577 sayılı Kanun'un 11.maddesi Uyarınca Yapılan Başvuru Üzerine Dava Açma Süresinin Başlangıcı" başlığı altında üzerinde durulduğu gibi tartışmalıdır. Anılan başlık altında yapılan tartışmalar burada da geçerlidir.

d. Son Kanun Değişikliklerinin Değerlendirilmesi

3194 sayılı Kanun'un 8.maddesine 14.02.2020 tarihli 7221 sayılı Kanun ile eklenen fıkra ile kesinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılabilmesine ilişkin hüküm getirilmiştir.

Danıştay Altıncı Dairesi'nin içtihatlarında, 7221 sayılı Kanun'un 6.maddesi ile getirilen bu hükmün Kanun'un yayım tarihinden ince kesinleşmiş imar planlarına karşı açılacak davaların, dava açma süresini sınırlandıramayacağı, zira bu şekilde yorumlanmasının hükmün geriye yürümesi anlamına geleceği, hukuk devleti ilkesi kapsamındaki hukuk güvenliği ilkeleriyle bağdaşmayacağı hükmüne varılmıştır¹⁰⁰.

Ancak bu hükmün hak kayıplarına sebep olacağı açıktır. Nitekim bu hükmün yürürlüğe girmesinden önceki uygulamada karşılaşılan sorunlar önceki başlıklarda açıklanmıştır. Bu hükmün yürürlüğe girmesinden önce imar planının düzenleme alanı içinde kalan taşınmaz maliklerine tebligat yapılmadığı dikkate alındığında günlük hayat akışı içinde muhtarlıklarda da imar planlarını ilan edilmesinin de hak kaybını önlemesi mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan, 7331 sayılı Kanun ile 2577 sayılı Kanun'da yapılan

¹⁰⁰ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 07.02.2022 tarihli, E:2021/8192, K:2022/1087; 23.05.2023 tarihli, E:2021/9739, K:2023/4958 sayılı kararları.

değişikliklerle, idare tarafından, ilgililer tarafından yapılan başvuruya otuz günlük süre içinde cevap verilmemesi halinde istemin reddedilmiş sayılacağı, diğer bir ifadeyle zımnen ret işleminin oluşacağı düzenlemesi ile altmış günlük sürenin kısaltıldığı görülmektedir. Bu hususta hak kayıplarının önlenmesi adına Danıştay Altıncı Dairesi'nin içtihatlarında, imar planları askıya çıkarılırken anılan düzenlemenin açıkça belirtilmesi gerektiği, aksi halde ilgililerce bilindiği kabul edilen altmış günlük zımnen ret süresini takip eden altmış gün içinde açılan davanın süresinde açıldığının kabulü gerektiği belirtilmektedir¹⁰¹.

3. İmar Uygulama İşlemi Üzerine İmar Planlarına Karşı Açılacak Davalarda Dava Açma Süresi

İmar Kanunu gereği, imar planları yapıldıktan sonra hazırlanan imar programları vasıtasıyla imar uygulama işlemleri yapılır. İmar Kanunu'nun 10. maddesinde, idarenin imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç üç ay içinde, bu planı uygulamak üzere, 5 yıllık imar programı hazırlaması gerektiği hükme bağlanmıştır. İmar planları yapıldıktan sonra düzenleme sınırı içinde taşınmazı bulunan mülkiyet hakkı sahiplerinin yapılaşabilmeleri için imar planlarının uygulamaya koyulması gerekmektedir. İmar planlarının uygulanması için yapılabilecek birçok işlem bulunmaktadır. Bu işlemler İmar Kanunu'nda sayılmıştır: Parselasyon, ifraz, tevhit, kamulaştırma, yapı ruhsatı, yapı kullanma izni, imar durum belgesi... vb. imar planlarının uygulanmasına yönelik işlemlerin tesis edilmesi halinde 2577 sayılı Kanun'un 7/4.maddesi uyarınca, düzenleyici işlem kabul edilen imar planlarına karşı uygulama işlemiyle birlikte dava açılacağı gibi, bu uygulama işleminin dayanağı olan imar planına da iptal davası açılabilir¹⁰². İmar Hukukunda uygulama

¹⁰¹ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 05.03.2024 tarihli, E:2023/7665, K:2024/1534; 14.10.2024 tarihli, E:2014/3432, K:2024/5484 sayılı kararları.

¹⁰² Danıştay Altıncı Dairesi'nin 24.06.2019 tarihli, E.2014/805, K:2019/6299 sayılı kararında, "Yargısal içtihatlarda imar planları, ilanı gereken genel düzenleyici işlem olarak kabul edildiğinden, uygulama işlemi olduğu öne sürülen işlemin dayanağı imar planının iptalinin istenilmesi halinde planların uygulama işlemlerinin kapsamının ve buna göre de dava açma sürelerinin belirlenmesi gerekmektedir. Parselasyon, ruhsat, kamulaştırma gibi subjektif nitelikte uygulama işlemleri üzerine uygulama imar planı ve nazım imar planının iptali istemiyle dava açılmasının mümkün olduğu, bu şekilde subjektif bir işlem bulunmaması halinde ise; planlama sürecinde nazım imar planının öncelikle yapılarak varsa çevre düzeni planı ile uyumlu hazırlanmak suretiyle arazinin genel kullanım biçimi, nüfus yoğunluğu, yapı yoğunluğu, ulaşım gibi konuların belirleneceği, bu plandan sonra da üst ölçekli planların ana kararlarının uygulanması amacıyla ayrıntılı olarak hazırlanan, nazım plana göre daha çok bilgi ve detay içeren ve inşaat ruhsatı, parselasyon gibi subjektif uygulama işlemlerine esas olan uygulama imar planının yapılacağı hususları göz önünde bulundurulduğunda; imar planları arasındaki bu hiyerarşik ilişkinin diğer düzenleyici işlemlerden farklı olduğu ve alt ölçekli

işleminin tesis edilebilmesi için 1/1000 ölçekli uygulama imar planının kabul edilmesi gerekir. Uygulama imar planının bulunmadığı hallerde nazım imar planına veya daha üst ölçekli planlara karşı uygulama işlemi üzerine dava açılmayacağı Danıştay Altıncı Dairesi, imar durum belgesini de uygulama işlemi olarak görmekte, imar durum belgesiyle birlikte dayanağı uygulama imar planına karşı dava açılabileceğini belirtmektedir¹⁰³.

Uygulama imar planı, nazım imar planının uygulaması kabul edilmektedir¹⁰⁴. Önceki kararlarında Danıştay, uygulama imar planının kabul edilmesi üzerine dayanağı nazım imar planına karşı açılan davalarda nazım imar planına karşı açılan davanın süresinde olmadığını kabul etmekteydi. Bu kararın gerekçesi, düzenleyici işlemin uygulamasının yine bir düzenleyici işlem olamayacağına dayanıyordu¹⁰⁵. Ancak Danıştay Altıncı Dairesi'nin, 25.05.2016 tarihli, E:2016/129, K:2016/3193 sayılı kararında görüldüğü üzere içtihadını, imar planları arasındaki hiyerarşik ilişkinin diğer düzenleyici işlemlerden farklı olduğuna, uygulama imar planlarının düzenleyici işlem olmakla birlikte, aynı zamanda üst ölçekli nazım imar planlarının uygulama işlemi olduğuna, dolayısıyla henüz bireysel işlem tesis edilmemiş olsa dahi uygulama imar planına karşı süresinde açılan davada üst ölçekli nazım imar planına ilişkin de inceleme yapılması gerektiği gerekçesiyle terk etmiştir. Danıştay'ın güncel içtihadı, uygulama imar planlarının bir düzenleyici işlem olmasının yanı sıra bir uygulama işlemi de olduğu dikkate alınarak uygulama imar planına karşı açılan davanın süresinde olması kaydıyla nazım imar planı da dayanağı düzenleyici işlem olarak dava konusu edilebileceği ve süresinde açılan davanın esasının incelenmesi gerektiği yönündedir¹⁰⁶. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun E.2005/2477 K.2005/2822 sayılı kararında da üst ölçekli plan varsa alt ölçekli planın uygulama işlemi niteliğinde olduğu, alt ölçekli plana karşı açılan davada öğrenme üzerine dayanağı olan üst ölçekli

planların üst ölçekli planların uygulanması amacıyla tesis edildiği, dolayısıyla üst ölçekli plan varsa alt ölçekli planın (düzenleyici işlem olmakla birlikte) uygulama işlemi niteliğinde olduğu ve bunun sonucunda da nazım imar planı veya uygulama imar planı yapıldıktan sonra henüz subjektif işlem tesis edilmemiş olsa dahi bu planlar ile birlikte üst ölçekli plana da dava açılabileceği gibi doğrudan veya alt ölçekli planlara karşı açılan davalarda öğrenme üzerine dayanağı olan üst ölçekli planın iptali istemiyle de dava açılabileceği sonucuna varılmaktadır." denilmektedir.

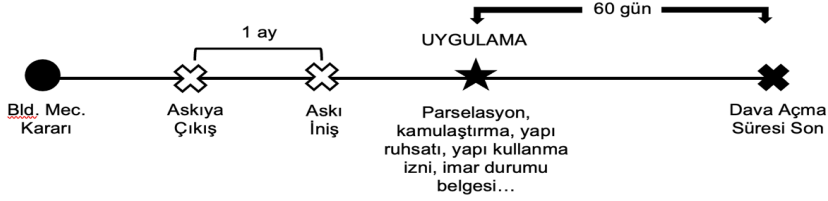
¹⁰³ Danıştay Altıncı Dairesi'nin süregelen içtihadı uygulama işlemi üzerine (imar durum belgesi) imar planına karşı dava açılmasının süresinde olduğu yönündedir. Danıştay Altıncı Dairesi'nin E:1987/1369, K:1988/416 sayılı kararı; Danıştay Altıncı Dairesinin E:1991/532, K:1992/447 sayılı kararı; Danıştay Altıncı Dairesi'nin E:2001/6627 K:2003/20 sayılı kararı.

¹⁰⁴ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 15.10.2019 tarihli, E:2015/10642, K:2019/9279 sayılı kararı.

¹⁰⁵ Danıştay Altıncı Dairesi'nin 07.10.2009 tarihli, E:2009/3226, K:2009/9323 sayılı kararı.

¹⁰⁶ Canbolat, s. 79,80.

planın iptali istemiyle açılan davanın süresinde olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷



Tablo-8

Düzenleyici işlem olarak kabul edilen imar planlarına karşı uygulama işlemi üzerine dava açılabileceği kabul edilmekteyken 14.02.2020 tarihli 7221 sayılı Kanun değişikliği ile “*Kesinleşen imar planları veya parselasyon planlarına karşı kesinleşme tarihinden itibaren her halde beş yıl içinde dava açılabilir.*” hükmünün bu yöndeki içtihadın değişmesine sebep olup olmayacağı ilerleyen günlerde davaların açılması ile açıklığa kavuşacaktır.

SONUÇ

Bireyler arası uyuşmazlıkların çözümü ve bireyin idare karşısında korunması yoluyla idarenin yargısal denetiminin de sağlanması amaçları arasındaki fark göz ardı edilerek idarenin işlemlerinin iptal edilebilme tehdidi altında kalması sebebiyle kamu hizmeti sağlanamayacağı gerekçesiyle dava açma süresinin hak düşürücü olduğu kabul edilmekte bu da hak arama hakkının süre aşımı nedeniyle kısıtlanmasına sebebiyet vermektedir¹⁰⁸. İdari yargıda idarenin tesis ettiği işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı ve ilgililerin davaya konu etmesi üzerine mahkeme kararıyla iptal edilmemesi ya da idarenin işlemi geri alma, değiştirme gibi bir iradesi olmadığı sürece hukuk aleminde varlığını sürdüreceği göz önünde bulundurulduğunda dava açma süresinin idarenin sürekliliğini zedeleyeceği veya kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesinin önüne geçileceği gerekçesiyle gerekliliğini savunmak yetersiz kalmaktadır. Zira, idarenin hukuk devleti ilkelerine uygun işlem tesis

¹⁰⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.06.2019 tarihli, E:2018/4649, K:2019/3290 sayılı kararında, ayırım gözetmeksizin alt ölçekli plana karşı açılan davada öğrenme üzerine dayanağı olan üst ölçekli plana karşı açılan davanın süresi olduğunu kabul etmektedir. Diğer bir anlatımla, 1/1000 ölçekli uygulama imar planını 1/5000 ölçekli nazım imar planının, 1/5000 ölçekli nazım imar planını 1/25000 ölçekli çevre düzeni planı veya nazım imar planının, 1/25000 ölçekli çevre düzeni planı veya nazım imar planını 1/100.000 ölçekli çevre düzeni planının uygulaması olarak kabul etmektedir. Bkz. Aynı yönde; YD. İtiraz No:2012/817.

¹⁰⁸ Karahanoğulları, s. 7.

etmesinin idareye duyulan güveni ve hukuka olan saygıyı pekiştireceğinden kamu yararının bu anlamda korunması hem ilgilinin hakkının korunması hem de kamunun işleyişi bakımından öncelikli olmalıdır. Dava açma süresinin gerekliliği ve önemi yadsınmamakla birlikte dava açma süresinin hak kayıplarına sebebiyet verecek şekilde sınırlandırılması ve yorumlanması hukukilik denetimini gölgede bırakmaktadır.

İmar hukuku gibi mevzuatıyla ayrık pek çok düzenleme içeren alanlarda idarenin kişilerin hakkına müdahalesi ile ilgililerin yargı yolunda az bildikleri bu konularda hata yapmaları ve özel düzenlemeler kapsamında hak kaybına uğramalarını kolaylaşmaktadır. İmar hukukunda geniş düzenleme alanı içeren ve çok sayıda malikin mülkiyet hakkını etkileyen imar planları gibi işlemlerin dava konusu edilmesi halinde ilgililerin imar mevzuatındaki farklı düzenlemeleri bildiği varsayılmamalıdır. İmar planlarının askıda ilan sırasında hangi kanuna dayanılarak planın yapıldığı, hangi idari yola, hangi süre içinde başvurulabileceğinin gösterilmesi önem arz etmektedir. Bu belirlenmelerin yapılmamasının idari yargıda dava açma süreleri hesaplanırken gözetenilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan imar planlarına karşı dava açma hakkını kullanan ilgililere yönelik olarak itiraz ve dava açma süreleri yargı mercilerince titizlikle hesaplanırken, imar planlarına askıda itiraz edildiği hallerde, 3194 sayılı Kanun ile itirazları on beş günlük süre içinde değerlendirme yükümlülüğü bulunan idarenin bu yükümlülüğe uygun davranmaması hali tamamen göz ardı edilmiştir. İdarenin yasal olarak yapmakla yükümlü olduğu, askıda itirazları değerlendirme görevi, idareden gelecek cevabı bekleyen ilgililerin hak kaybına neden olacak biçimde ya yerine getirilmemekte ya da ilgililer yanıtlanacak kadar uzun süre (gün/ay/yıl) sonra cevaplandırılarak amacına hizmet etmeyecek şekilde ve zamanda yerine getirilmektedir. Bu hükme işlerlik kazandırılması için yasal düzenlemeler getirilmesi halinde idari yargı önüne getirilecek uyuşmazlıkların azalacağı düşünülmektedir. İdarenin itirazı cevaplayacağı süre İmar Kanunu ile kısaltıldığı halde bu hükmün idare yönünden hiçbir yaptırımı bulunmadığı, idarenin cevap vereceğine yönelik duyduğu güven sebebiyle bekleyen ilgilinin idarenin bu süreye uymaması sebebiyle hak kayıplarına uğradığı görülmektedir. Askıda yapılan itiraz hükümlerine ilişkin ilgiliyi bağlayan usul kurallarının idare tarafından da uygulanmasının sağlanması önem arz etmektedir. Bu sayede açılacak davaların önüne geçilebileceği gibi, ilgililer ve idareler yönünden doğacak zararlar azalacaktır.

Güncel mevzuat hükümleri kapsamında imar planlarına yapılan itirazın

idari yargının genel hükümleriyle uyarlı hale getirilmesi gerekmektedir. İmar Kanunu kapsamında getirilen özel düzenlemelerin doktrinde ve yargı kararlarındaki yorumları kanunda öngörülmeyen şekilde ilgililerin idari yargı usulünden doğan hakların kullanılamaması sonucunu doğurmaktadır.

Son kanun değişikliği ile 3194 sayılı Kanun'a getirilen hükmün imar planlarına karşı dava açılmasını engelleyeceği, hak kayıplarını arttıracadı düşünülmektedir. Bu sebeple anılan hükmün, imar planlarının ilgililere tebliğ edilmediği ve imar planlarının uygulanmasına ilişkin idari işlemlerin İmar Kanununda düzenlenen srelerde yerine getirilmediği dikkate alındığında iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulması hak arama özgürlüğünün korunması için gereklilik arz etmektedir.

Günümüzdeki haliyle mevzuat değişikliği yapılmaması halinde, imar planlarına karşı açılacak davalarda imar planının askıda ilanında hangi kanun kapsamında kabul edildiği, imar planına karşı başvuru yolu ve süresinin gösterilmesi halinde uygulamadan kaynaklanan hak kayıplarının önüne bir noktaya kadar geçilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut E, “İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (81), 2009, s. 1-21.
- Akyılmaz B/ Sezginer M/ Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2020.
- Alan N, “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, *Danıştay Dergisi*, (50-51), 1983, s. 22-50.
- Canbolat B, “İmar Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Dava Açma Süresi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Candan T, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınevi, 2009.
- Duran L, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11(1-2), 1945, s. 238-263.
- Erkut C, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, 2015.
- Gözler K, *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük Ş, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, 2016.
- Günday M, *İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2022.
- Kalabalık H, *İmar Hukuku Cilt I*, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Kalabalık H, *İmar Hukuku Dersleri*, Seçkin Kitabevi, 2015.
- Kalabalık H, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Sayram Yayınları, 2016.
- Kaplan G, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Turhan Kitabevi, 2011.
- Karahanogulları O, “Zimni Retten Sonra Gelen Yanıtlarda Dava Açma Süresi”, <<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>> Erişim Tarihi 02 Kasım 2019.
- Karavelioğlu C, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınevi, 2016.
- Onar S. S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III*, İsmail Akgün Matbaacılık, 1966.

- Orta E, *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması*, Legal Yayıncılık, 2006.
- Özay İ. H, *Günüşğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, 2004.
- Öztürk K. B, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayınları, 2015.
- Sancar M, “İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre”, *Amme İdaresi Dergisi*, 23(1), 1990, s. 69-88.
- Sarıca R, *İdari Kaza*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949.
- Sezginer M, “İdari Makamların Sükutu Üzerine Açılacak Davalarda Süre”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1-2), 1996, s. 417-441.
- Tekinsoy M. A, “İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planı İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 0(2), 2008, s. 46-56.
- Uler Y, “Yönetsel Yargıda Dava Süresi”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, *Danıştay Yayınları*, 1990, s. 209-262.
- Ulusoy A. D, *Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019.
- Zabunoğlu Y. K, “İdari Yargıda Dava Açma Süreleri”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, *Danıştay Yayınları*, 1990, s. 187-207.