



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ

Temmuz - Aralık 2021 Cilt: 12 Sayı: 2 July - December 2021 Vol.: 12 No: 2

ISSN: 2146-1082 e-ISSN: 2667-5714



Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
İNÜHFD

Inonu University Law Review
InULR

Cilt: 12 – Sayı: 2
Temmuz – Aralık 2021

Vol: 12 – No: 2
July – December 2021



2010 Yılından itibaren **TÜBİTAK - ULAKBİM** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren **HEINONLINE** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **EBSCOhost** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2018 yılından geçerli olmak üzere **INDEX COPERNICUS** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2017 yılından geçerli olmak üzere **INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2019 yılından geçerli olmak üzere **DOAJ** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Cardiff Index to Legal Abbreviations** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **ERIHPLUS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **WorldCat** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Scilit** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Google Scholar** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **EuroPub** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Directory of Research Journals Indexing** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Crossref** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Sobiad** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD)

Tüm hakları saklıdır. İnÜHFD hakemli uluslararası bir dergidir. İnÜHFD'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Inonu University Law Review (InULR)

All rights reserved. InULR is a refereed international journal. No parts of the Inonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Inonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Inonu University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner**Prof. Dr. Ahmet KIZILAY****Baş Editör – Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Arş. Grv. Burcu ERDİNÇ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Burak BİLGE

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Aybike KARAHAN GÖKDERE

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-EditorsArş. Grv. Selin HIŞİM
Erol Şahingilİnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İnönü Üniversitesi**Genel Yayın Kurulu - General Editors**

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Doç. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz S. AYDOS	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Metin Ceylan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mete ERDEM	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç bir ay öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

- Ö N S Ö Z -

**2022'YE BİR KİŞİ EKSİK GİRERKEN...
KIYMETLİ MESAI ARKADAŞIMIZ
DR. ÖĞR. ÜYESİ BETÜL DÜRGEN'İN ARDINDAN ...**

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak 365 sayfalık bir defteri daha kapatıyoruz. Ancak diğer yıllardan farklı olarak bu yılı bir kişi eksik bitiriyoruz.

Kıymetli mesai arkadaşımız Betül DÜRGEN, fakültemize yıllar önce henüz yüksek lisans aşamasında iken katılmıştı. Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü'nde tamamladığı yüksek lisansının ardından, aynı yıl Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde doktora başladı. 2021 yılında doktorasını bitirdi. Kısa bir süre sonra, yıllardır araştırma görevlisi olarak görev yaptığı Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı'nda Dr. Öğr. Üyesi olarak 01.07.2021 tarihinde göreve başladı. Aynı gün Rektörlük makamında yapılan cübbe giyme törenine, henüz adı konmamış hastalığı nedeniyle yorgun ama moralli şekilde katıldı. Hepimiz ve hepimiz gibi bu akademik ilerlemeyi sağlamak amacıyla ailesini, çocuklarını ve uykusunu ihmal ederek yoğun bir çaba harcamıştı. Ancak öğretim üyesi olarak adına açılan derse giremeden, "Aplastik Anemi" hastalığı nedeniyle 32 yaşında aramızdan ayrıldı.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editör ve Yayın Kurulu olarak Derginin bu sayısının 18.10.2021 tarihinde hayata veda eden ve İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi ailesini bir kişi eksik bırakan kıymetli arkadaşımız Dr. Öğr. Üyesi Betül DÜRGEN'e ithaf ediyoruz.

Bu vesile ile kendisine Allah'tan rahmet, kederli ailesine, İnönü Üniversitesi'ne ve hukuk camiasına sabır ve başsağlığı diliyoruz.

Betül Hocamız hatıralarımızda, her daim gülen yüzüyle ve neşesiyle yaşamaya devam edecektir.

**İnÜHFD
Yayın ve Editör Kurulu**

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

THE CONCEPT OF PUBLIC POLICY IN THE ECO SWISS DECISION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND ITS IMPACT ON THE INTRA-EU INVESTMENT TREATY ARBITRATIONS <i>AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ ECO SWISS KARARINDAKİ KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE BUNUN AB İÇİ YATIRIM ANTLAŞMASI TAHKİMLERİNDEKİ ETKİSİ</i> Kazım Sedat SİRMEN	438-449
VERGİ DAİRESİ ÖZELİNDE TİCARET SİCİLİ KAYITLARINDA “ÜÇÜNCÜ KİŞİ” <i>"THIRD PERSON" IN THE TRADE REGISTRY AS PART OF TAX OFFICE</i> İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU	450-465
İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN TAKİP HUKUKUNA ETKİLERİ <i>THE EFFECTS OF MANDATORY MEDIATION IN LABOR LAW ON EXECUTION LAW</i> Elif KILINÇ	466-480
TİCARİ FORMUN HAKSIZ REKABETE KARŞI KORUNMASI <i>PROTECTION OF TRADE DRESS AGAINST UNFAIR COMPETITION</i> Ozan Ali YILDIZ	481-490
TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU: ENDİKASYON ŞARTI <i>THE LEGALITY OF MEDICAL INTERVENTION: INDICATION REQUIREMENT</i> Onur KORU	491-500
ULUSLARARASI HUKUKUN ETKİSİZLİĞİNE KARŞI İDEALİST BİR ÇÖZÜM ARAYIŞI: BERTRAND RUSSELL’İN “DÜNYA FEDERAL DEVLETLERİ” DÜŞÜNCESİ <i>SEEKING FOR AN IDEALIST SOLUTION AGAINST THE INEFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL LAW: BERTRAND RUSSELL’S THOUGHT OF THE "WORLD FEDERAL STATES"</i> Hande Seher DEMİR	501-519
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA NİŞANIN BOZULMASINDA MANEVİ TAZMİNAT <i>NON-PECUNIARY DAMAGES FOR BREACH OF ENGAGEMENT CONTRACT IN LIGHT OF THE COURT OF CASSATION JURISPRUDENCE</i> Eda ŞAHİN-ŞENGÜL, Damla Özden ÇELT	520-538
GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA SAHİBİNİN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ <i>THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE SECURE ELECTRONIC SIGNATURE OWNER</i> Mehmet Emin ÖZGÜL	539-556
ALMAN CEZA HUKUKUNDA TAM SARHOŞLUK SUÇUNUN DOGMATİK TEMELLERİ <i>THE DOGMATIC FOUNDATIONS OF THE CRIME OF FULL DRUNKENNESS IN GERMAN CRIMINAL LAW</i> Uğur ERSOY	557-565
YOKSULLUK NAFAKASINI İNSAN HAKLARI VE TOPLUMSAL CİNSİYET EKSENİNDE YENİDEN DÜŞÜNMEK <i>RE-THINKING THE ALIMONY REGARDING HUMAN RIGHTS AND GENDER</i> Fatma Duygu BOZKURT	566-584
ÖZGÜRSÜZLÜK, KANUN VE BİREYSEL BAŞVURU: TÜRK BİREYSEL BAŞVURU SİSTEMİNE BİR ELEŞTİRİ <i>UNFREEDOM, STATUTE AND INDIVIDUAL APPLICATION: A CRITIQUE OF THE TURKISH INDIVIDUAL APPLICATION SYSTEM</i> Yahya Berkol GÜLGEÇ	585-601
TÜRK MEDENİ KANUNU’NA GÖRE VAKIFLARDA AMACIN DEĞİŞTİRİLMESİ <i>THE CHANGE OF PURPOSE IN FOUNDATIONS ACCORDING TO THE TURKISH CIVIL CODE</i> Murat SARIKAYA	602-619
KOMŞULUK HUKUKU BAKIMINDAN TAŞKIN BİTKİLER <i>OVERFLOWED PLANTS IN REGARD TO THE LAW OF NEIGHBORHOOD</i> Numan TEKELİOĞLU	620-635

<p>TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA DÜZENLENMİŞ OLAN “EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ (TBK m. 461-469)” VE TEKNOLOJİK GELİŞMELER IŞIĞINDA EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN FAYDALARI İLE UZAKTAN ÇALIŞMA MODELİ VE ESNEK ÇALIŞMA ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER</p> <p><i>THE HOMEWORKER EMPLOYMENT CONTRACT IN ARTICLE 461 TO 496 OF TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NO. 6098 AND ADVANTAGES OF THE HOMEWORKER EMPLOYMENT CONTRACT UNDER TECHNOLOGICAL DEVELOPMENTS AND EVALUATIONS OF TELECOMMUTING AND FLEXIBLE WORKING</i></p> <p>Yasemin GÜLLÜOĞLU ALTUN</p>	636-653
<p>KÜLLERİNDEN DOĞAN TARTIŞMA: REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNDEN (TBK m. 444 vd.) KAYNAKLI UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEMENİN TESPİTİNDE NE DEĞİŞTİ NE DEĞİŞMEDİ?</p> <p><i>DISCUSSION ARISING FROM ASHES: WHAT HAS (NOT) CHANGED IN DETERMINATION OF COMPETENCE IN DISPUTES OF NON COMPETITION AGREEMENT (TCO Art. 444 et al.)?</i></p> <p>Sinan SARIKAYA</p>	654-670
<p>HEYECAN, KORKU VEYA TELAŞ SEBEBİYLE MEŞRU SAVUNMADA SINIRIN AŞILMASI VE TÜRK HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI</p> <p><i>EXCESSIVE DEFENCE DUE TO EXCITEMENT, FEAR OR PANIC AND TURKISH JURISPRUDENCE</i></p> <p>Ertuğrul ÜNAL</p>	671-684
<p>AB TEMEL HAKLAR ŞARTI'NIN YATAY ETKİSİ</p> <p><i>HORIZONTAL EFFECT OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EU</i></p> <p>Mustafa Tayyar KARAYİĞİT</p>	685-702
<p>YABANCILARIN TÜRKİYE'DE İKAMET VE SEYAHATİNE İLİŞKİN UYGULAMADA KARŞILAŞILAN BAZI SORUNLAR</p> <p><i>SOME PROBLEMS ENCOUNTERED IN PRACTICE REGARDING THE RESIDENCE AND TRAVEL OF FOREIGNERS IN TURKEY</i></p> <p>Necla ÖZTÜRK, Döndü KUŞÇU, Utku TUFAN</p>	703-719
<p>İŞÇİNİN SAKALINI KESMEYİ REDDETMESİ NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ</p> <p><i>TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO THE EMPLOYEE'S REFUSAL TO CUT HIS BEARD</i></p> <p>Hazal TOLU YILMAZ</p>	720-736
<p>COVID-19 PANDEMİSİ GÖLGESİNDE YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKI VE UYGULAMASI</p> <p><i>ANNUAL PAID LEAVE RIGHT AND ITS EXERCISE IN THE SHADOW OF THE COVID-19 PANDEMIC</i></p> <p>Fatma Burcu SAVAŞ KUTSAL, Yeliz BOZKURT</p>	737-753
<p>TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA HALİNDE ORTAK VELÂYETE HÜKMEDİLİP HÜKMEDİLEMeyeCEĞİ SORUNU</p> <p><i>THE QUESTION OF WHETHER JOINT CUSTODY CAN BE RULED IN THE CASE OF DIVORCE IN TURKISH LAW</i></p> <p>H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL</p>	754-765
<p>LEGAL STATUS OF WORKERS WORKING IN THE BORDER ZONES OF NEIGHBORING COUNTRIES</p> <p><i>KOMŞU ÜLKELERİN SINIR BÖLGELERİNDE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN HUKUKİ STATÜSÜ</i></p> <p>Mustafa Halit KORKUSUZ</p>	766-773
<p>ÖZEL ESASLARA İLİŞKİN UYGULAMA VE YARGI KARARLARI PERSPEKTİFİNDEN VERGİ HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI BİR İŞLEMDEN HUKUKA UYGUN BİR TARHİYAT ÇIKIP ÇIKMAYACAĞI SORUNU</p> <p><i>FROM THE PERSPECTIVE OF IMPLEMENTATION AND JUDICIAL DECISION ON THE EXCEPTIONAL PROCEDURE, THE PROBLEM OF WHETHER A LEGAL ASSESSMENT CAN BE MADE BASED ON AN UNLAWFUL ACT IN TAX LAW OR NOT</i></p> <p>Yıldırım TAYLAR</p>	774-790
<p>SENDİKAL HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU</p> <p><i>PREVENTION OF USE OF SYNDICAL RIGHTS</i></p> <p>Devrim AYDIN</p>	791-807
<p>YAPMA BORCUNUN İFA EDİLMEMESİNE İLİŞKİN TBK m.113/I HÜKMÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULANMA ŞARTLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME</p> <p><i>AN EVALUATION ON THE LEGAL NATURE AND IMPLEMENTATION CONDITIONS OF ART. 113/I OF</i></p>	808-823

*THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS REGARDING NON-PERFORMANCE OF AN OBLIGATION TO
TAKE AN ACTION*

Selma Hülya İMAMOĞLU

**ROMA HUKUKUNDA AESTIMATUM KURUMUNUN UYGULAMA ALANI ÜZERİNE BİR
DEĞERLENDİRME**

824-839

AN EVALUATION ON THE APPLICATION FIELD OF THE AESTIMATUM INSTITUTION IN ROMAN LAW
Sevgi KAYAK

OTOBİYOGRAFİ / AUTOBIOGRAPHY



PROF. DR. MUSTAFA TÖREN YÜCEL

Mustafa Tören YÜCEL

840-849

THE CONCEPT OF PUBLIC POLICY IN THE ECO SWISS DECISION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND ITS IMPACT ON THE INTRA-EU INVESTMENT TREATY ARBITRATIONS

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ ECO SWISS KARARINDAKİ KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE BUNUN AB İÇİ YATIRIM ANTLAŞMASI TAHKİMLERİNDEKİ ETKİSİ

Kazım Sedat SİRMEN*  

Makale Bilgi

Gönderi: 05/05/2021
Kabul :08/07/2021

Anahtar Kelimeler

*Kamu Düzeni,
Emredici Kurallar,
Eco-Swiss,
Achmea,
PL v.Poland.*

Article Info

Received: 05/05/2021
Accepted: 08/07/2021

Keywords

*Public Policy,
Mandatory Rules,
Eco-Swiss,
Achmea,
PL v.Poland.*

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.933007> 

Kamu düzeninin ilginç tanımlarından birini, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Yargıcı Cardozo'nun kararında görmekteyiz. Cardozo'ya göre, yabancı devletin hâkimi, kendi ülkesinde var olan temel adalet şuurunu, ortak yaygın ahlak anlayışını ve köklü ortak iyilik anlayışını ihlâl etmedikçe yabancı hukuku reddedemez. Milletlerarası Özel Hukukta for yargıcı, kamu düzeni anlayışının harekete geçmesi gerektiği kanısına varırsa, artık milletlerarası özel hukuk menfaatini ikinci plana atıp maddî hukuk menfaatini ön plana alabilir. Kamu düzeni kavramının, kanunlar ihtilâfi hukukunda, yabancı hakem veya mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde farklı işlevleri vardır. Öte yandan, kamu düzenine başvurmak istisnâ olmalıdır ve işte bu, kamu düzenini, emredici kurallardan ayıran temel kriterlerden biridir. Bu ayırım, Eco Swiss davasında Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından tam olarak ortaya konulamamış ve Divan, Avrupa Birliği Antlaşmasındaki emredici rekabet hukuku kurallarını kamu düzeni kavramı içerisinde nitelendirmiştir. Bununla birlikte, AB içi yatırım tahkimi kararlarına karşı millî mahkemeler nezdinde başvurulmuş hakem kararlarını iptal taleplerinde kamu düzeni kavramı daha doğru yorumlanmış ve hakimler, hakem kararlarının iptalinde kamu düzenine başvurmamışlardır.

Abstract

One of the interesting definitions of public policy was seen in the quoted passage of the US Supreme Court Judge Cardozo. According to Cardozo, foreign judge shall not discard the foreign law unless it violates some fundamental principle of rights, some common conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal. In private international law, especially when the forum judge needs to functionalize the notion of public policy, the interest of the private international law may stay behind the interests of substantial law. Public policy has different functions in conflicts of law and in the recognition and enforcement of arbitral awards or court decisions. On the other hand, triggering off the institution of the public policy must be exceptional, and this is the most important distinction between the public policy and the mandatory rules. This distinction could not be pointed out properly in Eco Swiss case where the Court of Justice of European Union (CJEU) has qualified the mandatory rules of competition law in the Treaty within the concept of public policy. In the subsequent court decisions that supervise the intra-EU investment arbitral awards, however, the concept of public policy was interpreted more accurately, and the judges did not prefer to apply the concept of public policy to set aside the arbitral awards.

I. INTRODUCTION

In general, a legal system has four aspects: the legislative, judicial, executive organs and the norms that are applied to life and human relations. The national legal system can be regarded as the perfect organization of these aspects. On the other hand, we have another legal system that is concerned with “international society” called the international legal system. Unfortunately, the organization of the aspects of that system is weak, so a national legal system may sometimes intervene into the “soul” of the international legal system.

The advanced outlook of the “life and human relations” of the international society is mostly seen in commercial activities. The actors, coming from separate national legal systems, conclude transnational commercial relations and create their own norms and organs, so long as these aspects of the international legal system do not infringe the basic principles of the national legal systems. International commercial arbitration could be given as an example of the dispute resolution mechanism applied to the conflicts arising from international commercial interactions. Although we can see the autonomy of the parties in international commercial arbitration, the awards are ultimately supervised by the national courts. Moreover, national courts may set aside the awards or may not recognize or enforce them if certain conditions are not met.

In this article, after a short overview regarding the notion of public policy, I will first focus on the jurisprudence on public policy of the Court of Justice of the European Union (CJEU). Within this jurisprudence, the *Eco Swiss* decision of CJEU, which has been criticized and deemed as a challenge to the enforcement and recognition of intra-EU arbitral awards will be discussed. Lastly, the citations of this decision in two of the intra-annulment requests of an Intra EU Investment Arbitral Awards will be addressed.

II. PUBLIC POLICY

A. The function of Public Policy in Private International Law

Public policy has several functions in private international law. The first function is in conflicts of law. In the application of foreign law, the function of the public policy is to preclude the court from applying a rule of foreign law. In this context, national courts do not compare the provisions of foreign law and the law of *forum*. *Forum* has a commitment to find whether the result of the application of foreign law infringed the main notions or basic values that are comprised in the formation of the positive law¹.

We can find the second function of the public policy notion in recognition and enforcement process of either foreign courts judgments or foreign arbitral awards². In this context the judge of the country where the recognition and enforcement take place does not have the responsibility to determine whether the rule that was applied to the conflict infringed the “public policy” of his State. The judge must take into consideration the implications of the court decisions or arbitral awards. If these are against public policy- whether substantive or procedural- then the judge may refuse the request of the successful party for the recognition and enforcement of the court decision or arbitral award.

In the first function of the public policy, court discusses the consequences of the application of the “foreign rule”. On the other hand, in the second function of the public policy, although the foreign court or arbitral tribunal applies the law of the State to the case of which the recognition and

¹ GRUSIC, Uglješa/HEINZE, Christian/MERRETT, Louise/MILLS, Alex/GARCIA-CASTRILLON, Carmen Otero/TANG, Zheng Sophia/TRIMMINGS, Katarina/WALKER, Lara: Cheshire, North & Fawcett Private International Law-Edited by Paul Torremans, Ed.15, OUP, New York 2017, p.133; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, Bası.8, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, p.78; HAY, Peter: Advanced Introduction to Private International Law and Procedure, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton 2018, p.97; GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku-Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.104; NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 164 vd; TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.45; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 150 vd; AKINCI, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.20.

² DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Yeniden Kamu Düzeni, Onuncu Yılında MOHUK Sempozyumu, in Tanrıbilir, Feriha Bilge/Gümüşlü Tunçağıl, Gülce (ed.), Sempozyum 7-8 Aralık 2017, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.87.

enforcement is requested; the recognition or enforcement of this court decision or arbitral award may also be refused for example, if there is an infringement of fair trial in this case³.

Lastly, the third function of the notion of public policy is seen mostly in national arbitration legislation, not only in provisions for “non-recognition” but also in those for “annulment”. Foreign and non-domestic awards that violate public policy may be annulled in national courts. Most importantly, the courts of the “seat of arbitration” are entitled to annul arbitral awards based on national arbitration rules that introduce the “public policy violation” into their regulations⁴.

B. Types of Public Policy

There are three types of public policy that may be considered in international commercial arbitration: National (domestic), international and transnational. According to this distinction, national public policy refers to the very fundamental notions and postulates of morality and justice introduced in that local system and that are appropriately applied to transactions or relationships particular to that jurisdiction⁵. These rules are designed to protect the public interests of that State⁶.

International public policy must be understood more narrowly than the national public policy. Fundamental notions of morality and justice identified by the national governments and courts are applied to disputes that have an international character. International public policy could be the subject matter of private international law⁷. According to the International Law Association Committee on International Commercial Arbitration, international public policy is the body of principles and rules recognized by a State, which, by their nature, may bar the recognition or enforcement of an arbitral award rendered in the context of international commercial arbitration when recognition or enforcement of the award would entail their violation on account either of the procedure pursuant to which it was rendered (procedural public policy) or its content (substantive international public policy)⁸.

The last type of public policy is transnational public policy. It is derived from the principles that are commonly recognized by political and legal systems around the world. There is some agreement that they comprise fundamental rules of natural law, principles of universal justice, *jus cogens* in public international law, and the general principles of morality accepted by what are referred to as civilized nations⁹. *Dolinger*, defines it as a “world public policy” that establishes universal principles, in various fields of international law and relations, to serve the higher interests of the world community, the common interests of mankind, above and sometimes even contrary to the interests of individual nations¹⁰. If we compare the transnational public policy with the international public policy, we will see that the notions of international public policy derive from the perceptions of the sovereign states while transnational public policy represents the common fundamental values of the world community. Notions of transnational public policy do not belong to one State¹¹.

Courts generally do not employ the distinction, at least not in the context of the recognition or enforcement of foreign arbitral awards. Public policy may vary from time to time and country to

³ TİRYAKİOĞLU, Bilgin.: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılık, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler, Edt. Süheyla Balkar BOZKURT, Sempozyum 14 Ekim 2016, On iki Levha, İstanbul 2018, s.84.

⁴ Some authors submitted that “public policy” for purposes of annulment of an award should be exactly the same as “public policy” in recognition actions under the New York Convention. On the other hand, in some decisions, public policy for the purpose of recognition under New York Convention should be even more limited than that in an annulment action under national law: BORN, Gary, International Commercial Arbitration, Vol.III, Ed.3, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2021, p.3610; AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 5.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.375.

⁵ SHENOY, Nivedita: “Public Policy under Article V (2)(b) of the New York Convention: Is there a Transnational Standard”, Cardozo Journal of Conflict Resolution, XX, 2018, p.80; LALIVE, Pierre: “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series*, III, 1986, Kluwer Law International, Aan den Rijn 1987, p.258.

⁶ FRY, James: “Desordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy”, Chinese Journal of International Law, VIII, 2009, p.86.

⁷ PARK, William: The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform, Vanderbilt Journal of Transnational Law, XXXVI, 2003, p.1272, sn.138.

⁸ MAYER, Pierre/SHEPPARD, Audley: “Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, Arbitration International, XIX, 2003, p.253

⁹ LALIVE, p.307.

¹⁰ DOLINGER, Jacob: “World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws”, Texas International Law Journal, XVII(II) Spring 1982, p.172.

¹¹ BUCHANAN, Mark A.: “Public Policy and International Commercial Arbitration”, American Business Law Journal, XXVI (III), Fall 1988, p.514. Some commentators divide the public policy into two parts if the notions of public policy

country¹². The public policy exception to enforcement must be construed narrowly; courts that receive a request to recognize and enforce arbitral awards may not refuse their recognition and enforcement solely based on illegality, national legislation, or fundamental principles of law. Courts are not entitled to re-examine foreign arbitral awards¹³.

Public policy is the final parameter of the law that, while it is reflected in and often expressed by statutory and constitutional statements of law, also dictates either consent or constraint, permission, or prohibition, when statutes and constitutions are silent on a given matter. Public policy first exists at the domestic level within each individual state. Here, public policy represents those local standards or rules that are not subject to alteration or derogation by the parties and stand as an outside limit to the parties' freedom to contract. Accordingly, the courts, either in an adjudicatory role or as enforcers of arbitral awards, may relieve a party from contractual duties or impose additional duties where a state's "most basic notions of morality and justice" require it.

III. APPROACH OF CJEU TO THE PUBLIC POLICY CONCEPT

A. *Eco Swiss Case*¹⁴

Through this case, CJEU had an opportunity to address arbitral decisions from the perspective of the fundamental norms of EU Law, under the concept of public policy. In 1997, the *Hoge Raad der Nederlanden* (Supreme Court of the Netherlands) referred to the CJEU for a preliminary ruling under Article 267 of Treaty on the Functioning of the European Union- (TFEU)¹⁵ regarding questions about the interpretation of Article 101 of the TFEU¹⁶. Those questions were raised in proceedings brought by *Benetton International NV* ('*Benetton*') for the court to set aside the arbitration award ordering *Benetton* to pay damages to *Eco Swiss China Time Ltd* ('*Eco Swiss*') for breach of a licensing agreement by the Supreme Court of the Netherlands. Since seat of arbitration is in Netherlands, Article 1065(1)(e)¹⁷ of the *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (hereinafter referred to as the Code of Civil Procedure) had to be applied, on the ground that the award in question was contrary to public policy under Article 101 of the TFEU.

The Supreme Court asked CJEU five questions in total, but the question regarding "public policy" is the important one for our subject¹⁸. According to the CJEU, Article 3 (1)(b) of the TFEU¹⁹ is an essential provision and must be regarded as a fundamental principle of the EU. This provision is so important, and its function is to provide for the accomplishment of the functions allocated to the Community and for the operation of the internal market. This Article also shows its function in

emanate from the sovereign states then, it is called national public policy which consists of domestic and international public policy, if the notions are emanated from supranational sources then it is called supranational public policy that is divided into transnational, regional and truly international public policy: FRY, p.86-89.

¹² Even the member States of European Union are free to determine the public policy conception, as we can see at the CJEU decision in *Krombach v. Bamberski* case that the limits of the "unstable" and "variated time to time" public policy conceptions are required to be reviewed by the courts of the Member States: Judgment of the Court of 28 March 2000. - *Dieter Krombach v André Bamberski*, European Court Reports 2000 Page I-01935.

¹³ MAURER, Anton.: *The Public Policy Exception under the New York Convention-History, Interpretation and Application*, Revised Edition, JurisNet, New York 2013, p.55.

¹⁴ *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*. - Reference for a preliminary ruling: Hoge Raad - Netherlands.: Case C-126/97, European Court Reports, 1999, I-03055 (*Eco Swiss Case*).

¹⁵ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union - Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union - Protocols - Annexes - Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 - Tables of equivalences, OJ, C 326, 26/10/2012, P.001-390. Preliminary ruling is introduced in Article 177 of the EC Treaty (Maastricht Consolidated Version) and Article 234 of the TEC (Amsterdam Consolidated Version).

¹⁶ Article 85 of the EC Treaty (Maastricht Consolidated Version), later Article 81 of the TEC (Amsterdam Consolidated Version) became Article 101 of the TFEU prescribes a rule regarding the agreements between undertakings that may affect trade between the Member States by preventing, restricting or distorting the competition.

¹⁷ According to the art 1065 (1)(e) of the Code..." the award or the way it has been made is contrary to public policy or accepted principles of morality."

¹⁸ "If the court considers that an arbitration award is in fact contrary to Article 85 of the EC Treaty, must it, on that ground and notwithstanding the rules of Netherlands procedural law set out in paragraphs 4.2 and 4.4 above [according to which a party may claim annulment of an arbitration award only on a limited number of grounds, one ground being that an award is contrary to public policy, which generally does not cover the mere fact that through the terms or enforcement of an arbitration award no effect is given to a prohibition laid down by competition law], allow a claim for annulment of that award if the claim otherwise complies with statutory requirements"

¹⁹ Article 3(g) of the EC Treaty (Maastricht Consolidated Version) later Article 3(1)(g) of the TEC (Amsterdam Consolidated Version), became article 3 (1)(b) of the TFEU pointed that establishing of the competition rules necessary for the functioning of the internal market is falling under the exclusive competence of European Union....

private law. Any agreements or decisions prohibited pursuant to that Article are considered to be automatically void.

We can easily assert that according to the CJEU, Article 101 of the TFEU as a fundamental mandatory rule of EU Law, is incorporated into the notion of public policy²⁰. We can find public policy concerns not only in the in the set aside procedures of national laws but also in the recognition/enforcement process carried out according to the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, which has been ratified by all the Member States.

B. Criticism of *Eco Swiss* Case

In *Eco Swiss* Case, the CJEU first concentrated upon public policy and EU competition law . It began by pointing that the national courts of Member States must take into consideration any questions regarding EU Law in the process either of setting aside or recognizing and enforcing an award.

The CJEU findings related to Article 101 of the TFEU may *inter alia* be regarded as a matter of public policy under the New York Convention. In addition, when the rules of the annulment procedure of the seat of arbitration introduce public policy as a basis for annulment, the national court must vacate or set aside an arbitral award if it finds that the award infringes Article 101 of the TFEU²¹.

The arbitrator’s main task is to render an arbitral award that will not be set aside in the courts of the seat of arbitration and that will be enforceable in the State where the enforcement is sought²². That is what *Kegel* said was a kind of a legal order interest (*ordnungsinteresse*)²³ that the courts or arbitral tribunals provide by rendering “recognizable and enforceable awards”²⁴. In order to reach valid arbitral awards, arbitrators have to take into consideration “the fundamentally important mandatory laws and overriding public policies of the law of the seat of arbitration or the law of the country where the recognition/enforcement of the arbitral awards are sought”²⁵ Disregarding mandatory laws and overriding public policies may be deemed as grounds for annulment, non-recognition or non- enforcement of the arbitral awards.

The *Eco Swiss* case reveals us that the “public policy” which is taken into consideration by the national courts is the domestic public policy. This view is against the context that is seen in private international law. The trans-nationalization of law today could be realized by the arbitrators who could shield themselves from the influence of the law of the seat of arbitration. The resulting development of the doctrines of national, international, and transnational public policy in arbitration has been advanced with significant help from comparative law²⁶, as *Fumagalli* pointed out, “public policy should be construed narrower than that of mandatory rules”. Courts should not set aside or refuse the enforcement of the arbitral decisions by using the “public policy” concern as a weapon. Even if the arbitrators did not properly apply the mandatory rules of law their decisions should still

²⁰ KÁPOSZNYÁK, Aliz: “Intra-EU Arbitral Awards After Achmea: Recognition and Enforcement Within the European Union Under the New York Convention” in Z. Meškić et al. (eds.), *Balkan Yearbook of European and International Law* 2019, 2020, p.85.

²¹ STORSKRUBB, Eva: “Navigating EU Law and the Law of Arbitration-From the Horizon of Commercial Arbitration in Sweden”, In: Eric Bylander, Anna Jonsson Cornell, Jakob Rangwaldd (ed.), *Forward! – Вперёд! – Framåt!: Essays in Honour of Prof Dr Kaj Hobér* Uppsala: Iustus förlag, Uppsala 2019, s.289.

²² BARRACLOUGH, Andrew/WAINCYMER, Jeff: “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, *Melbourne Journal of International Law*, 6(2), 2005, s.215; HORVATH, Gunther J: “The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award”, *Journal of International Arbitration* 18(2), 2001, s.135.

²³ KEGEL, Gerhard/SCHURIG, Klaus: *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, Beck, München 2004, s.143 vd.

²⁴ TIRYAKİOLU, Bilgin: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, AÜHF Döner Sermaye Yayınları, Ankara 1996 (Taşınır), s.13; TEKINALP, s.29; GÜNGÖR, s.74.

²⁵ MAYER, Pierre: “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Arbitration International*, 2 (4),1986, s.282;BORN, Vol. III, p.3605.

²⁶ JEMIELNIAK, Joanna: “Transnationalization of Domestic Law in International Commercial Arbitration Through Comparative Analysis: Challenges for Legal Profession”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 7(2), 2014, s.327.

survive²⁷. Moreover, courts have to consider the international public policy rather than national public policy. The “European public policy” should also be construed within this context²⁸.

The views of *Idot* merits a special mention here. He pointed out that, for the Member States of the EU, Articles 101 and 102 of the TFEU could be considered undeniably as a part of the international public policy of the State where setting aside or enforcement is sought. This solution stems from the application of the principle of equivalence as strongly reaffirmed in the *Eco Swiss* judgment. The difficulties appear when the court decision is going to be enforced in a non-EU member State. If we deny the existence of a genuinely transnational public policy that would prevail worldwide, which would include, for example, universally accepted solutions in competition law, like the prohibition of cartels, it is not possible to monitor the respect by arbitrators of Community law in a third country²⁹.

As it is submitted above that the best solution is to trans-nationalize the concept of public policy. By taking into consideration transnational public policy, we may serve the necessities of private international law perfectly.

IV. TWO COURT DECISIONS OF INTRA-EU INVESTMENT TREATY ARBITRATION AWARD AND THEIR APPROACH TO PUBLIC POLICY

A. Public Policy Perception in German Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) Decision

1. General Overview

The arbitral award which was rendered on 7 December 2012 between *Achmea* and Slovak Republic relied upon Article 8/(2) of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic (“the BIT”)³⁰. According to Article 8/(2) of the BIT, each Contracting Party consents to submit a dispute [...] to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement.

Arbitration proceedings commenced. Germany was chosen as a seat of arbitration and German law was applied to the proceedings. During the proceedings, Slovak Republic issued an objection related to the jurisdiction of the arbitral tribunal. The core of the objection is concerned with the inconsistency between Article 8(2) of BIT and the EU Law. The interim award of the arbitral tribunal was against the expectations of the Slovak Republic. Arbitral tribunal dismissed the objection.

On 7 December 2012, according to the arbitral award, ordered by the arbitral tribunal Slovak Republic was obliged to pay *Achmea* the damages in the principal amount of EUR 22.1 million³¹.

The Slovak Republic (“Applicant”) brought an action to set aside the award before the Higher Regional Court of Frankfurt (*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*“ -Higher Regional Court). The

²⁷ FUMAGALLI, Luigi: “Mandatory Rules and International Arbitration: An Italian Perspective”, *ASA Bulletin*, 16(1), 1998, s.57. On the other hand esp in Turkish law, Supreme Court of Turkey have not construed the public policy narrowly and construed the mandatory rules within the notion of public policy in international commercial arbitration: EKŞİ, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, *Public and Private International Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, 40(1), 2020, s.176.

²⁸ This is also criticized by *Bermann*. According to *Bermann* “...” The CJEU has reason to entertain a highly robust conception of EU public policy for these purposes, since doing so serves to strengthen EU law's effectiveness within the national legal orders. But in that context, public policy cannot then be assumed to have the highly exceptional character ordinarily ascribed to it in private international law.:BERMANN, George A.: “Navigating EU Law and Law of Arbitration,” *Arbitration International*, 28(3), 2012, s.420.

²⁹ IDOT, Laurence: “Arbitrage et droit de la concurrence”, *Revue des droits de la concurrence*, *Concurrences* 4, 2010, note.64, s.14, www.concurrences.com, (Accessed:13.04.2021).

³⁰ Today, commencing an arbitration proceeding based on arbitration clauses that are prescribed in bilateral investment treaties is generally accepted: ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: “Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Kızlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar”, in ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice/BALKAR, Süheyla (ed.), *Tahkim Anlaşması*, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.104. (Devletlerarası Tahkim Kız). *Ataman-Figanmeşe* pointed out that by inserting an arbitration clause in bilateral treaties states provide each other investors an offer to conclude an arbitration agreement. If the investors do not accept the offer that is put into the bilateral investment treaties, the State will discard the provision in the treaty. In other words, by commencing a case before arbitral tribunals with the intention of the investor, then an arbitration agreement between the host State and the investor regarded as formed: ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: “Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of “Arbitration Without Privity” (Manufacture), *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, XLIII(LX), 2011, p.197.

³¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018 (request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof — Germany) — *Slowakische Republik v Achmea BV*, Case C-284/16, OJ C161/07, 07.05.2018.

Applicant claimed that the rule in Article 8(2) of the BIT was incompatible with EU law and thus the arbitral tribunal lacked jurisdiction. Higher Regional Court found no reason to overturn the award. It stated that the arbitration clause in Article 8 (2) of the BIT was valid because it was compatible with Union law. It does not infringe the exclusivity of the EU law dispute settlement mechanisms provided for in Article 344 of the TFEU because the Union treaties for disputes between a private investor and a Member State do not provide for a specific judicial procedure. Article 344 of the TFEU does not constitute a general "competence assurance rule" for the CJEU. The arbitration clause is also compatible with Article 267 of the TFEU. The arbitral tribunal was not able to submit to the CJEU questions relevant to the interpretation or application of Union law, according to the case law of the CJEU. However, it is sufficient that the state courts may review an award based on the restricted control measure provided in national law for annulment or refusal of recognition, in order to ensure the uniform interpretation and application of Union law in the Member States - if necessary, with the aid of a request for a preliminary ruling from the state courts to the CJEU.³² Subsequently, the Applicant lodged an appeal to the The Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof – BGH*), which in turn requested in March 2016 a preliminary ruling from the CJEU as to whether Articles 344 and 267 of the TFEU preclude the application of an investor-State arbitration clause in an intra-EU BIT. In its judgment of March 6, 2018, the CJEU ruled that an investor-State arbitration clause in an intra-EU BIT, such as Article 8(2) of the Treaty, adversely affects the autonomy of EU law and is incompatible with the duty of sincere cooperation as it jeopardizes the effective and uniform application of EU law. Allocation of powers that is prescribed in the Treaties were highly at stake according to the preliminary ruling of CJEU³³.

The BGH set aside the arbitral award. As it was mentioned before, the seat of the arbitration was in Germany. So German Arbitration Act³⁴ is applied to the arbitral award in the supervision process. BGH applied German Arbitration Act Section 1059(2)(1a) and placed his views on the lack of a valid arbitration agreement and reversed the High Regional Court's decision.

In most of the national codes and UNCITRAL Model Law, invalidity of the arbitration agreement, either formally or substantially, prescribed as one of the issues that could cause the vacation of the arbitral award. In addition, according to Article V/1(a) of the New York Convention, arbitration agreement must be valid in accordance with the law to which the parties have subjected it, or failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made³⁵. If at the request of the party against whom it is invoked proves that the arbitration agreement is invalid, recognition and enforcement of the award may be refused by the enforcing court.

There are several kinds of grounds regarding to the annulment of the arbitral award about the substantial invalidity of arbitration agreement³⁶. In our case the main issue that makes the arbitration agreement invalid is the "illegality" of the arbitration agreement on the ground that it infringed the principles of EU Law since its supremacy shall all be recognized in the Member States.

2. Concept of Public Policy

Section 242 of German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) stipulates that, an obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice

³² For the summary of the Higher Regional Court Decision please find BUNDESGERICHTSHOF BESCHLUSS I ZB 2/15 vom 3. März 2016 in dem Verfahren auf Aufhebung eines inländischen Schiedsspruchs, paragraph 11, [juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py? Gericht= bgh&Art=en&nr=74612&pos=0&anz=1](https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=74612&pos=0&anz=1) (Accessed: 10.04.2021)

³³ Case C-284/16 *Slovak Republic v. Achmea BV* Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018, Request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof, European Court Reports [2018], <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>, (Accessed 15.04.2021).

³⁴ KASOLOWSKY, Boris/WENDLER, Carsten: Challenging and Enforcing Arbitration Awards: Jurisdictional Know-How-Germany- in Rowley, J.William/Gaillard, Emmanuel and Kaiser, Gordon E. (eds) The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards, David Samuels, London 2019, p.300. For the text of the German Arbitration Act see: <https://sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>, (Accessed:10.04.2021).

³⁵ To speak about a valid arbitration agreement, first we must look to the Article 2 of the New York Convention. Article 2 provides for details about the formal validity of the arbitration agreement; however, we could not find any condition regarding the substantial validity of the arbitration agreement in the Convention. New York Convention refers to a national law of which the parties have chosen or the law where the award was made: SILACI KORKMAZ, Melis: New York Konvansiyonu Uyarınca Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet, İstanbul 2020, s.58.

³⁶ Fraud and fraudulent inducement, mistake, lack of consideration, unconscionability, asymmetrical arbitration agreements, inconvenient arbitral situs, statutes of limitations, termination of arbitration agreement, insolvency, impossibility and frustration, defenses to standard form contracts and illegality are the most frequently causes regarding to the substantive validity of international arbitration agreements: BORN, Gary: International Commercial Arbitration, Vol I, Ed.3, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2021, s.907.

into consideration. The principle of good faith may preclude a party from invoking a ground for setting aside an award if that party expressly and unconditionally invoked an arbitration agreement prior to the proceedings to persuade the other party to initiate arbitration, only to argue in the arbitration and subsequent enforcement proceedings that the arbitration agreement was invalid³⁷. In the present case BGH declared that Section 242 of German Civil Code should be applied as part of the procedural public policy of Germany. On the other hand, the Court admitted that contradictory behavior by a party is generally permitted. It only becomes abusive if the other party has trusted that behavior or if other special circumstances make the exercise of the right appear to be unlawful. In the dispute which forms the subject matter of the BGH judgment, no grounds for trust existed for the Netherlands Insurance Group. There are also no special circumstances that made the exercise of the right appear to be unlawful. In this situation, Section 242 of German Civil Code was applied as one of the mandatory rules of German Law, which is accepted as “rules of public policy”³⁸.

Likewise, in *Eco Swiss* case one of the provisions of a German Law which is qualified as a mandatory rule was considered as a rule of public policy. This approach must be criticized that the Court could not be aware of the distinction between “domestic” and “international public policy” that the latter should be the main institution in the “annulment” or “enforcement” procedure.

The important part of the decision of the BGH is the statement that the arbitration award should not be set aside for breach of EU law provisions on public policy³⁹.

As a final remark, “illegality” of arbitration agreement is different from “illegality” of arbitral awards⁴⁰. Illegality of an arbitration agreement could rarely be seen. However if the arbitration agreement is against the mandatory rules of the law that supervises the substantial validity of the arbitration agreement, the court of the seat shall render a decision that the arbitration agreement is invalid⁴¹. On the other hand, the notion of public policy in private international law is regarded with the policies underlying the rules of the forum. It has to be understood as being a much narrower concept than the function in domestic law. When BGH characterized the Section 242 of German Civil Code as a rule of public policy, this characterization should be the subject of criticism, because Section 242 of BGB should be characterized within the category of domestic public policy, and domestic public policy is only functional in circumscribing the applicable law to the case. As annulment and enforcement conditions, adjudicators should only take into consideration the international public policy. At the end, BGH interpreted the “public policy notion” in duly manner by setting aside the *achmea* arbitral award according to Section 1059(2)(2b)⁴² instead of Section 1059(2)(2b)⁴³ of the German Arbitration Act.

B. PL Holdings v. Poland

1. General Overview

PL Holdings, which was incorporated under the Luxembourg law and registered in Luxembourg, initiated arbitration proceedings against Poland on 26 November 2014 according to the investment treaty that was concluded between the Republic of Poland and Luxembourg/Belgium which entered into force on 2 August 1991. The seat of arbitration was Stockholm. PL Holdings claimed that Poland had violated its obligations under the investment treaty by expropriating PL Holdings’ assets in Poland. On 28 September 2017, the arbitral tribunal rendered their final arbitral award in the same arbitral proceedings. According to the award, Poland undertook to pay

³⁷ “The BGH’s Achmea Decision: Arbitration Clauses In “Intra-EU BITs” Are Invalid” (Intra EU), <https://www.cleargottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2018/the-bghs-achmea-decision--arbitration-clauses-in-intraeu-bi.pdf>, (Accessed: 10.03.2021).

³⁸ Intra EU, s.3.

³⁹ SCHEU, Julian/NIKOLOV, Petyo: “The setting aside and Enforcement of intra-EU investment arbitration awards after Achmea”, *Arbitration International*, 36, 2020, p.264.

⁴⁰ BORN, Vol. I, p.953.

⁴¹ Let us assume that Turkish law applies to the substantive validity of arbitration agreement. According to Article 27 of Turkish Code of Law of Obligations, ...” the contracts that are contrary to the.... mandatory rules of the Turkish Law are invalid”. So an arbitration agreement that infringes the basic mandatory rules of Turkish law is deemed to be invalid: SARIOZ-BÜYÜKALP. A. İpek: “Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, 16, Özel Sayı 2014, s.2038.

⁴²” 2. the court finds that a) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under German law; or b) recognition or enforcement of the award leads to a result which conflicts with public policy (ordre public).

⁴³” 2. the court finds that a) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under German law; or b) recognition or enforcement of the award leads to a result which conflicts with public policy (ordre public).

653.639.384 Polish Zloty included interests to PL Holdings⁴⁴. Poland applied to the Sweden Court of Appeal (SVEA) in order to persuade the court to set aside the arbitral award. SVEA has concluded that the arbitral awards are not invalid. SVEA issued that the arbitral awards could not be vacated regarding the invalidation of the arbitral awards or on the grounds of public policy. SVEA also did not find any infringement concerning the validity of the arbitration agreement. On the other hand, SVEA has rendered a decision regarding a minor part of the final arbitral award. According to Swedish Arbitration Act⁴⁵ Section 34 Paragraph I Item 2, an award may be wholly or partially set aside upon motion of a party if the arbitrators have made the award after the expiration of the period stipulated by the parties, or where the arbitrators have otherwise exceeded their mandate. The arbitral tribunal issued an additional arbitral award regarding pre-award interest after the deadline expired. Due to this belated decision regarding the pre-award interest, SVEA vacated this minor part of this final arbitral award⁴⁶

2.Reasoning of the SVEA Court

SVEA stipulated that Member States, in individual cases, could enter an arbitration agreement with an investor, i.e., based on an expression of party autonomy. Important conclusion from this expression that notwithstanding the *Achmea* ruling, the Member States do not have responsibilities to set a system that ensure the full application of EU Law in arbitration⁴⁷.

In the end, SVEA found that the concept of public policy that receives consideration according to the national arbitration rules should not applied in the *PL Holdings v. Poland* Case.

Firstly, SVEA compared the consequences of *Eco Swiss* ruling⁴⁸ with this case. According to the SVEA, it should be underlined that the incompatibility of arbitration clause with the public policy is different from the content of the arbitral award incompatible with the public policy. SVEA reiterated that in this case consequences of this arbitral award was not manifestly incompatible with *ordre public*.

Secondly, as already stated by the Court of Appeals, it can be concluded from the *Achmea* ruling that the CJEU distinguished between what the court refers to as commercial arbitration based on the party autonomy, and a mechanism for resolving disputes between Member States where an investor in a Member State may initiate arbitral proceedings against another Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State is obligated to accept. The Court of Appeals has already noted that this does not prevent Member States, in individual cases, from entering into an arbitration agreement with an investor, i.e. based on an expression of party autonomy.

The Swedish Court read the *Eco Swiss* Judgment in an extremely narrow manner and did not take into consideration the norms of *European public policy* that lead to the conclusion that giving effect to an intra-EU ISDS clause would violate the EU law dimension of public policy⁴⁹.

V. CONCLUSION

Today, still, the business environment is inclining towards arbitration as one of the preferred forms of alternative dispute. If you compare arbitration with proceedings of the national courts, it is still efficient, confidential and time saving. The parties to the arbitration are turning party autonomy to a good account so they could easily escape from the harsh national court processes. At the same time, the parties involved in the development of the arbitral process should have issued all their

⁴⁴ SVEA Court of Appeal, Ruling 22 February 2019 Stockholm, Judgment of the Court of Appeal, p.5, (SVEA Court Report), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10447.pdf>, (Accessed:15.04.2021).

⁴⁵ The Swedish Arbitration Act, <https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>, (Accessed 18.06.2021).

⁴⁶ SVEA Court Report, p.85.

⁴⁷ SVEA Court Report, p.48.

⁴⁸ In *Eco Swiss* case as we mentioned before, CJEU found that infringing a fundamental EU regulation which is indispensable for the functioning of the EU should be construed as manifestly incompatible with *ordre public*.

⁴⁹ SCHEU/NIKOLOV, p.264.

allegations and defenses so that after the arbitral award is rendered, the winning party may expect the losing party to comply with the arbitral award voluntarily.

On the other hand, sometimes the losing party, who is not satisfied with the consequences of the arbitral award may request the set aside or the non-recognition/non-enforcement of the award. So the final efficacy of foreign arbitration awards relies on domestic courts.

Even though there are debates as to whether the “public policy” referred to in the New York Convention refers to “international public policy” or the national public policy, many countries have been guided by internationally held concepts of public policy.

The *Eco Swiss* case is one of the cases that should be criticized. The rules of EU Law should not be construed and qualified within the context of “public policy”. Only postulates, ideas, values, or abstract rights may be deemed to fall within the context of public policy.

Next, the decisions of the Courts mentioned in this article perceive the notion of public policy in different ways when supervising the arbitral awards. As we understand it, the notion of “public policy” should not function as a tactical barrier in international arbitration. Especially, as prescribed in *PL Holdings v. Poland*, the notion of public policy was construed very narrowly. The mandatory rules of law should not be qualified in the context of public policy. Since “public policy” concepts are regarded as the “ancillary rules of private international law”, they should be interpreted very narrowly. Mandatory rules could be qualified as “overriding” and may be applied by the judges and arbitrators by simply dismissing the classical “Savigny method”.

Lastly, in both BGH decision that supervise the *Achmea v. Slovak Republic* arbitral award and SVEA decision that supervise the *PL Holdings v. Poland* arbitral awards, the judges, however interpreted the concept of public policy more accurately and they did not prefer to apply the public policy notion to set aside the arbitral awards. Although the judges were not quite capable of separating the notions of mandatory rules and public policy, at least SVEA refrained from damaging the effectiveness of the awards in *PL v. Poland* by not invoking the notion of public policy which is no doubt a dangerous weapon against the international commercial arbitration regime that should be protected for common good as it is so precious for the global commercial life.

REFERENCES

- AKINCI, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 5.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: “Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Klotzlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar”, in ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice/BALKAR, Süheyla (ed.), Tahkim Anlaşması, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.103-131.
- ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: “Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of “Arbitration Without Privity” (Manufacture), Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, XLIII(LX), 2011, p.187-201.
- BARRACLOUGH, Andrew/WAINCYMER, Jeff: “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, Melbourne Journal of International Law, 6(2), 2005, s.205-244.
- BERMANN, George A.: “Navigating EU Law and Law of Arbitration,” Arbitration International, 28(3), 2012, s.397-446.
- BORN, Gary: International Commercial Arbitration, Vol I, Ed.3, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2021.
- BORN, Gary, International Commercial Arbitration, Vol.III, Ed.3, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2021.
- BUCHANAN, Mark A.: “Public Policy and International Commercial Arbitration”, American Business Law Journal, XXVI (III), Fall 1988, p.511-531.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Yeniden Kamu Düzeni, Onuncu Yılında MOHUK Sempozyumu, in Tanrıbilir, Feriha Bilge/Gümüşlü Tunçağıl, Gülce (ed.), Sempozyum 7-8 Aralık 2017, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.85-98.
- DOLINGER, Jacob: “World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws”, Texas International Law Journal, XVII(II) Spring 1982, p.167-193.
- EKŞİ, Nuray: “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan,40(1), 2020, s.143-201
- FRY, James: “Desordre Public International under the New York Convention: Wither Truly International Public Policy”, Chinese Journal of International Law, VIII, 2009, p.81-134.
- FUMAGALLI, Luigi: “Mandatory Rules and International Arbitration: An Italian Perspective”, ASA Bulletin, 16(1), 1998, s.43-59.
- GRUSIC, Uglješa/HEINZE, Christian/MERRETT, Louise/MILLS, Alex/GARCIA-CASTRILLON, Carmen Otero/TANG, Zheng Sophia/TRIMMINGS, Katarina/WALKER, Lara: Cheshire, North & Fawcett Private International Law-Edited by Paul Torremans, Ed.15, OUP, New York 2017.
- GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku-Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- HAY, Peter: Advanced Introduction to Private International Law and Procedure, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton 2018.
- HORVATH, Gunther J: “The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award”, Journal of International Arbitration 18(2), 2001, p.135-158.
- IDOT, Laurence: “Arbitrage et droit de la concurrence”, Revue des droits de la concurrence, Concurrences 4, 2010, note.64, s.14, www.concurrences.com, (13.04.2021).
- JEMIELNIAK, Joanna: “Transnationalization of Domestic Law in International Commercial Arbitration Through Comparative Analysis: Challenges for Legal Profession, Contemporary Asia Arbitration Journal, 7(2), 2014, s.309-340.
- KÁPOSZNYÁK, Aliz: “Intra-EU Arbitral Awards After Achmea: Recognition and Enforcement Within the European Union Under the New York Convention” in Z. Meškić et al. (eds.), Balkan Yearbook of European and International Law 2019, 2020, p.69-89.
- KASOŁOWSKY, Boris/WENDLER, Carsten: Challenging and Enforcing Arbitration Awards: Jurisdictional Know-How-Germany- in Rowley, J.William/Gaillard, Emmanuel and Kaiser, Gordon E. (eds) The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards, David Samuels, London 2019, p.300-315. For the text of the German Arbitration Act see: <https://sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>, (10.04.2021).
- KEGEL, Gerhard/SCHURIG, Klaus: Internationales Privatrecht, 9. Auflage, Beck, München 2004.
- LALIVE, Pierre: “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series, III, 1986, Kluwer Law International, Aaan den Rijn 1987, p.258-318.
- MAURER, Anton.: The Public Policy Exception under the New York Convention-History, Interpretation and Application, Revised Edition, JurisNet, New York 2013.

- MAYER, Pierre: “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Arbitration International*, 2 (4),1986, s.274-293.
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 22.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- PARK, William: *The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, XXXVI, 2003, p.1242-1311.
- SARIÖZ-BÜYÜKALP. A. İpek: “Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 16, Özel Sayı 2014, s.2015-2061.
- SCHEU, Julian/NIKOLOV, Petyo: “The setting aside and Enforcement of intra-EU investment arbitration awards after Achmea” *Arbitration International*, 36, 2020, p.254-274.
- SILACI KORKMAZ, Melis. *New York Konvansiyonu Uyarınca Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği ve Ehliyet*, İstanbul 2020.
- SHENOY, Nivedita: “Public Policy under Article V (2)(b) of the New York Convention: Is there a Transnational Standard”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, XX, 2018, p.77-103.
- STORSKRUBB, Eva: “Navigating EU Law and the Law of Arbitration-From the Horizon of Commercial Arbitration in Sweden”, In: Eric Bylander, Anna Jonsson Cornell, Jakob Rangwaldh (ed.), *Forward! – Вперед! – Framåt!*: Essays in Honour of Prof Dr Kaj Hobér Uppsala: Iustus förlag, Uppsala 2019, p.285-309.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Bası.8, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- TEKİNALP, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin.: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılık, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Güncel Gelişmeler*, Edt. Süheyla Balkar BOZKURT, Sempozyum 14 Ekim 2016, On iki Levha, İstanbul 2018, s.83-95.
- TİRYAKİOLU, Bilgin: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, AÜHF Döner Sermaye Yayınları, Ankara 1996. (Taşınır)

**VERGİ DAİRESİ ÖZELİNDE TİCARET SİCİLİ KAYITLARINDA
“ÜÇÜNCÜ KİŞİ”**

"THIRD PERSON" IN THE TRADE REGISTRY AS PART OF TAX OFFICE

İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU*  <https://doi.org/10.21492/inuhfd.897914> **Makale Bilgi**Gönderi: 16/03/2021
Kabul : 09/07/2021**Anahtar Kelimeler***Ticaret Sicili,
Üçüncü Kişi,
Sicilin Olumlu ve
Olumsuz Etkisi,
Görünüşe Güven
İlkesi,
Vergi Dairesi.***Article Info**Received: 16/03/2021
Accepted: 09/07/2021**Keywords***Trade Register,
Third Party,
Positive and Negative
Effect of Trade Registry,
Principle of Trust in
Registry,
Tax Office.***Özet**

Ticaret sicili, özünde ticari işletmeye dair hususların kaydı ile varlıkları hakkında aleniyetin sağlanması suretiyle kamu nezdinde bilhassa üçüncü kişilerin bilgi sahibi olmasına yarayan ve ispatına hizmet eden resmi sicildir. Ticaret sicili kayıtları tescile tabi tutulan hususun hukuken varlık kazanıp kazanmaması bakımından kurucu ya da açıklayıcı; üçüncü kişilerin iyi niyetli sayılıp sayılmaması açısından ise olumlu ya da olumsuz etki gösterebilir. Hatta görüşüne güven ilkesi çerçevesinde tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında farklılık bulunması hâlinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri korunmaktadır. Bunların haricinde tescile tabi hususun hem incelenmesinde başvurulacak kriterlerin belirlenmesinde hem de ticaret sicili müdürlüğüne belirli şartlarda üçüncü kişilerin başvurması neticesinde ortaya çıkan durumlar açısından ticaret sicili kaydındaki üçüncü kişiler özellik arz etmektedir. Bu bağlamda ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişilere doğrudan ya da dolayısıyla etkilerinin doktrinde geniş çerçeveli araştırmalara konu olduğuna tanık olmaktadır. Oysaki ticaret sicilinin etkilerinin muhatabı olan/olacak üçüncü kişinin kim olduğuna dair herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Bu yüzden bu konudaki hukuki boşluğun ticaret sicili kayıtlarında üçüncü kişinin belirlenmesine dair birtakım kıstaslar ortaya konularak doldurulması gerekmektedir. Bunun için vergi dairesi özelinde ticaret sicili kayıtlarında ‘üçüncü kişi’ kavramı irdelenecektir.

Abstract

Fundamentally, the trade registry is the official registry, which serves the public to have information and to prove, peculiarly for third parties, by providing publicity about its existences with the registration of the things regarding the commercial enterprise. The constitutor or explanatory in terms of whether the matter subject to registration is legally occur or not; it may show positive or negative effects in terms of whether third parties are deemed to be bona fide or not. As well, if there is a difference between the registration and the declared situation within the framework of the principle of trust in opinion, the third parties' trust in the advertised situation is protected unless it is proven that they know the real situation that has been registered. Apart from these, the third parties in the trade registry are characterized both in designating the criteria to be applied in the examination of the subject to registration and in the situations that arise as a result of the application of third parties to the trade registry commerce under specific conditions. Within this context, we testify that the direct or indirect effects of trade registry on third parties are the subject of widely research in the doctrine. Though, no legal regulation has been made regarding the identity of the third person who is/will be the addressee of the effects of the trade registry. Therefore, the legal gap in this matter should be filled by setting several criteria for the determination of the third party in the trade registry records. Therefore, the legal concept of 'third party' in the trade registry records will be examined specific to the tax office.

EXTENDED SUMMARY

Trade registry records are public. As a result of the publicity function linked to the registry, commercial legal relations are announced to the public. In addition, the trade registry ensures that legal relations continue to be safe in commercial life. In this way, third parties examine these records whose compliance with the truth and the law is investigated by the registry manager, have information about the situation of the merchant and the commercial enterprise, and decide whether to enter into a commercial relationship with him/her. Apart from these, the fact that the trade registry records are data processing centers has important provisions and consequences for third parties due to the effects of the trade registry. Therefore, with this article to be written, it is necessary to draw the framework of the concept of third party based on the effects of the functions of the trade registry records on third parties. In this way, if the third parties are known, the scope of the effects of the trade registry can also be drawn.

Third parties can not claim they don't know the things registered in commercial register and announced. It is called positive effect of commercial register. The thing that should be registered and announced but did not, may not be asserted to the third parties. In the doctrine, it is seen that a detailed examination is not made on the issues that can be registered in the trade registry in the study that examine the negative effect of the trade registry. In addition, we can say that the case generally accepted in the doctrine that the registry has a negative effect in terms of legal transactions deals with the issue with a narrow perspective. Because it is seen that all the examples given on the subject are the same and that the same legal error is always made within this plot. The significant point here is that the trade registry can have an effect on the transactions made by third parties voluntarily based on the registry. The fact that the issues that can be recorded in the trade registry are not given as a list in the legislation is the source of these discussions. The negative effect of the trade registry protects third parties. In this context, not only the relevant concept, but also the third parties should be addressed in the trade registry records. Because, even the relevant concept has been handled in every aspect in the studies conducted on the subject in the doctrine, the scope of third parties in terms of effects is not drawn, nor is a criterion put forward. Consequently, this legal gap regarding the subject in the doctrine must be filled. Because even though it is explained in the doctrine what the negative effect of the registry is, there is no research on its area of effect.

In this article, in which we deal with the concept of third party in the context of the effects of trade registry records, first of all, the functionality of the concept of third party is questioned by finding provisions on the subject. Here, the content of this concept should be filled in based on the authority, right and responsibility given to the third party and the burden to which it is subjected. For this, it is tried to answer the question of in which aspects the concept of third person become functional. In this context, the matters that can be registered in the trade registry are determined by considering the foreign literature. After these determinations, the relationship between the causality and the issues that can be registered in the trade registry within the framework of doctrine and jurisprudence has been revealed. Thus, while writing this article, we can say that the tax office has adopted the mixed method with a critical study.

In accordance with the principle of proportionality prevailing in the law of obligations, all rights and obligations arising from the debt relationship have only provisions and results between parties. However, at the point where the effects of this proportionality principle should be recorded in the trade registry; In other words, the fact that it is diluted in commercial relations and may affect third parties in all commercial relations, limited to the matters permitted for registration in the law or regulation, is stipulated by the legislator. When determining the concept of third party in the trade registry records, after determining the existence of an issue authorized for registration to the trade registry, it should be questioned whether the legal effect is indirect or not, based on the failure to fulfill the registration process in general. If there is a direct effect, the concerned party is mentioned, not the third person. Of course, while this inquiry is being made, the nature of the causal relation between the subject that is possible to be recorded in the registry and the result linked to it is important. Here, we witness the indirect effect of the negative effect of the trade registry during the investigations we make in the tax office. Only for this reason, it stipulates the existence of the indirect causal relation between the registration made in the trade registry and the attitudes and behaviors of the third person in the concrete case in an abstract way. The trade registry records are of a guiding at the point that the tax office determines, imposes, accrues and collects the taxpayer uses these powers from beginning to end. In that case, a commercial legal relationship underlies at the heart of the tax-generating event. The tax office indirectly affected by this relationship is generally in the position of the third person in the eye of the limited company, particularly the manager director. In this way, we see that the trade registry does not distinguish between public and private law persons in terms of its effects. The important point here should be considered that the tax office can also be considered as a bona fide third person and benefit from the effects of the trade registry records. It should be noted that the concept of third party in the trade registry records has a notable function not only in terms of the effects of the registry but also at the point of transactions made in the registry. As a matter of fact, even this point shows us that they can affect the reliability and accuracy of the records in the trade registry and benefit from it by pointing out the need to outline the concept of third party.

I. GİRİŞ

Ticaret sicili kayıtlarında ‘*üçüncü kişi*’ kavramına hem TTK’da hem de TSY’de önemli hüküm ve sonuçlar bağlanmıştır. Bu bağlamda ticaret sicil müdürünün inceleme görevi dahilinde tescil edilecek hususların üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelikte olup olmadığını araştırması gerekir (TTK m.32/3, TSY m.27). İlgililer¹, ticaret sicilinde tescil, değişiklik veya silinme talepleriyle ilgili olarak sicil müdürlüğünce verilecek kararlara karşı belli koşullar altında itiraz edebilirler. Bu itiraza istinaden sicil müdürünün vereceği karar, üçüncü kişilerin sicilde kayıtlı bulunan hususlara ilişkin menfaatlerine aykırı olduğu takdirde, itiraz edenle üçüncü kişi de dinlenir (TTK m.34/2-2. cümle)². Pek tabidir ki, üçüncü kişilerin menfaatlerinin gözetilmesi bakımından tescil ve ilan üçüncü kişilere etkisinin önemli bir yeri vardır. Buna göre; ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü kişiler hakkında, tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği; ilan tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurmaktadır (TTK m.36/1, TSY m.30/1). Bu kapsamda bir yandan üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddialarının dinlenememesi³ (TTK m.36/3, TSY m.30/3) bakımından sicilin üçüncü kişiler üzerindeki olumlu etkisi düzenlenmiştir. Diğer yandan tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi açısından ise sicilin olumsuz etkisi hüküm altına alınmıştır⁴ (TTK m.36/4, TSY m.30/4). Hatta görünüşe güven ilkesi ile de tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında farklılık bulunması hâlinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri korunmaktadır (TTK m.37). Oysaki bu hüküm ve sonuçların kapsam açısından yalnızca belirttiğimiz mevzuat için değil; aynı zamanda ilgili mevzuatın ticaret sicili harici hükümleri ile diğer mevzuatlardaki hükümler için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıca bir olgunun tescil ile beraber derhâl üçüncü kişiler hakkında sonuç doğuracağına veya sürelerin derhâl işleyeceğine ilişkin özel hükümlerin de saklı tutulduğu unutulmamalıdır (TTK m.36/2, TSY m.30/2). Zira ticaret sicili kayıtları -istisnai olarak- zaman bakımından üçüncü kişiler hakkında ilan ile değil; tescil ile hüküm ifade edebilir.

Ticaret sicili kayıtları dolayısıyla üçüncü kişilere karşı da hukuki sorumluluk gündeme gelebilir. Şöyle ki; kayıtların gerçeği tam olarak yansıtmaması, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelikte olmaları veyahut kamu düzenine aykırı olmaları hallerinden en azından birini (TTK m.32/3, TSY m.34) öğrendikleri hâlde düzeltilmesini istemeyenler ve tescil olunan bir hususun değişmesi, sona ermesi veya kaldırılması dolayısıyla, kaydın değiştirilmesini veya silinmesini istemeye ya da yeniden tescili gereken bir hususu tescil ettirmeye zorunlu olup da bunu yapmayanlar, bu kusurları nedeniyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin ile yükümlüdürler (TTK m.38/2).

TSY m.1: “*Bu Yönetmeliğin amacı, ticaret sicili kayıtlarının tam ve sağlıklı tutulmasını ve emredici hukuk kuralları çerçevesinde kayıtların aleniyetinin ve üçüncü kişiler dahil tarafların hukuki güvenliğinin teminat altına alınmasını sağlamaktır.*” O halde bu hükmün amacının sağlanabilmesi maksadıyla üçüncü kişilere ticaret sicili müdürlüğüne başvurma hakkı tanınmıştır⁵. Buna göre; tescil başvurusuna ilişkin müdürlüğün herhangi bir kararı veya işlemi üzerine kişisel yararı bulunmasa bile üçüncü kişiler, bu kararın veya işlemin gerçeği tam olarak yansıtmadığını yahut Kanuna uygun olmadığını, kamu düzenine aykırı veya üçüncü kişilerde yanlış düşünceler uyandıracak mahiyette bulunduğunu ispata elverişli birtakım olguları, müdürlüğe bildirebilir. Bu

¹ Ticaret siciline kaydın iç etkileri yani ilgili ya da taraflar açısından kaydın ilgili hak üzerindeki etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAYALÇIN, Yaşar: “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri”, Batider, 8(2), 1975, s.7 vd.

² Tescil talebinde bulunan kişilerin haricindeki kimselere tebligat yapılması söz konusu olmadığı gibi tescili talep edenler haricinde kalanların sekiz gün içerisinde itiraz yoluna başvurusu düşünülen kişiler arasında kabul edilmedikleri yöndeki görüş için bkz. KARAMAN COŞGUN, Özlem: “Ticaret Sicili Müdürlüğü Kararlarına İtiraz Edebilecek Kişiler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2), 2017, s.9.

³ Ticaret sicilinin olumlu etkisinin dış görünüş teorisi açısından incelenmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BATTAL, Ahmet: “Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun Ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi”, Batider, 19(1), 1997, s.98 vd.

⁴ Üçüncü şahıs lehine bir karinenin varlığı hakkında bkz. KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku (I. Giriş-Ticari İşletme), 3. Bası, Ankara 1968, s.311.

⁵ İtiraz yoluna yalnızca sicile başvurusu reddedilen kişilerin gidebileceğinin kabulü, üçüncü kişilerin bir hususun sicile tescilini engelleme açısından başvurabileceği hukuki yolları tüketmemektedir. Bkz. KARAMAN COŞGUN, s.9. Kanaatimizce üçüncü kişilere de belli şartlar dahilinde sicil müdürlüğünce verilecek kararlara karşı dolaylı itiraz hakkı tanınmıştır.

iddiaların yerinde olduğuna kanaat getirilmesi ve henüz bir işlem yapılmamış olması halinde başvuru reddedilir. İşlem gerçekleştirilmiş ise, tescile davet kurumu işletilecektir (TSY m.37/1)⁶. Bu cihetle müdürlük, başvuruda bulunmuş olan üçüncü kişiye söz veya yazı ile uygun gördüğü soruları sorabilir. Üçüncü kişi, bunları açıkça cevaplandırmaya mecburdur. Gerekli cevapları vermediği takdirde, başvuru değerlendirmeye alınmayabilir (TSY m.37/2).

Görüldüğü üzere ticaret sicili kayıtlarında ilgililer kadar üçüncü kişilerin birtakım hak, yetki ve sorumluluklarının olduğunu, haliyle bunların muhataplarının çerçevesinin çizilmesinin önemi yadsınamaz.

II. TİCARET SİCİLİNE KAYDEDİLEBİLECEK HUSUSLAR

Ticaret siciline kaydedilebilecek hususların neler olduğu konusunda ne TTK'da ne de TSY'de genel bir liste verilmiştir⁷. Zira ticaret siciline kaydedilebilecek hususlar teker teker söz konusu mevzuata serpiştirilmiş şekilde belirtilmiştir⁸. Bu bağlamda ticaret sicilinde yer verilebilecek kayıtlar tescili zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılmıştır⁹. Tescili öngörülmekle birlikte emredici mahiyette olmayan olguların – ticari temsilcinin temsil yetkisinin sınırlandırılmasına dair TBK m.549 hükmünde olduğu gibi- hükümde belirtilen hukuki sonucun doğması için ticaret siciline tescili gerçekleştirildiğinde tescile bağlanan hüküm ve sonuçlar doğar¹⁰. Bu bağlamda Kanunun öngördüğü haller dışında kalan hususlar bir şekilde tescil ve ilan edilmiş olsalar dahi bu hal üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu gerçeğini değiştirmez¹¹.

Doktrinde ticaret siciline kaydedilebilecek hususların neler olduğu konusunda bir tespit bulunmaya çalışılırken sicilin olumsuz etkisinin vuku bulduğu alandan yola çıkıldığını görmekteyiz. Bu bağlamda sicilin olumsuz etkisinin esasında hukuki işlemler üzerinde geçerli olduğu kabul edilmektedir¹². Nitekim hukuki işlemlere dair tüm süreçler açısından -irade açıklamasında bulunulması, culpa in contrahendo sorumluluğu da dahil olmak üzere ticari işlemlerdeki süreçler vb.- ticaret sicili etkilerini gösterecektir¹³. Hatta sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz ticari yönetimden kaynaklı ve haksız fiil taleplerinde (sözleşmenin akdinde hile) de bu

⁶ Ayrıca, üçüncü kişilerin sicil müdürlüğüne başvurusu bir ticaret unvanının tescil edilmediğine, Kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğine veya kullanıldığına ilişkin olması durumunda da tescile davet kurumundan faydalanılabilmektedir.

⁷ ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.361-362; ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2018, s.264; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s.205; BOZER, Ali/GÖLE Celal: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2015, s.254; BİLGE, Mehmet Emin: Ticaret Sicili (Sicil), 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s.81; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 12. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.254.

⁸ İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s.52; ARKAN, s.264; POROY/YASAMAN, s.205; BOZER/GÖLE, s.254-255; BİLGE, Sicil, s.81.

⁹ BİLGE, Sicil, s.80; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.254.

¹⁰ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.254.

¹¹ KIRCA, İsmail: "Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisine Getirilen Ve Tescili Caiz Olmayan Sınırlandırmaların Üçüncü Kişilere Etkisi", Batider, 17(3), 1994, s.156. Benzer yönde bkz. VOGT, Hans-Ueli: Der öffentliche Glaube des Handelsregisters (Registerrecht, Vertauenshaftung, Ökonomie der Information), SSHW- Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 220, Schulthess Juristischen Medien AG, 2003, 2. Kapitel, § 4, N. 171, s.346.

¹² KARAYALÇIN, I. Giriş-Ticari İşletme, s.312; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.384; ARKAN, s.273; ÜLGEN, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), Ankara 1975'den Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s.164-165; BİLGE, Sicil, s.202; YILMAZ, Asuman: "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Sicilinde Hukuki Görünüşe Güven (TTK m.37)", Batider, 30(3), 2014, s.69; AYAN, Özge: "Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi", Hacettepe HFD, 10(2), 2020, s.476; DEMİREL, Duygu: Ticaret Sicili, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.234. Hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık halinde üçüncü kişi sicilin olumsuz etkisine dayanabilir. Bkz. KARAYALÇIN, I. Giriş-Ticari İşletme, s.312. Aynı yöndeki görüş için bkz. ÜLGEN, s.165; BİLGE, Sicil, s.203; ÜNAL, s.5; AYAN, s.477. HGB § 15'in hukuki işlemlere dair bağlayıcılığı üzerinde bir sınırlandırma getirmediği yönünde bkz. HUFFER, Uwe: Handelsgesetzbuch, Band 1: Einleitung; §§1-104, Part 1, Herman Staub (Ed.) et al., Grosskommentare Der Praxis, DE GRUYTER, Berlin-New York 1995, HGB § 15, Rn. 13.

¹³ KREBS, Peter: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, (Hrsg: DRESCHER, Ingo/FLEISCHER, Holger/SCHMIDT, Karsten), 5. Auflage, München 2021, MüKoHGB § 15, Rn. 27. Sözleşmenin akdinde kusurluluk ve sözleşmenin olumlu ihlali de dahil olmak üzere bkz. GEHRLEIN, Markus: Handelsgesetzbuch, Band 1 §§ 1-342e, (Hrsg: EBENROTH, Carsten Thomas/BOUJONG, Karlheinz/JOOST, Detlev/STROHN, Lutz), 4. Auflage, München 2020, HGB § 15, Rn.3.

durum geçerlidir¹⁴; meğerki bu durumlar ile ticari işlemler arasında bir bağlantı kurulabilsin¹⁵. Ayrıca yargılama işlemleri/dava takibi ve icra takipleri (ilamlı icra) açısından da ticaret sicili etkisini aynı şekilde gösterecektir¹⁶. Oysaki Türk hukuku doktrininde sicilin olumsuz etkisinin haksız fiillerde geçerli olmadığı hususu bundan kaynaklı ilişkilerde üçüncü kişilerin güvenlerinin ticaret sicilindeki görünüşe göre şekillendirilememesi gerekçesine dayandırılmaktadır¹⁷. Bunların haricinde genel kanaate göre; vergi borçlarında¹⁸, sanayi ve ticaret odası katkı paylarında¹⁹, işletme devrinden kaynaklı alacaklarda (BGB § 613a Abs. 1 S.1), bir trafik kazasında üçüncü kişinin yaralanması durumunda²⁰ – genel bir hukuki ilişkiye katılma durumunda olduğu gibi- ticaret sicili etkilerini göstermez iken beraber yolculuk yapılan iş ortağının zarar görmesi durumunda ise ticaret sicili etkilerini gösterecektir²¹.

III. ALMAN HUKUKU BAKIMINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİ

Türk hukukunda ticaret sicili kayıtları açısından ‘*üçüncü kişi*’ kavramına dair herhangi bir inceleme yapılmadığı için Alman hukukunun gözünden ‘*üçüncü kişi*’ kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair bilgi verilmiştir²².

HGB § 15 hükmünün Türk hukukundaki karşılığı -kısmen- TTK m.36 ile 37 hükümleridir. BGB § 15 Abs. 1²³ hükmü ile ticaret sicilinin olumsuz etkisi düzenlenmiş olup²⁴ TTK m.36/4 hükmünden özellikle iyi niyetin kapsamı açısından ayrılmaktadır. BGB § 15 Abs. 2-S.1²⁵ hükmü ise ticaret sicilinin olumlu etkisine işaret ederek TTK m.36/3 hükmü ile benzerlik arz etmektedir. Bunun haricinde BGB § 15 Abs. 3²⁶ hükmü uyarınca; “*Tescili gereken bir husus yanlış ilan edilmişse, üçüncü bir kişi, kayıt yükümlüsüne (ilgiliye) karşı ilan edilen hususa dayanabilir; meğerki yanlışlığı biliyor olsun.*” Söz konusu hüküm ise -mehazdaki lafızdan ayrılmadan kaynaklı tartışmalar bir yana bırakılacak olursa²⁷- TTK m.37’de düzenlenen görünüşe güvenin karşılığını teşkil etmektedir.

‘*Üçüncü kişi*’ kavramı işlem güvenliğinden kendisi yararlananları kapsamaz²⁸. Diğer bir deyişle, üçüncü kişi, bir hususun ticaret siciline tescilinden ve ilanından sorumlu tutulan kişileri

¹⁴ MükoHGB/KREBS § 15, Rn. 27. Yalın haksız fiil hali bu durumdan müstesnadır. EBJ/GEHRLEIN, BGB § 15, Rn.3. Bu durumu aksi yöndeki görüş şeklinde gösteren müellif için bkz. TEICHMANN, Artur: Handelsrecht, 3. Auflage, Nomos UTB, Baden-Baden 2013, N. 356, s.183-184.

¹⁵ HUFFER, BGB § 15, Rn. 13; OETKER, Hartmut/PREUß, Nicola: Handelsgesetzbuch, 7. Auflage, München 2021, BGB § 15, Rn. 8. Cari hesapta fazla ödemedi kaynaklı borç olmayan şeyin yerine getirilmesi sebebiyle sebepsiz zenginleşme talebi ya da geçersiz ya da iptal edilmiş bir ticari işletmeye ait sözleşmelerdeki kayıtların geçmişi etkili tasfiyesinden kaynaklı zenginleşme borcu, rekabet kurallarına dayalı haksız fiil talebinde olduğu gibi ticari işlemlerden kaynaklanmaktadır. Bkz. EBJ/GEHRLEIN, BGB § 15, Rn.3. Benzer yönde bkz. HUFFER, BGB § 15, Rn. 13.

¹⁶ HUFFER, BGB § 15, Rn. 13; MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 27; OETKER/PREUß, BGB § 15, Rn. 8; TEICHMANN, N. 356, s.183-184. Dava ehliyeti açısından aksi yönde bkz. EBJ/GEHRLEIN, BGB § 15, Rn.3. Şirketler hukuk açısından bu konuda verilen örnekler için bkz. VOGT, 2. Kapitel, §4, N. 160-161, s.342.

¹⁷ BİLGE, Sicil, s.202-203; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.384; YILMAZ, s.69; DEMİREL, s.234. Haksız fiil sonucunda ortaya çıkan zarar ile sicil kayıtları arasında bir nedensellik bağı kurulmadığı gerekçesi için bkz. ÜLGEN, s.165; AYAN, s.476. Bu durumlarda, sicildeki kayda değil, gerçek duruma itibar edilmesi gerektiği yönünde bkz. İMREGÜN, s.58.

¹⁸ BFH Urt. V. 13.4.1978- V94/74, NJW 1978, 1944; HUFFER, BGB § 15, Rn. 13.

¹⁹ VG Aachen Urt. V. 19.3.2004- 7 K 480/04, NJW 2005, 169.

²⁰ Yalnızca yalın hukuka aykırı işlemler açısından bkz. EBJ/GEHRLEIN, BGB § 15, Rn.3.

²¹ MükoHGB/KREBS, BGB § 15, Rn. 27; EBJ/GEHRLEIN, BGB § 15, Rn.3. İşçi taleplerinin bu kapsamda değerlendirildiği yönünde bkz. OETKER/PREUß, BGB § 15, Rn. 9.

²² V nolu başlıkta yaptığımız değerlendirmede Türk hukuku bakımından ticaret sicili kayıtlarında ‘*üçüncü kişi*’ kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair tespitlerde bulunulmuştur.

²³ “*Solange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.*”

²⁴ BGB § 15 Abs.1’de kaydı zorunlu olmasına rağmen tescil edilmemiş hususunun, kayıt ilgilisi tarafından ileri sürülemeyeceği belirtilmekle sicilin olumsuz etkisinin üçüncü kişiler arasında geçerli olup olmayacağı konusu tartışmalı hale getirilmiştir. Bkz. BİLGE, Sicil, dipnot 615, s.208.

²⁵ “*Ist die Tatsache eingetragen und bekanntgemacht worden, so muß ein Dritter sie gegen sich gelten lassen.*”

²⁶ “*Ist eine einzutragende Tatsache unrichtig bekanntgemacht, so kann sich ein Dritter demjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, auf die bekanntgemachte Tatsache berufen, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kannte.*”

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, s.75 vd.

²⁸ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 46; EBJ/GEHRLEIN, BGB § 15, Rn. 10. Benzer yönde bkz. WAMSER, Frank: Gesellschaftsrecht, (Hrsg: HENSSLER, Martin /STROHN, Lutz), 5. Auflage, München 2021, BGB § 15, Rn. 4.

hariç tutar²⁹. Buradan hareketle her halükârda münferiden tacir (işletme sahibi)³⁰, ilgili yani kayıt yükümlüsü şirket³¹ ve kayıt bir pay sahibini ya da organ üyeyi/ticari temsilciyi veyahut tasfiye memurunu ilgilendiriyorsa üçüncü kişi sayılmazlar³². Ayrıca işletme içi olaylar da HGB § 15'in korumasından faydalanamaz³³. Zira HGB § 15 Abs. 1 (yalnızca) dürüst üçüncü kişileri korumaktadır³⁴.

Buna uygun olarak genel kanaat, pay sahipleri ve organ kişiler arasında üçüncü kişinin olmayacağı yönündedir³⁵. Bu kanaat, söz konusu kaydın pay sahiplerini ya da organ kişilerini etkilemelerinden bağımsız olarak geçerlidir. Bununla birlikte diğer tüm işletmelerin çalışanları da; örneğin; yetkili imza sahipleri, kendisi etkilenmemiş olsa bile üçüncü kişi değildir³⁶. Pay sahibinde olduğu gibi işletmenin çalışanlarının şirket ile ticari işlemlerde bulunduğu, işletmenin mensubu olmaları sebebiyle üçüncü kişi sayılmayan bu kişilerin ne şekilde ele alınacağı tartışmalıdır³⁷. Hatta işletmenin çalışanlarının iş ve hizmet sözleşmeleri açısından da benzer bir sorun gündeme gelebilir³⁸. İmparatorluk mahkemesi ve doktrinin bir kısmı bu gibi durumlarda işletmenin çalışanlarını üçüncü kişi olarak addetmektedirler³⁹. Oysaki doktrinde bu görüşe şiddetle karşı çıkmaktadır⁴⁰. Karşıt görüşte olanlar HGB § 126 Abs. 2 hükmü uyarınca temsil yetkisinin belirli şekillerde sınırlandırılmasına işaret ederek pay sahibinin ticaret sicilinin susmasına dayanmasına izin verilmemesi gerektiği görüşündedirler⁴¹.

Tescil yükümlülüğünden kendileri etkilenmeyen işletme çalışanlarına HGB § 15'in uygulanabilmesinden söz edilebilmesi için ticari işlemlerde işletmenin/şirketin çalışanıyla ya da pay sahibiyle özel kişi olarak karşı karşıya gelmesi gerekir⁴². Bu sebeple işletmenin çalışanı da üçüncü kişi olarak değerlendirilebilir. Nitekim pay sahibi dışarıdan bir kişi gibi şirket ile karşı karşıya geldiğinde, pay sahibinin harici üçüncü bir kişiden daha az korunmaya değer olduğu söylenemez⁴³. İşletme çalışanının işletme içi konumu sebebiyle belirli bir süreç hakkında bilgi sahibi olduğu

²⁹ MUTHER, Peter Hendrick, Beck'she online-Kommentar,(Hrsg: HÄUBLEIN, Martin/HOFFMANN-THEINERT, Roland), 31. Edition, Stand: 15.01.2021, HGB § 15, Rn. 41.

³⁰ Ticaret siciline tescil ile hukuki bir yarar sağlayacak kişi olması gerektiği yönünde bkz. OETKER/PREUß, HGB § 15, Rn. 22. Ticaret siciline azil kaydedilmemiş olsa dahi önceden azledilmiş bir tasfiye memuru aracılığıyla bir limited şirketin temsilinin ortadan kalkacağı yönünde bkz. BeckOK HGB/MUTHER, HGB § 15, Rn. 10.

³¹ Bir tüzel kişi (ticaret şirketleri dışında kalan) ya da ticaret şirketi (şahıs-sermaye şirketi), kolektif ya da komandit şirkette ortağın ölümü halinde hukuki halefleri de dahil olmak üzere kayıt yükümlüsü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. EBJs/GEHRLEIN, HGB § 15 Rn. 9; MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 42; OETKER/PREUß, HGB § 15, Rn. 22.

³² MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 46; OETKER/PREUß, HGB § 15, Rn. 24; KOLLER, Ingo/KINDLER Peter/ROTH Wulf-Henning/DRUEN Klaus-Dieter/BACH Nina: Handelsgesetzbuch, 9. Auflage, München 2019, HGB § 15 Rn. 12; TEICHMANN, N. 353, s.183; EBJs/GEHRLEIN, HGB § 15, Rn. 10.TTK m.37 hükmünün gerekçesinde de; “ ‘Üçüncü kişi’ terimine hakkında tescil yapılan kişinin işletmesindeki yöneticiler ve işletmenin ortakları giremez.” şeklindeki ifade biçimiyle konuyla ilgili olarak yabancı doktrindeki duruma benzer bir tavır sergilediği söylenebilir. Aynı yönde görüş için bkz. POROY/YASAMAN, s.214. Hatta ticaret şirketlerinin kuruluşlarında kurucu ortakların da ilgili sayılmaları gerektiği yönünde bkz. İMREGÜN, s.53. Anonim şirketler ve limited şirketlerde pay sahiplerinin tescili talep bakımından ilgili sıfatına sahip olup olmadığı hususundaki içtihat örnekleri için bkz. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.365-366.

³³ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 46.

³⁴ HENSSLER/STROHN GesR/WAMSER, HGB § 15, Rn. 4; OETKER/PREUß, HGB § 15, Rn. 24. HGB § 15 Abs.3 hükmüne de üçüncü kişinin dayanacağı hususunda bkz. BeckOK HGB/MUTHER, HGB § 15, Rn. 41.

³⁵ Aynı yönde görüş için bkz. MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 42. Kayıt veya ilan yükümlülüğünün ihlaline ilgilinin sebebiyet vermesinin ya da ilgiliye atfedilebilmesinin gerekli olmadığı yönünde bkz. EBJs/GEHRLEIN, HGB § 15 Rn. 9. Bu kabulün HGB § 15 Abs.1'in tam ehliyetli olmayan kişilerin aleyhine uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı olsa da, yine de uygulanması gerektiği yönünde bkz. BeckOK HGB/MUTHER, HGB § 15, Rn. 11. Nitekim doktrindeki hâkim görüş HGB § 15 Abs.1'in uygulanmasında ehliyet şartını aramamaktadır. Zira HGB § 15 Abs.1, işletme sahibinin organizasyon riskinin vücut bulmuş halidir. Bkz. MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 44-45; OETKER/PREUß, HGB § 15, Rn. 22. Tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluklar ile tüzel kişiliğe sahip topluluklar arasında pay sahibi-şirket; pay sahibi-pay sahibi arasındaki ilişkilerde ilgili ve üçüncü kişi ayrımı için bkz. VOGT, 2. Kapitel, § 4, N. 169, s.345-346.

³⁶ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 46.

³⁷ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 46; BeckOK HGB/MUTHER, HGB § 15, Rn. 12; OETKER/PREUß, HGB § 15, Rn. 24.

³⁸ Ticari temsilci aracılığıyla feshin ihbarında olduğu gibi. Bkz. MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 46. Pay sahibi, şirketine dışarıdan bir iş ortağı (kredi veren) gibi yaklaşırsa elbette üçüncü kişi olarak kabul edilir. Bkz. EBJs/GEHRLEIN, HGB § 15, Rn. 10.

³⁹ OETKER/PREUß, HGB § 15, Rn. 24; BeckOK HGB/MUTHER, HGB § 15, Rn. 12.

⁴⁰ HGB § 15 hükmü zorunlu tescili yaptırmayı ihmal eden kişiye bir yaptırım olarak görülürse şahıs şirketinin bir pay sahibi için de geçerlidir. Bundan dolayı diğer tescil yükümlüsüne karşı HGB § 15 Abs.1 hükmü uygulanamayacaktır. Bkz. BeckOK HGB/MUTHER, HGB § 15, Rn. 12.

⁴¹ OETKER/PREUß, HGB § 15, Rn. 24.

⁴² MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 47; KOLLER/KINDLER/ROTH/DRUEN/ROTH, HGB § 15 Rn. 12.

⁴³ OETKER/PREUß, HGB § 15, Rn. 24.

kadarıyla, HGB § 15'in gözetilmesi icap eder⁴⁴. Bundan ötürü örneğin; dış paydaşlar hakimiyet sözleşmesi açısından üçüncü kişilerdir⁴⁵.

Üçüncü kişi kavramının dördüncü daha doğru bir deyişle HGB § 15'e dayanamayan harici kişilerle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı meselesi henüz ele alınmamıştır⁴⁶. Tacir ile özel bir bağlantı kurmayan bir kimse HGB § 15'in korumasından istifade edemez⁴⁷. O halde tacirin üçüncü kişi koruması aracılığıyla da refleks vari zarara katlanmasında olduğu gibi üçüncü kişinin korumasından kendisinin faydalanması gerektiği gerçeği göz ardı edilemez⁴⁸. Oysaki temsilcinin BGB § 181⁴⁹'in sınırlandırmalarından muaf tutulması konusunda sicile yapılan eksik tescil, sicile hiç kayıt yapılmasaydı da davranışlarını değiştirmeyecek olan sözleşmenin karşı tarafına bir fayda sağlamaz⁵⁰.

IV. İÇTİHATLAR DOĞRULTUSUNDA VERGİ DAİRESİ ÖZELİNDE BİR İNCELEME

Ticaret sicili kayıtlarında 'üçüncü kişi' kavramının özellikle vergi hukukuyla ilgili uyumsuzluklarda karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bu sebeple somut uyumsuzluklar bağlamında ticaret sicili kayıtları bakımından vergi dairesinin 'üçüncü kişi' olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine dair tartışmalara yer verilerek konu daha anlaşılır hale getirilecektir.

Ticaret sicili kayıtlarında 'üçüncü kişi' kavramının tespitine yönelik olarak YHGK'nın vermiş olduğu bir kararda⁵¹;

"...Direme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk, hisse devrinin ticaret sicili gazetesinde ilan edilmemesi halinde, dava dışı limited şirketin prim ve gecikme zammı borçlarından hissesini devreden ortağın sorumluluğu bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır... Tacir ile üçüncü kişi arasında hukuki işlem yapılması söz konusu olmayan hallerde, örneğin vergi hukuku ile ilgili konularda, TTK 38 ve 39'a dayanılması mümkün değildir...Ancak, şirket temsilcisi ve ortağının kamu alacaklılarına karşı sorumluluğu ilan edilmemesinin sonuçlarına bağlanamaz, zira kamu kurumu 6762 sayılı Kanununun 38 ve 39.maddeleri anlamında üçüncü kişi olmadığı gibi, tescil edilmeye dayanabilmesi için yetkisiz temsilcinin şirket adına işlem yapması zorunluluğu bulunmaktadır...Görüldüğü üzere, Kurum tarafından talep edilen alacağın oluşmasına temsil yetkisi sona erdiği halde davacının yapmış olduğu bir hukuki işlem neden olmadığı gibi, davalı Kurum, temsil yetkisi sona eren davacı ile dava dışı şirket yönünden 6762 sayılı Kanununun 38.ve 39.maddeleri anlamında üçüncü kişi de

⁴⁴ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 47. Sahip olduğu pay sahibi konumundan ötürü bu kişinin tescile tabi husus üzerinde ek bilgisi varsa, HGB § 15 Abs.1 hükmüne dayanması sonuçsuz kalacağı yönünde bkz. OETKER/PREUB, HGB § 15, Rn. 24.

⁴⁵ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 47.

⁴⁶ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 48.

⁴⁷ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 48. Tescil yükümlülüğüyle özel bir bağlantının varlığından ziyade yalnızca ilandan dolaylı bir şekilde etkilenen kişilerin HGB § 15 Abs.3 hükmünün koruması içerisinde olduğu yönünde bkz. BeckOK HGB/MUTHER, HGB § 15, Rn. 41. Türk hukuku açısından benzer yönde bkz. İMREGÜN, s.58.

⁴⁸ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 48.

⁴⁹ "Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

⁵⁰ BGH, Urteil vom 9. 10. 2003 - VII ZR 122/01, NJW-RR 2004, 120.

⁵¹ Yargıtay HGK, 21.09.2011, E. 2012/21-734, K 2013/152 (Yayımlanmamış karar). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2012/21-734 Esas, 2013/152 Karar sayılı ilamına da işaret ederek aynı yönde bkz. Yargıtay 21. HD., 13.02.2012, E. 2012/6390, K. 2013/12538 (Yayımlanmamış karar). Manisa Vergi Mahkemesi'nin 18.01.2008 tarihli E. 2007/499, K. 2008/32 sayılı kararında (Yayımlanmamış karar) da; "...Yine örneğin, şirket ortağı olan bir kanuni temsilci hissesinin tamamını noterde yapılan yazılı sözleşmeyle devreder ve bu devirde ortaklar kurulu kararıyla onursa kanuni temsilcilik görevi ortaklık kurulu kararı tarihi itibarıyla hukuken sona erer. Bu hisse devir işlemi ticaret siciline tescil edilmez ve kanuni temsilciliği sona eden bu kişi kanuni temsilci sıfatıyla başka bir firmadan senet karşılığında mal almak suretiyle şirketi borçlandırır ve mal alımı yapılan üçüncü şahıs durumunda olan firmanın da hisse devrinden haberi yoksa şirket yapılan bu ticari ilişkiyle bağlıdır. Ticari işletmeye ilişkin hususların ticaret siciline tescil edilmesinin amacı o işletmeyle ticari işlem yapacak olan iyi niyetli firmaları korumak olduğundan "üçüncü kişi" deyiminin, şirketle ticari bir ilişki olmayıp, sadece amme alacaklısı durumunda olan vergi dairesini kapsamadığından da kuşku bulunmamak gerekir. Tescil ve ilanın alacaklı vergi dairesi bakımından yararı, kanuni temsilci olarak kimin takip edileceğinin önemden belirlenmesinin saplanmasdır...Ticaret Kanununun 38.maddesinden belirtilen "üçüncü kişi" deyimini şirketle ticari bir ilişki olmayıp, sadece amme alacaklısı durumunda olan vergi dairesini kapsamadığından, bir başka deyimle, amme alacaklısı durumunda olan vergi dairesinin Ticaret Kanununun 38.maddesi kapsamında iyi niyetli üçüncü şahıs olarak kabul edilmelerine yasal olanak bulunmadığından ve davacının sorumluluğu kanuni temsilci olduğu dönemlere ilişkin olup, uyumsuzluk konusu ödeme emirleriyle istenen vergi borçlarının da bu döneme ilişkin olmadığı anlaşıldığından, kanuni ödevlerin yerine getirilmediğin bahisle davacı adına düzenlenerek tebliğ edilen ödeme emirlerinde yasal isabet bulunmamaktadır..." şeklinde aynı doğrultuda hüküm kurulmuştur.

değillerdir...” Oysaki Danıştay’ın bir kararında⁵²; “...Vergi borçlusu şirketin ortağı ve kanuni temsilcisi olan davacı, şirketteki hissesini her ne kadar 2.12.1997 tarihinde noterde düzenlenen hisse devri sözleşmesiyle devretmiş ise de bu devir işleminin ticaret siciline tescil edilip Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmadığı anlaşılmıştır... Buna göre, tescil edilip Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmayan hisse devri sözleşmesinin üçüncü kişiler nezdinde hukuki sonuç doğurması mümkün olmadığından **üçüncü kişi konumunda bulunan vergi dairesi** yönünden kanuni temsilciliği devam eden davacının şirket borçlarından sorumlu tutulmasında hukuka aykırılık bulunmadığından ödeme emrinin iptali yönünde verilen mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir...”

Alman Yüksek Mahkeme Kurulu’nun vermiş olduğu bir kararda⁵³;

“...şirketlerin vergilendirmeye tabi tutulduğu ...’a göre, medeni hukuk hükümleri gerektiği şekilde münferiden pay sahiplerinin şahsi sorumlulukları için uygulanır. Bir komandit şirketin şahsen sınırsız sorumlu ortakları komandit şirketin tüm borçlarından dolayı sınırsız ve şahsen sorumludur. Sorumluluk şahsen sorumlu ortağın komandit şirketten ayrılmasından sonra da devam eder. Bununla birlikte, şu şartla ki, komandit şirketin komandite ortağının ayrılması anında meydana gelen bu talepler için geçerlidir... İlgili Kanun’a göre; vergi borcu, kanunun vergiye bağladığı unsurların gerçekleşmesi halinde doğar. Vergi talepleri ile aynı zamanda komandite ortağa karşı meydana gelen sorumluluk talepleri vergi dairesinin herhangi bir iştiraki olmaksızın ortaya çıktığı için bir taraftan vergi talepleri ile sorumluluk taleplerinin oluşması ve diğer taraftan ticaret sicili kayıtları arasındaki bağlantı baştan itibaren tasavvur olunamaz. Bu cihetle vergi taleplerinin oluşması ticari işlemin haricinde meydana gelen bir olaydır. Vergi talebi, vergi dairesi bu talebinin sonraki takiplerinde muhtemelen ticaret siciline kayıt aracılığıyla etkilenilerek bir ticari işlemin fiili haline gelmez (tecil ya da icrada alınacak tedbirlerde olduğu gibi)... Yüksek Mahkeme, bir ortağın bir komandit şirketten ya da kolektif şirketten ayrıldıktan sonra meydana gelen vergi borçlarından ayrılmanın ticaret siciline kaydedilmemesi halinde sorumlu tutulması gerektiği yönündeki doktrindeki yaygın görüşe ayrıntılı bir gerekçe vermeksizin iştirak etmemektedir. Federal Maliye Mahkemesi’nin dayandığı Federal Maliye Dairesi’nin 3 Kasım 1959 I 2/59 U (BFHE 70, 261, BStBl III 1960, 96) tarihli kararı HGB § 15 Abs. 1 çerçevesinde ayrılan pay sahibinin sorumluluğunun gerekçesiyle ilgili bir dava değildir. Bu sebeple Yüksek Mahkeme Kurulu bu karara ayrıca uyulup uyulmayacağını müzakere etmeyebilir. Böylelikle vergi dairesi HGB § 15 hükmüne dayanamayacağından davacıların sorumluluğu meselesi için davacının fiilen komandit şirketten komandite ortak sıfatıyla ne zaman ayrıldığı bu karar için önem arz eder.”

Oysaki YHGK’nın geçmiş tarihli bir kararında ise⁵⁴;

“...Kazanç vergisine ilişkin bu belgeler **vergi dairesine karşı** hazırlanmış olup davamızda **üçüncü kişi durumundadır**. Hal böyle olunca, vergi mevzuatını ilgilendiren bu belgelerdeki açıklamalar, zarar hesabında gözetilebilecek delil olabilir ve ancak bağlayıcı nitelikte kabul edilemez...”. Danıştay’ın bir başka kararında da⁵⁵; “...Türk Ticaret Kanunu uyarınca **ticaret siciline tescil ve ticaret sicili gazetesinde ilan edilmeyen hisse devri konusunda vergi dairesi de üçüncü kişi durumundadır**. Ticaret sicili gazetesinde ilan edilme zorunluluğunun amacı, şirkette meydana gelen ve daha önce tescil ve ilan edilen hususlardaki değişikliklerden üçüncü kişileri haberdar ederek, menfaatlerinin korunmasını sağlamaktır. Bu kapsamda, vergi alacağının tahsilini sağlamakla görevli olan vergi dairesinin menfaatinin, daha geniş anlamda, kamu yararının korunması ve Anayasal yükümlülük olan vergi ödevinin tam olarak gerçekleştirilmesinin temini bakımından da hisse devrinden vergi dairesinin bilgilendirilmesi, bu yolla kamu alacağının tahsilinde muhatabın kim olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu husus ise, Türk Ticaret Kanunu hükümleri gereği tescil ve ilanla, hisse devrinin doğrudan ilgili kişiler tarafından vergi dairesine yazılı olarak bildirilmesi veya vergi dairelerince herhangi bir yolla hisse devrinden haberdar olunmasıyla gerçekleşebilir. Davacı, 8.10.1999 tarihli hisse devir sözleşmesi ile şirketteki hisselerini devretmiş ise de, **devre ilişkin işlemler Ticaret Sicili Gazetesinde 31.10.2006 tarihinde ilan edildiği ve bu tarihten önce vergi dairesinin hisse devrinden haberdar olmadığı**

⁵² Danıştay 3. D, 10.02.2004, E. 2003/585, K. 2004/266 (Yayımlanmamış karar).

⁵³ BFH, Urteil vom 13.04.1978- V R 94/74, BeckRS 1978, 22004441. Vergi borcu için geçerli olan kararın sanayi ve ticaret odası katkı payları açısından da geçerli olduğu yönündeki karar için bkz. VG Aachen Urt. V. 19.3.2004- 7 K 480/04, NJW 2005, 169.

⁵⁴ Yargıtay HGK 21.03.1990, E. 1990/4, K. 1990/197. www.kanunum.com (Erişim Tarihi:09.02.2021)

⁵⁵ Danıştay 4. D, 13.10.2011, E. 2008/3635, K. 2011/7432. www.kanunum.com (Erişim Tarihi: 09.02.2021) Aynı yöndeki karar için bkz. Danıştay 4. D, 20.10.2009, E. 2007/2453, K. 2009/5018. www.kanunum.com (Erişim Tarihi: 09.02.2021)

anlaşıldığından davacının şirket müdürü sıfatının ve bundan dolayı da şirket borçlarından sorumluluğunun ilan tarihine kadar devam edeceği açıktır..."

Görüldüğü üzere, içtihatlar noktasında vergi hukukuyla ilgili uyuşmazlıklarda vergi dairesinin ticaret sicili kayıtlarında üçüncü kişi olup olamayacağı ve buna bağlı olarak da genel anlamda iyi niyetli sayılıp sayılmayacağı tartışma konusudur. Bu yüzden vergi dairesinin üçüncü kişi sıfatına sahip olup olmamasına bağlı olarak ticaret sicilinin etkilerinin geçerlilik alanının tespitine büyük bir önem atfedilmiştir. Buna bağlı olarak da içtihatlarda esasen ticaret siciline kaydına cevaz verilen hususların ne olduğundan hareketle bir sonuca ulaşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Aynı zamanda bilhassa limited şirketlerde temsil yetkisinin sona ermesi veyahut yeniden bir temsilci atanması noktasında ticaret siciline yapılan tescil ile ilanın bildirici nitelikte oluşundan hareketle bu konudaki hareketsizliğin vergi dairesi bakımından bir hukuki değer taşımayacağına dayanılmaktadır. O halde mezkûr kararlarda tespit edebildiğimiz iki husus üzerinden genel bir değerlendirme yapılarak ticaret sicili kayıtlarında 'üçüncü kişi' kavramının belirlenmesine dair bir kıstasın ortaya konulmasına çalışılacaktır.

V. DEĞERLENDİRME

Ticaret sicili kayıtlarında 'üçüncü kişi' kavramının hukuki konumunun belirlenebilmesi için borç sözleşmelerinin nispiyeti ilkesi başlangıç noktamız olmalıdır. Nispiyet ilkesi sözleşmelerin etkilerinin yalnızca sözleşmeyi kuranlar arasında kalması anlamına gelir⁵⁶. Bu bağlamda üçüncü kişi, iradelerinin karşılıklı olmak suretiyle birbirine bağlılığı zorunlu kabul edilen taraflar haricindeki kimselerdir⁵⁷. Diğer bir deyişle, bir hukuki işlemin meydana getirilmesine iştirak etmeyen kişilerdir⁵⁸. Pek tabidir ki, bu ilkenin esnetilmesi suretiyle borçlandırıcı sözleşmeyle sözleşmeye katılmayan üçüncü kişiler lehine ya da aleyhine etkiler ihdas edilebilir⁵⁹. Bu ilkenin esnetildiği hatta ortadan kalktığı hallerden birisi⁶⁰ de üçüncü kişiler nezdinde ticaret siciline bağlanan etkiler olarak gösterilebilir.

Herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilir (TTK m.35/1; TSY m.15/1 ile 17/1). Buradaki 'herkes' kavramı ilgili ile üçüncü kişilerin toplamından ibarettir. Bundan çıkacak anlam şudur ki; ilgili sıfatını kazanan kişi aynı zamanda üçüncü kişi olamayacaktır⁶¹. Bu durum *tertium non datur*'un bir örneğidir. Nitekim TBK m.1 hükmü uyarınca, sözleşmeler hukukunda sözleşmenin kurulmasına katılanların taraf, bunların haricindeki kimselerin ise üçüncü şahıs olarak nitelendirilmesi söz konusudur⁶². O halde bir tarafın sözleşmesinin kurulması sırasında faydalandığı kimseler (yardımcı kişiler) ile temsilciler (ticari temsilci, tüzel kişinin organları vb.) üçüncü kişi değildir⁶³. Hatta tarafların külli halefleri ile özellikle mirasçıların ve ticari işletmenin devri halinde devralanın genellikle üçüncü kişi olmayacakları kabul edilmektedir⁶⁴. Ancak ticaret sicili kayıtlarındaki üçüncü kişi kavramının belirlenmesi bakımından borç sözleşmelerindeki nispiyet ilkesinin üstüne ticaret sicili kayıtlarına özgü birtakım özellikler göz önünde bulundurularak birtakım kıstaslar koymak gerekir.

Öncelikle ticaret sicili kayıtlarında ilgili kavramın çerçevesi çizilmelidir. Bu bağlamda ister genel olarak ilgilinin ister sicil müdürlüğü tarafından alınacak kararlara itiraz edecek kişiler

⁵⁶ SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, III § 5, 21a, s.365; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.52.

⁵⁷ ATEŞ, Derya: "Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi" TBB, 151(33), 2020, s.330.

⁵⁸ AKYOL, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 1. Bası, Fakülteler Matbaası İstanbul 1976, s.12.

⁵⁹ SEROZAN, III § 5, 21a, s.365. Mutlak hak ile nispi hak arasında yapılan ayırım, bu hakların üçüncü kişilere karşı hüküm ve sonuç doğurması açısından. Bkz. EREN, s.53.

⁶⁰ Tapuya şerh edilmiş alacak hakkı gibi (TMK m.1009/1). Bkz. EREN, s.57.

⁶¹ Tabiidir ki; burada ilgili kişi kavramı ile üçüncü kişi kavramının yer değiştirdiği durumları da göz ardı etmemek icap eder.

⁶² AKYOL, s.12; ATEŞ, s.330. Taraf kavramı üzerinden üçüncü kişi kavramının açıklanmaya çalışıldığı yönünde bkz. TANDOĞAN, Haluk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 1. Bası, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, § 1, II, s.24.

⁶³ ATEŞ, s.330 vd. Benzer yönde bkz. AKYOL, s.12-13. Doğrudan ve dolaylı temsil bakımından yapılan ayırım için bkz. TANDOĞAN, § 1, II, s.24 vd.

⁶⁴ TANDOĞAN, § 1, II, s.25-26.

çerçevesinde ilgilinin dar⁶⁵ ya da geniş⁶⁶ şekilde yoruma tabi tutulduğu görülmektedir⁶⁷. Oysaki TTK ve TSY hükümleri birlikte değerlendirildiğinde ilgili kavramının kanuni çerçevesi çizilmek suretiyle bu kapsama dahil olabilecek kişiler teker teker sayılmıştır⁶⁸. Ancak bu sayımın her daim aynı şekilde değerlendirmeye tabi tutulmasının doğru olmayacağını söylemek icap eder. Zira her somut olay örgüsü bakımından ticaret sicili kayıtlarındaki kişilerin bu sayımlardan birisine dahil olduğu tespit edildiğinde yalnızca ilgili kişi lehine bir (adi) karinenin var olduğu kabul edilmelidir; yoksa bu kişi istisnasız ilgilidir şeklinde bir sonuca varmamak gerekir. Örneğin; tüzel kişileri temsile yetkili kişiler ya da onların temsilcilerinde⁶⁹ olduğu gibi. Bu örnekte de görüleceği üzere burada temsil yetkisini kullanan kişinin bir tüzel kişinin organı olarak hareket etmesi ve organdan kaynaklanan bir görevi icra etmesi gerekir⁷⁰. Bu yüzden fonksiyonel organ kavramından yola çıkılarak her ne kadar organa has yetkileri kullanmak için şeklen görevlendirilmeyen; ancak organa hasredilmiş yetkileri kullanmak ya da iyi niyetli üçüncü kişiler nezdinde bu yönde hukuki görünüş yaratan kişilerin belirli şartların yerine getirilmesi halinde organ sıfatına sahip olduğu sonucuna ulaşılmalıdır⁷¹. Bu bağlamda şekli, maddi, fiili ya da görünüşte organ sıfatının⁷² ticaret sicili kayıtlarında ilgili sıfatının belirlenmesi bakımından önem taşımadığı kanaatindeyiz. Çünkü kanun koyucu düzenlemeyi yaparken genel geçer bir ifade kullanmayı tercih ederek, teorik anlamda bir ayrıma gitmemiştir.

Bu takdirde ilgili sıfatına sahip olmadığını düşündüğümüz kişinin üçüncü kişi kavramı içerisinde ele alınıp alınamayacağı meselesi ticaret siciline kaydedilebilecek hususlar ile üçüncü kişinin davranışı arasındaki nedensellik bağının varlığının sorgulanmasını gerektirir. Bir kere ticaret siciline kaydedilebilecek hususların⁷³ kişilerin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği hususlar olduğu kabul edilmelidir⁷⁴. Bu bağlamda tasarruf işlemleri, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan etkileyen, bu sayede o hakkı karşı tarafa devreden, değiştiren, sınırlandıran, külfet yükleyen veyahut sona erdiren hukuki işlemler olarak tanımlanmaktadır⁷⁵. O halde bir kimsenin bir hakka doğrudan doğruya etki edebildiği yani hakkı tasarruf işlemine konu edebilmek için sahip olduğu hukuki

⁶⁵ İlgililerin ikincil mevzuatta gösterilenle sınırlı tutulması gerektiği ve bu bağlamda üçüncü kişilerin itiraz yoluna başvuramayacakları yönündeki görüşler için bkz. ARSLANLI, s.153; KARAYALÇIN, I. Giriş-Ticari İşletme, s.302; POROY/YASAMAN, s.210; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.376; KAYAR, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, Seçkin yayınevi, İstanbul 2018, s.196. Temsilci ve hukuki halefleri ilgili olarak gören TSY'deki düzenlemenin -bu kişileri ilgili dışında gören- TTK'ye aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. KARAMAN COŞGUN, s.2.

⁶⁶ Yargıtay 11. HD.'nin 1991 tarihinde verdiği bir karar emsal gösterilerek tescil, terkin veyahut itiraz konusu olan olgu kimin hukuki menfaati ile doğrudan ilgili ise o kişinin ilgili sıfatını haiz olacağı yönünde bkz. İMREGÜN, s.55. Benzer yöndeki görüş için bkz. OKUTAN, Gül: Ticaret Sicili, 40. Yılında Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s.14 ve 18. Bir olgunun sicile kaydının talep edilmesinde yalnızca belirli kişilerin bu konuda yetkili olmaları ve bu kişilerin kanunda tahdidi şekilde belirtilmeleri olağandır. Bununla birlikte kendini ilgili sayan ya da kendine dair bir yarar bekleyen herkesin olgunun tescilini talep edememesi gerekir. Bu cihetle talep hakkı, yalnızca sicile kaydı gerekli olgu kendi hukuk alanında doğmuş olan ve kanunda tespit edilmiş kişilere tanınabilir. Bkz. BİLGE, Sicil, 140 vd.; BİLGE, Mehmet Emin: "Ticaret Sicili İşlemlerinde 'İlgililer' Kavramı" (İlgili), Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s.371 vd. Benzer yöndeki görüş için bkz. UÇAR, Salter: Hukukumuzda Ticaret Sicili, Tacir ve Esnaf Kavramı, 1. Bası, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1993, s.126. Ayrıca ilgili kavramı üzerinde durulmaksızın sicile başvurusu reddedilen kişinin itiraz yoluna başvurabileceğini kabul eden kararlar ve görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAMAN COŞGUN, s.7 vd.

⁶⁷ 6762 sayılı TTK döneminde sicili memurluğunca verilecek kararlara itiraz ile ilgili düzenlemede, hangi kararlara itiraz edilebileceğine ilişkin açık bir sınırlandırma getirilmemiştir. 6102 sayılı TTK döneminde ise itiraz edilebilecek kararların hangileri olduğuna dair açık bir ifade kullanılmıştır. Bkz. KARAMAN COŞGUN, s.4 vd.

⁶⁸ Yapılan bu sayımın sınırlı sayıda olduğu yönünde bkz. KARAMAN COŞGUN, s.2.

⁶⁹ Bu konuda Alman hukukundaki tartışmalar için bkz. III nolu başlık. Ayrıca organ ile tüzel kişinin temsilcisi ve yardımcı şahsı arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 272, Ankara 1970, s.83 vd.

⁷⁰ Pekâlâ burada organ nitelendirmesi yapılamadığı hallerde en azından tüzel kişi ile bir temsil ilişkisinin varlığı asgari şart olarak aranmalıdır.

⁷¹ KAŞAK, Esra: Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar (Tipoloji Kuramı ve Kurumsal Yönetim Perspektifinden Yapılan İnceleme İle Birlikte), 1. Bası, On iki Levha Yayıncılık, Ankara 2019, s.51 vd.

⁷² KAŞAK, s.56 vd. Organ tayininde başvurulacak kıstaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTAN, s.28 vd.

⁷³ Ticaret sicilinin yalnızca üçüncü kişinin sicile istinaden iradi olarak yaptığı işlemler üzerinde etkisinin olabileceği yönündeki görüş bkz. ARSLANLI, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s.158. Aynı yöndeki görüş için bkz. İMREGÜN, s.58; ÜLGEN, s.165; POROY/YASAMAN, s.212; KAYAR, s.202; ÜNAL, Akın: "Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları (Türk Ticaret Kanun ve Kanun Tasarısına Göre Bir Değerlendirme)", Legal Hukuk Dergisi, 41(4), 2006, s.5.

⁷⁴ Bu kabulün, kanun koyucunun cevaz verdiği ölçüde geçerli olduğu da unutulmamalıdır.

⁷⁵ DOĞAN, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.17.

yetkiyi kullanabileceği hallerin⁷⁶ ticaret siciline kaydedilebilecek hususlar olduğu görülecektir. Nitekim karışma, birleşme, işleme gibi iradeye dayanmayan ifa harici sebepsiz zenginleşme hallerinde sicilin olumsuz etkisinden faydalanılamaz⁷⁷. Ancak burada eşya hukukunda olduğunun aksine hakka doğrudan etki etme unsuru ticaret sicilinin üçüncü kişilere etkileri bakımından zayıflatılarak tasarruf yetkisinin uygulama alanının genişletildiğini işin doğası gereği kabul edebiliriz. Örneğin; doktrinde⁷⁸ her defasında ticaret sicilinin olumsuz etkisinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinin hukuki işlemler için geçerlilik arz edeceği görüşü yinelenmektedir. Hatta bir adım daha ileri gidilerek tacir ve ticari işletme ile iyi niyetli üçüncü kişi arasındaki hukuki işlemle ilgisi olmayan vergi dairesi ile vergi mükellefi veya sorumlusu arasındaki ilişkilerde ve vergi hukukuyla ilgili hususlarda TTK m.36 hükmüne dayanılmayacağı ileri sürülmektedir⁷⁹. Oysaki HGB § 15 hükmü bağlamında ticaret sicili kayıtlarının ilanının doğruluğuna soyut olarak güvenerek işlem yapan üçüncü kişiler ticari ilişkilerdeki tüm süreçlere dayanabilir⁸⁰. Bu husus soyut ya da potansiyel nedensellik bağı olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Nitekim nedensellik bağının bu şekilde anlaşılması -esasen hukuki görünüş sorumluluğunun temel ilkelerinden ayrıldığı ölçüde- HGB § 15 Abs.1 hükmünün üçüncü kişinin ticaret sicilinin içeriğini incelemesi yoluyla ya da başkaca bir şekilde bu içerik hakkında bilgi sahibi olmasının ve davranışlarını edinmiş olduğu bu bilgilere göre yönlendirmesi gerekliliğini aramamasının⁸² bir neticesidir. Diğer bir deyişle, kural olarak kanun koyucu tarafından ticaret sicilindeki hukuki görünüş ile üçüncü kişinin davranışı arasında nedensellik bağının olduğu var sayılır⁸³. O halde üçüncü kişi tarafından yapılan işlem, hukuki görünüş olgusunun bir sonucu olarak karşımıza çıkar⁸⁴. Bu bağlamda ister kanunda yer alsın ister kanunda yer almayan yani yazılı olmayan bir hal söz konusu olsun objektifleştirme gereksinimi neticesinde üçüncü kişinin hukuki görünüş olgusu ile kendi davranışı arasındaki nedensellik bağını

⁷⁶ DOĞAN, s.23.

⁷⁷ Sicil kayıtlarını inceleme imkanına sahip olarak bir ilişkiye dahil olunması söz konusu değildir. Bkz. BİLGE, Sicil, s.204.

⁷⁸ ARSLANLI, s.157; ÜLGEN, s.223-224; KARAYALÇIN, Tescilin Etkileri, s.18; KARAYALÇIN, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler (Hukuki Mütalaalar/1992-1996) V (Özel Hukukta Meseleler V), BTHAE Yayınları, 1. Bası, Ankara 1997 s.40. Örneğin; kolektif şirkete ait araç, bir şahsa çarparak onun yaralanmasına sebebiyet verir, mağdur, kolektif şirketin, kazadan önce şirketten ayrılmış; ancak durumu tescil ve ilan ettirmemiş (eski) ortağı aleyhine TTK m.237/1'e göre dava açamaz (İMREGÜN, s.59; KARAYALÇIN, I. Giriş-Ticari İşletme, s.312; KARAYALÇIN, Tescilin Etkileri, s.18; ARSLANLI, s.158; ÜLGEN, s.164-165; ARKAN, s.273; BİLGE, Sicil, s.203; KAYAR, s.202-203; ÜNAL, s.5; DEMİREL, s.234; VOGT, 2. Kapitel, N. 156, s.341). Bu ortak, o devredeki şirket sözleşmelerinden mesul tutulacakken, şirkete haksız fiilden ötürü başvurulmasında bir sorumluluğu yoktur. Bkz. POROY/YASAMAN, s.212. Bu bağlamda kolektif şirketle sözleşme yapanlar, bu tarihte şirketten ayrıldığı halde sicilde hali hazırda ortak olarak gözükken kişiye karşı bu sözleşmeden doğan borçlar sebebiyle talepte bulunabilirler (TTK m.259/4). Bkz. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.384. Sicilin olumsuz etkisinin iyiniyetli üçüncü kişiler açısından istisnasız uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. AYAN, s.474-475. Verilen bu emsal nitelikteki örnekte dikkati çekmek istediğimiz husus, ticaret siciline kaydedilmesi gereken hususun haksız fiil olmadığı gerçeğidir. Burada haksız fiilin şirket ile bağlantısı olan bir kişi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususu çözüme kavuşturulmalıdır ki, bu da nedensellik bağının varlığının sorgulanmasını şart koşar. O halde burada üçüncü kişinin, yani talepte bulunacak kişinin kim olduğundan hareketle doğrudan doğruya bir nedensellik bağının varlığı aranmamalıdır. Bu yüzden doktrinin sicil kayıtları açısından konuya yaklaşım biçiminin doğru olmadığı düşüncesindeyiz.

⁷⁹KARAYALÇIN, Özel Hukukta Meseleler V, s.40. Aynı yöndeki görüş için bkz. KAYAR, s.202. Bu bağlamda Gerçek' e göre de; "Noterlerce onaylanan devir sözleşmeleri GİB VERİA sistemine bildirildiğinden ve bu işlem tescilden önce gelir idaresine itilene girdiğinden, vergi dairesi üçüncü şahıs olarak kabul edilmemelidir." Bkz. GERÇEK, Adnan: Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 6. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2020, dipnot 57, s.51. Kanaatimizce burada bakış açısını değiştirmek suretiyle MERSİS üzerindeki kayıtların göz önünde tutularak hareket edilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, MERSİS üzerindeki kayıtların üçüncü kişilere hukuken bir etkisi olmadığı ifade ediliyorsa da (DEMİREL, s.256; AYAN, s.489) e-ilan uygulaması ile ticaret sicili müdürlükleri tarafından yapılan tescillere ilişkin ilanların MERSİS üzerinden Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'ne elektronik ortamda gönderilebilmesi ve bu ilanların en geç iki saat içerisinde yayımlanabilmesi sağlanmıştır.

MERSİS ile Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Bilgi Sistemi arasında sağlanan entegrasyon sonucunda, ilk olarak 01.07.2020 tarihinde Ankara Ticaret Sicili Müdürlüğü'nde devreye alınan E-ilan uygulaması 238 ticaret sicili müdürlüğünün tamamında uygulanmaya başlanmıştır. Şu hâlde tescil edilen olgular, Kanunda veya bu Yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunacağından (TTK m.41) ve MERSİS üzerindeki kayıtlardan hareketle vergi yükümlüsü/sorumlusunun kim olduğu anlaşılabilirliğinden vergi dairesinin üçüncü kişi olmasına hukuken bir engel yoktur.

⁸⁰ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 26.

⁸¹ MükoHGB/KREBS, § 15, Rn. 26. Benzer şekilde bkz. VOGT, Kapitel 2, §4, N. 155, s.340.

⁸² HUFFER, HGB § 15, Rn. 24. Ticaret sicilinin olumsuz etkisinin işlerliği bakımından aynı yönde bkz. BİLGE, Sicil, s.200.

⁸³ BİLGE, Sicil, s.200; AYAN, s.476

⁸⁴ ÜLGEN, s.226.

ispat etmek zorunda olmadığını kabulü gerekir⁸⁵. Aksi düşünce, yani nedensellik bağının somut olarak gerçekleştiğinin ispatını şart koşmak hem tacirler arasındaki ilişkilerde sadelik yerine karmaşıklığa sebebiyet verecek hem de sicil olumsuz etkisinin korumak istediği işlem güvenliği ilkesini zedeleyecektir⁸⁶. Bununla birlikte bu kurala söz konusu nedensellik bağının kanun koyucu tarafından var sayıldığı durumun hakkaniyete açıkça aykırı sonuçlara yol açtığı ya da üçüncü kişinin davranışı ile sicildeki görünüm arasında bağın çok zor tesis edilebildiği hallerde bir istisna tanınması gerekliliği kabul edilmelidir⁸⁷. Nitekim TTK m.37'nin uygulanması açısından da üçüncü kişinin, gerçek maddi veya hukuki durumla uyuşmayan ilan hakkında bilgi sahibi olmadığını ve ona dayanarak hareket etmediğini ispatlamasına gerek yoktur⁸⁸. Zaten Arslanlı'nın da haklı olarak ifade ettiği üzere⁸⁹; “Üçüncü şahsın hareket tarzı üzerine sicil kayıtların tesir etmiş olması veya olmaması haizi ehemmiyet değildir.” Bu yüzden ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişilere olan etkileri incelenirken ticaret siciline kaydedilebilecek husus ile üçüncü kişi arasındaki etkileşimin yani nedensellik bağının dolaylı illiyet bağı olarak⁹⁰ anlaşılması gerekir⁹¹. Aksi halde üçüncü kişiden değil kayıt ilgisinden⁹² bahsedilir.

Yukarıda değindiğimiz Alman Yüksek Mahkeme Kurulu'nun kararında da Federal Maliye Mahkemesi'nin kararının aksine oybirliğiyle geçerli olduğu kabul edilen görüşe göre; HGB § 15 Abs. IV hükmünün manayı muhalifinden hükmün esasında yalnızca hukuki işlem ya da hukuki işlem benzeri değil; aynı zamanda başkaca önemli hukuki ilişkileri de kapsayan ticari ilişkiler için geçerlilik arz ettiği sonucuna varılmaktadır⁹³. Hal böyle olunca Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda limited şirkette pay devrinin vergi borcu ile ilişkisinin kurulması gerekir. Zira her ne kadar vergi borcunun ticaret siciline kaydı mümkün olan bir husus teşkil etmediği düşünülebilirse de⁹⁴, sicilde hali hazırda pay sahibi olarak görülen müdür sıfatını haiz ortağın payımı devretmesi halinde ticaret sicili kayıtları nezdinde vergi dairesi üçüncü kişi konumunda olacaktır. Çünkü ticaret siciline kaydedilmesi gereken pay devri işlemi ile ilgili olarak vergi dairesi her ne kadar ticaret siciline kayda bağlanan hukuki korumadan doğrudan etkilenmemekle beraber, ona dolayısıyla bir etkisi olacağı için üçüncü kişi olarak addedilmelidir. Pek tabidir ki, bu durumda limited şirketlerde pay devrinde ticaret siciline yapılan tescile kurucu nitelik bahşedilmemesine rağmen⁹⁵ iyiniyetin korunmasının genel hukuk sistematigiyle bağdaşmadığı iddia edilse dahi⁹⁶, devir işleminin sicile

⁸⁵ ÜLGEN, s.227 vd.

⁸⁶ ARSLANLI, s.161-162; ÜLGEN, s.164; BİLGE, Sicil, s.200.

⁸⁷ BİLGE, Sicil, s.201. Bunun eleştirisi için bkz. HUFFER, HGB § 15, Rn.25.

⁸⁸ YILMAZ, s.83.

⁸⁹ ARSLANLI, s.161.

⁹⁰ Ticaret sicilinin olumsuz etkisi açısından yalnızca bir hukuki işlemle fonksiyonel bir bağlantı içerisinde bulunan durumlarda kamusal inancın ortaya çıkacağı yönündeki açıklamalar için bkz. VOGT, 2. Kapitel, § 4, N. 164, s.344.

⁹¹ TTK m.37'nin uygulanması bakımından aynı yönde bkz. YILMAZ, s.83.

⁹² Tescilin dış etkisi ilgili şahsın korunmasına hizmet etmektedir. Bkz. KARAYALÇIN, Tescilin Etkileri, s.14.

⁹³ BFH, Urteil vom 13.04.1978- V R 94/74.

⁹⁴ Vergi kanunlarından belirtilen vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile alacaklı kamu idaresine karşı maddi bir ödemede bulunma yükümlülüğü altına giren vergi borçlusunun edimi vergi borcu olarak anılmaktadır (KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s.205). Vergi yükümlülüğü, özel hukuk sahasında borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerden tamamen farklıdır. Nitekim vergi hukuku ilişkisi, yükümlü ile kamu idaresi arasında kamu hukukundan doğan bir alacak/borç ilişkisidir. Bu bağlamda kamu alacağı ilişkisinin bir özelliği, alacaklı konumundaki devletin kural olarak bu alacak üzerinde serbestçe tasarruf edememesidir (KARAKOÇ, s.206-207). Verginin ödenmesi noktasında asıl vergi mükellefi yerine üçüncü kişilerin sorumlu tutulduğu haller söz konusu olabilir. Bu bağlamda vergi sorumlusunu mükelleften ayıran husus vergiyi doğuran olayın mükellefin şahsında doğmasıdır (BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, 37. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s.43). Vergiyi doğuran olay ile vergi yükümlülüğü hakkında verdiğimiz bilgiler ışığında kamu alacağının hukuki niteliğinden kaynaklı özel hukuk alanında meydana gelen boşluk potansiyel nedensellik bağı yardımıyla doldurulmalı ve vergi sorumlusuna bağlanan yükümlülüğün kaynağı vergi mükellefinden ayrı tutulmalıdır. Bu da, sonuç itibarıyla vergiyi doğuran olayın temelinde yatan hukuki ilişkiden kaynaklı sorumluluk zincirinde limited şirketten kamu alacağını tahsile yetkili vergi dairesinin üçüncü kişi konumunda olmasını gerektirir.

⁹⁵ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.385; KENDİGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler), 2. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.507; YILDIZ, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, 1. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007, s.143; BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, s.460; ÇEBİ, Hakan: Limited şirketler Hukuku, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.236.

⁹⁶ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.386. Bu düzenlemenin genel hukuk sistemine ve payın devrine ilişkin öngörülüş hükümlere aykırı olduğu, gerçek olmayan bir boşluk olarak kabul edilerek hükmün uygulanmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. DEMİRKAPI, Ertan: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, 1. Bası, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2008, s.408 ve 409. Hatta ileri sürüldüğü üzere tescile kurucu nitelik bahşedilmesinde dahi ticaret sicilin özelliği dikkate alındığında böyle bir istisnanın öngörülmesinin söz konusu olmadığı yönünde bkz. DEMİREL, dipnot 874, s.240.

tescilinin bildirici olmasının sicile güven ilkesiyle çelişmediği⁹⁷ fikrindeyiz. Zira tescilin bildirici nitelikte olması halinde tescilden önce doğmuş ve üstünde tasarruf yetkisi kullanılabilir hale geldiğinden ötürü üçüncü kişinin korunmasına olan gereksinim daha da artmaktadır⁹⁸. Zaten TTK m.598/3⁹⁹ hükmü sayesinde yolsuz kayda istinaden davranışlarını şekillendiren iyiniyetli kişinin bu güveni istisnaen korunmuş olmaktadır¹⁰⁰. Nitekim ticaret sicilinin olumsuz etkisinin bir sonucu olarak pay devri işleminin -en azından şirket sözleşmesi ile esas sermaye payının devrinin genel kurul onayına bağlı kalmaksızın yapılacağı kararlaştırılması halinde- şirkete bildirilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi vergi dairesinin sicildeki görünen duruma dayanmasını haklı kılmaktadır. Her ne kadar TTK’de bildirim kim ya da kimler tarafından yapılması gerektiği konusunda bir belirsizlik söz konusu olsa da bu bildirim devir sözleşmesinin taraflarının her ikisinin -ayrı ayrı ya da birlikte- yapabileceği kabul edilmelidir¹⁰¹. Haliyle devreden müdür sıfatını haiz limited şirket ortağının pay devri işlemi bakımından üçüncü kişi konumundaki vergi dairesi nezdinde yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarından sorumlu tutulması gerekir.

Yukarıda değindiğimiz tescili mümkün olan hususların ve potansiyel nedensellik bağı kavramının kapsamının doğru bir şekilde belirlenmesi ile ticaret sicili kayıtları nezdinde özellikle vergi dairesinin üçüncü kişi sıfatına sahip olduğu gösterilmiştir. Bu tespiti doğrulayan, yani vergi dairesinin üçüncü kişi konumunda olduğunu kanıtlayan¹⁰² iki ayrı hukuki dayanak¹⁰³ daha gösterilebilir. Bunlardan birincisi, 7263 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰⁴, un 23. maddesidir. Bu hükmün lafzından dolaylı bir çıkarımda bulunulacak olursa anonim şirketlerin temsili bakımından kamu kurum ve kuruluşlarının ticaret sicili kayıtları nezdinde üçüncü kişi sıfatına sahip olabilecekleri söylenebilir. Bu hükmün TTK m.629/1 hükmünün anonim şirketin temsiline dair yaptığı yollama neticesinde limited şirketler açısından da geçerli olduğunu evleviyetle kabul edebiliriz. Bunlardan ikincisi ise, üçüncü kişilere sicilde gerektiği gibi gözükmeyen gerçek hukuki durum ile sicilin olumsuz etkisinden istifade ederek değişiklikten önceki durum arasında hukuken bir tercih hakkının tanınmaması gerektiği görüşüdür¹⁰⁵. Aksi görüş kabul edilecek olursa vergi dairesi limited şirketten ayrılan ortağın maddi durumuna göre karar vererek hareket etme yolunu tercih edebilir ve vergi borcunun tahsilatında kamu yararının göz ardı edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir.

⁹⁷ Sicile güven ilkesinin limited şirket pay devri bakımından geçerli olduğu yönündeki görüş ve buna dair gerekçeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZER, Işık: “Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payını Devri Ve Pay Defterinin Hukuki Niteliği”, in Topaloğlu, Mustafa/Özer, Işık (ed.), Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.197 vd.

⁹⁸ ÖZER, s.200.

⁹⁹ “Sicil kaydına güvenen iyiniyetli kişinin güveni korunur.”

¹⁰⁰ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.385; ARKAN, dipnot 1, s.274; BOZER/GÖLE, s.265; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.248. Bir hususun yalnızca tescille üçüncü kişiler hakkında hüküm ve sonuç doğurması istisnaidir. Bkz. KARAYALÇIN, I. Giriş-Ticari İşletme, s.310. Bu bağlamda devrin, üçüncü kişiler açısından ilan önce; ancak tescil anında hüküm ifade edildiği kabul edilmelidir. Bu noktada TTK m.598/3 hükmü TTK’da düzenlenen ticaret siciline dair hukuki sisteme bir istisna teşkil eder. Bkz. ÇEBİ, s.237.

¹⁰¹ YILDIZ, s.140; BAHTİYAR, s.460; ÇEBİ, s.233. Hükmün kimin menfaatinin koruduğu anlayışından hareket ederek benzer yönde görüş için bkz. KENDİGELEN, s.507. Devir sözleşmesinin tarafları devir işleminin tamamlanması için ellerinden geleni yükümlenmektedirler. Bu yükümlülüğün kaynağı devir vaadi sözleşmesidir. Bkz. DEMİRKAPI, s.265. Oysaki payları devralan kişiye tescil başvurusunda bulunma hakkı tanınmadığı yönünde bkz. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.385. Bu konuda oluşan boşluğun bilinçli olmadığı yönünde bkz. DEMİRKAPI, s.405-406.

¹⁰² Payın devrinin tesciline ilişkin zorunluluğun kabulü ile sicilin üçüncü kişiler açısından etkisine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir. Bu surette devrin üçüncü kişilere bilhassa alacaklı kamu dairelerine karşı ileri sürülebilmesi için tescil ve ilanı arayan yoruma önemli bir hukuki dayanak oluşturacağı yönünde bkz. DEMİRKAPI, s.476.

¹⁰³ Bu iki gerekçenin varlığının temelinde ticaret sicili müdürlüklerinin bildirim yükümlülüğü yatmaktadır. Bu bağlamda ticaret sicili müdürlüklerinin resmî kurumlara bildirim yükümlülüklerinin tek bir yasal düzenleme ile hüküm altına alınmasının uygulamadaki karmaşıklığı sonlandıracağı yönündeki görüş için bkz. ÖZSUNGUR, Fahri: “Ticaret Sicili Müdürlüklerinin Resmî Kurumlara Bildirim Yükümlülükleri”, AÜHFD, 63(3), 2014, S.640. Bu bağlamda ticaret sicili müdürlüklerinin yapmış olduğu işlemler hukuki niteliği itibariyle idari işlem statüsündedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR, Mehmet: “Ticaret Sicili Memurunun Tek Başına Yaptığı İşlemlerden Dolayı Başvurulması Gereken Yargı yolu”, Batider, 23(4), 2006, s.292. Kamu gücünü ya da kanunun kendisine verdiği yetkiyi kullanarak yapılan resmi nitelikteki idari işlem ile bu işlemin resmi makamlara yani vergi dairesine bildirilmesi noktasında vergiyi doğuran olaya sebebiyet veren tescili lazım gelen hususta değişikliğe gidilmiş olması anlamına rağmen mevcut kaydın düzeltilmemesi söz konusu olabilir. Bunun neticesinde tescili lazım gelen hususun gerçeğe aykırı olmasından dolayısıyla etkilenen vergi tahsilatını yapma yetkili vergi dairesi üçüncü kişi sıfatına sahip olur.

¹⁰⁴ RG: 28.01.2021; 7263.

¹⁰⁵ BİLGE, Sicil, s.206.

VI. SONUÇ

Borçlar hukukuna egemen olan nispile ilkesi gereği borç ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlar yalnızca sözleşenler arasında hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Bununla birlikte bu nispile ilkesinin etkilerinin ticaret siciline kaydı gereken hususlar noktasında; yani ticari ilişkilerde sulandırıldığı ve kanun ya da yönetmelikte tesciline cevaz verilen hususlarla sınırlı olmak üzere tüm ticari ilişkilerde üçüncü kişilere de etkide bulunabileceği gerçeği kanun koyucu tarafından öngörülmüştür.

Ticaret sicili kayıtlarında üçüncü kişi kavramını tespit ederken ticaret siciline kaydına cevaz verilen bir hususun varlığı saptanmalıdır. Bundan sonra tescili gereken hususun tescil edilmemesinden hukuki anlamda etkilenmenin dolaylı olup olmadığı sorgulanmalıdır. Şayet doğrudan bir etki var ise artık üçüncü kişiden değil, ilgili sıfatından bahsedilir¹⁰⁶. Pek tabidir ki, bu sorgulama yapılırken de sicile kaydı mümkün olan husus ile buna bağlanan sonuç arasındaki nedensellik bağının niteliği önem arz eder. Burada vergi dairesi özelinde yaptığımız incelemelerde ticaret sicilinin olumsuz etkisinin dolaylı etkisine tanık olmaktadır. Sırf bu yüzden ticaret siciline yapılan kayıt ile üçüncü kişinin tutum ve davranışları arasındaki dolaylı nedensellik bağının somut olayda soyut olarak kurulduğu¹⁰⁷ kabul edilir. Zira ticaret sicilinin olumsuz içeriğinin bilindiği ve üçüncü kişinin bu bilgiye olan güveni kanunen var sayılır¹⁰⁸. Mükellefi belirleyen, vergi alacağını hesaplayan, gerçekleştiren ve toplayan vergi dairesinin bu yetkilerini başından sonuna değin kullanması noktasında ticaret sicili kayıtları yol gösterici niteliktedir. O halde vergiyi doğuran olayın temelinde de ticari nitelikte bir hukuki ilişki yattığına göre bu ilişkiden dolaylı surette etkilenen vergi dairesi genelde limited şirket özelde ortak müdür nezdinde üçüncü kişi konumundadır. Her ne kadar IV nolu başlıkta yer verdiğimiz kararlarda; somut olay, şirket ile iyi niyetli üçüncü kişi arasındaki hukuki işlemle ilgisi bulunmadığından vergi hukukuyla ilgili konularda TTK m.36 ve 37 hükümlerine dayanmanın mümkün olmadığı iddia ediliyor olsa da¹⁰⁹, zaten bu hukuki ilişkiden kaynaklanan bir vergi borcu olması hasebiyle vergi dairesinin üçüncü kişi olarak ticaret sicili kayıtlarındaki -gerçeğe aykırı- görünümünden hareket etmesi soyut güvenin korunmasının bir gereğidir¹¹⁰. Hatta limited şirket ile üçüncü kişinin yetkisiz de olsa bir hukuki işlem yapması sonucunda vergi dairesinin üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşünün de gerekçeden yoksun olduğunu¹¹¹ belirtmeliyiz. Zira limited şirketin kamu borcunun genel anlamda ödenememesi halinde bundan kaynaklı sorumluluk 6183 sayılı AATUHK m.35 hükmü uyarınca; doğrudan limited şirket ortakları için öngörülmüş kanun hükmüne dayanmaktadır. O halde limited şirket ile bir kişinin hukuki işlemde bulunması halinde bu kişinin üçüncü kişi olarak nitelendirilmesi anlayışı açık kanun hükmü gereği kabul edilmiştir. Oysaki vergi dairesinin üçüncü kişi olarak nitelendirilmesi bakımından böyle bir açıklık söz konusu değildir. Zaten buna da ihtiyaç yoktur. Zira vergi borcunun tahsilinde hem kamu yararının gözetilmesi hem de mükellefin tespitinde ticaret sicili kayıtlarından hareket edilmesi vergi dairesini üçüncü kişi konumuna yükseltmektedir.

¹⁰⁶ Tescil edilecek husus kimin hukuki menfaati ile doğrudan bağlantılı ise, o kişinin ilgili olarak nitelendirileceği yönünde bkz. KARAYALÇIN, I. Giriş-Ticari İşletme, s.290; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.362-363.

¹⁰⁷ Benzer yöndeki açıklamalar ve bu konudaki örnek için bkz. VOGT, 2. Kapitel, § 4, N. 162-163, s.342-343.

¹⁰⁸ BİLGE, Sicil, s.200. Benzer yönde bkz. VOGT, 2. Kapitel, § 4, N. 162, s.343.

¹⁰⁹ KARAYALÇIN, Özel Hukukta Meseleler V, s.40. Aynı yöndeki görüş için bkz. GERÇEK, s.51. TTK m.36/4 hükmünün üçüncü kişinin ticaret sicili kayıtlarına güvenerek tacirle hukuki ilişkiye girdiği hallerde uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ARKAN, s.273. Aynı yöndeki görüş için bkz. KAYAR, s.202; ÜNAL, s.5. TTK m.37 açısından aynı yöndeki görüş için bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.261-262.

¹¹⁰ Genel olarak sözleşme harici taleplerde ticaret sicilinin olumsuz etkisinin yalnızca hukuki işlemle fonksiyonel bir bağlantı kurulabildiği hallerde özgü olarak üçüncü kişinin korunmayacağı şeklindeki düşünüş biçimi için bkz. VOGT, 2. Kapitel, § 4, N. 157, s.341.

¹¹¹ Sicilin olumsuz etkisi üçüncü kişiler arasında da geçerli olacaktır. Bkz. BİLGE, Sicil, s.208; AYAN, s.477. Üçüncü kişilerin yalnızca tescile yükümlü olan kimseye değil, diğer üçüncü kişilere karşı da sicilin olumsuz etkisinden faydalanacağı yönündeki düşünüş biçiminin nasıl haklı gösterilebileceği hususundaki açıklamalar için bkz. ÜLGEN, s.163 vd. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; bir kişinin üçüncü kişi olarak nitelendirilebilmesi için kayıt ilgisi ile muhakkak bir hukuki işlemde bulunması zorunluluğu yoktur. II nolu başlıkta da üçüncü kişi kavramını irdelerken üçüncü kişi harici kişilerin de olabilmesi buna işaret eder niteliktedir. Sonuç itibarıyla vergi dairesi her halükârda ticaret sicili kayıtları karşısında üçüncü kişi olarak değerlendirilecektir.

KAYNAKÇA

- AKYOL, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 1. Bası, Fakülteler Matbaası İstanbul 1976.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2018.
- ARSLANLI, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- ATEŞ, Derya: “Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi” TBB, 151(33), 2020, s.329-359.
- AYAN, Özge: “Ticaret Sicili Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi”, Hacettepe HFD, 10(2), 2020, s.462-490.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.
- BATTAL, Ahmet: “Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun Ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi”, Batider, 19(1), 1997, s.83-104.
- BİLGE, Mehmet Emin: Ticaret Sicili (Sicil), 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.
- BİLGE, Mehmet Emin: “Ticaret Sicili İşlemlerinde ‘İlgililer’ Kavramı” (İlgili), Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s.363-376.
- BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, 37. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.
- BOZER, Ali/GÖLE Celal: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2015.
- ÇEBİ, Hakan: Limited şirketler Hukuku, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- DEMİREL, Duygu: Ticaret Sicili, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- DEMİRKAPI, Ertan: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, 1. Bası, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2008.
- DOĞAN, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- GEHRLEIN, Markus: Handelsgesetzbuch, Band 1 §§ 1-342e, (Hrsg: EBENROTH, Carsten Thomas/BOUJONG Karlheinz/JOOST Detlev/STROHN Lutz), 4. Auflage, München 2020.
- GERÇEK, Adnan: Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 6. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2020.
- HUFFER, Uwe: Handelsgesetzbuch, Band 1: Einleitung; §§1-104, Part 1, Herman Staub (Ed.) et al., Grosskommentare Der Praxis, DE GRUYTER, Berlin-New York 1995.
- İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.
- KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem: “Ticaret Sicili Müdürlüğü Kararlarına İtiraz Edebilecek Kişiler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2), 2017, s.1-13.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku (I. Giriş-Ticari İşletme), 3. Bası, Ankara 1968.
- KARAYALÇIN, Yaşar: “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri”, Batider, 8(2), 1975, s.1-30.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler (Hukuki Mütalaalar/1992-1996) V (Özel Hukukta Meseleler V), BTHAE Yayınları, 1. Bası, Ankara 1997.
- KAŞAK, Esra: Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar (Tipoloji Kuramı ve Kurumsal Yönetim Perspektifinden Yapılan İnceleme İle Birlikte), 1. Bası, On iki Levha Yayıncılık, Ankara 2019.
- KAYAR, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 11. Bası, Seçkin yayınevi, İstanbul 2018.
- KENDİGELEN, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler), 2. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- KIRCA, İsmail: “Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisine Getirilen Ve Tescili Caiz Olmayan Sınırlandırmaların Üçüncü Kişilere Etkisi”, Batider, 17(3), 1994, s.149-158.
- KOLLER, Ingo/KINDLER Peter/ROTH Wulf-Henning/DRUEN Klaus-Dieter/BACH Nina: Handelsgesetzbuch, 9. Auflage, München 2019.
- KREBS, Peter: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, (Hrsg: DRESCHER, Ingo/FLEISCHER Holger/SCHMIDT Karsten), 5. Auflage, München 2021.
- MUTHER, Peter Hendrick: Beck’she online-Kommentar,(Hrsg: HÄUBLEIN, Martin/HOFFMANN-THEINERT Roland), 31. Edition, Stand: 15.01.2021.
- OETKER, Hartmut/PREUß Nicola: Handelsgesetzbuch, 7. Auflage, München 2021.
- OKUTAN, Gül: Ticaret Sicili, 40. Yılında Ticaret Kanunu, İstanbul 1997.
- ÖZDAMAR, Mehmet: “Ticaret Sicili Memurunun Tek Başına Yaptığı İşlemlerden Dolayı Başvurulması Gereken Yargı yolu”, Batider, 23(4), 2006, s. 287-300.
- ÖZER, Işık: “Yargıtay Kararları Işığında Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payını Devri Ve Pay Defterinin Hukuki Niteliği”, in Topaloğlu, Mustafa/ÖzerIşık (Ed.), Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

- ÖZSUNGUR, Fahri: “Ticaret Sicili Müdürlüklerinin Resmi Kurumlara Bildirim Yükümlülükleri”, AÜHFD, 63(3), 2014, s.623-642.
- ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 272, Ankara 1970.
- POROY, Reha/YASAMAN Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- TANDOĞAN, Haluk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 1. Bası, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963.
- TEICHMANN, Artur: Handelsrecht, 3. Auflage, Nomos UTB, Baden-Baden 2013.
- UÇAR, Salter: Hukukumuzda Ticaret Sicili, Tacir ve Esnaf Kavramı, 1. Bası, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1993.
- ÜLGEN, Hüseyin: Türk Ticaret Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), Ankara 1975’den Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI Mehmet/KAYA Arslan/NOMER ERTAN N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- ÜNAL, Akın: “Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları (Türk Ticaret Kanun ve Kanun Tasarısına Göre Bir Değerlendirme)”, Legal Hukuk Dergisi, 41(4), 2006, s.1-13.
- VOGT, Hans-Ueli: Der öffentliche Glaube des Handelsregisters (Registerrecht, Vertauenshaftung, Ökonomie der Information), SSHW- Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 220, Schulthess Juristischen Medien AG, 2003.
- WAMSER, Frank: Gesellschaftsrecht, (Hrsg: HENSSLER, Martin /STROHN Lutz), 5. Auflage, München 2021.
- YILDIZ, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, 1. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007.
- YILMAZ, Asuman: “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Sicilinde Hukuki Görünüşe Güven (TTK m.37)”, Batider, 30(3), 2014, s.65-94.

İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN TAKİP HUKUKUNA ETKİLERİ

THE EFFECTS OF MANDATORY MEDIATION IN LABOR LAW ON EXECUTION LAW

Elif KILINÇ*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.838533> 

Makale Bilgi

Gönderi: 10/12/2020
Kabul : 29/07/2021

Anahtar Kelimeler

Zorunlu Arabuluculuk,
İş Hukukunda
Arabuluculuk,
Dava Şartı Olarak
Arabuluculuk.

Article Info

Received: 10/12/2020
Accepted: 29/07/2021

Keywords

Mandatory Mediation,
Mediation in Labor Law,
Mediation as a Condition
of Action.

Özet

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile daha önce ihtiyari nitelikte olan arabuluculuk, belirli iş uyuşmazlıkları için zorunlu hale getirilmiştir. Bu Kanunla yapılan düzenlemeye göre kanuna veya bireysel yada toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatına ilişkin açılan davalarda arabuluculuğun dava şartı olduğu düzenlenmiştir. Buna göre iş sözleşmesinden kaynaklanan bir alacağı tahsil etmek isteyen taraf arabulucuya başvurmaksızın dava açma yoluna başvuramayacaktır. Arabulucuk yolunun iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak düzenlenmesi neticesinde bu alacaklara ilişkin olarak icra ve iflas takip yollarına başvurulup başvurulamayacağı veya takip hukukuna ilişkin birtakım davaların açılıp açılmayacağı sorusu ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda çalışmamızda ilk olarak arabuluculuğa başvurmadan önce alacaklının ilamsız icra, ilamlı icra ve iflas takip yollarına başvurma olanağı bulunup bulunmadığı değerlendirilmiştir. Ek olarak bu takip yollarında açılan ve takibin devam etmesi amacına hizmet eden itirazın kaldırılması talebi, itirazın iptali davası, menfi tespit davası, istirdat davası ve iflas davası gibi takip hukukuna ilişkin davaların açılıp açılmayacağı konuları incelenmiştir.

Abstract

With the Labor Procedures Law No. 7036, the mediation, which was previously optional, has become mandatory for certain labor disputes. According to the regulation made by this law, the mediation is regulated as a cause of action for the debt claims and action for compensation of employee and employer which are arising from law, individual or collective labor contract. According to this, the person who wants his receivable which is arising from labor contract won't able to prosecute first without resorting the mediation. As a result of the arrangement of the mediation as a case condition in labor disputes, The question has arisen whether enforcement and bankruptcy proceedings can be applied for these receivables or whether some cases related execution law can be filed. In this context, firstly, in our study, it was evaluated whether the creditor has the opportunity to apply for enforcement without judgment, enforcement with judgement and bankruptcy proceedings before applying for mediation. In addition, it has been examined whether the execution law cases can be filed such as removal of the objection, action for annulment of objection, negative declaratory action, the action of restitution and bankruptcy case.



Bu eser Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör., Bartın Üniversitesi, İİBF, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Yargı mekanizmasında artan iş yükü neticesinde mahkemelerde görülen davaların yıllarca sürmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesinin uzun zaman sürüncemede kalması, bu uyuşmazlıkların çözümü için alternatif çözüm yolları arayışına sebep olmuştur. Bunlardan biri de tarafların kendi seçtikleri uzman bir arabulucunun gözetim ve denetiminde dostane tavırla uyuşmazlığı yargı önüne taşımadan çözebilmelerini sağlayan arabuluculuk yoludur. Temel olarak gönüllülük esasına dayanan arabuluculuk, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle belirli iş uyuşmazlıklarının giderilmesi için mahkemeye başvurmadan önce arabulucuya başvurulması zorunluluğu getirilmiş, aksi halde davanın dava şartı eksikliği nedeniyle reddedileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu çalışmada ilk olarak zorunlu arabuluculuk kavramı olarak incelenip, bu kapsama giren iş uyuşmazlıkları, işçi ve işveren alacaklarının neler olduğu değerlendirilecektir. Çalışmanın devamında iş hukukunda zorunlu arabuluculuğun takip hukuku üzerindeki etkileri incelenecektir. Bu çerçevede işçi ve işveren arasında iş sözleşmesinden doğan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin olarak takip yollarından ilamsız icra yolu, ilamlı icra yolu ve iflas takip yollarına başvurulup başvurulamayacağı değerlendirilecektir. Ek olarak bu takip yollarında yapılan itirazlar sonucu açılan davaların zorunlu arabuluculuk müessesesinden etkilenip etkilenmeyeceği tartışılacaktır.

II. ZORUNLU ARABULUCULUK KAVRAMI

Taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi için yargı mekanizması içinde etkili çözümler arandığı gibi, kişilerin yargı yoluna başvurmaksızın kendi aralarında barışçıl ve dostane yollarla çözüm üretebilmelerini sağlayacak formüllerin bulunması da hukukun her zaman gündeminde olmuştur. Özellikle de gelişen teknoloji, iletişim, bilim ve ticaretle birlikte insanlar arasındaki etkileşimin ve ilişkinin artması doğal olarak uyuşmazlıkların ve karşılıklı menfaat çatışmalarının da artmasına sebebiyet vermiştir. Şüphesiz bu durum halihazırda ağır iş yükü altında olan yargı mercilerinin iş yükünü daha da artırdığından klasik yöntemlerin dışına çıkarak yeni çözüm yolları bulmayı zaruri hale getirmiştir. Bu sebeple geliştirilen alternatif çözüm yollarından biri de arabuluculuk çözüm yoludur.

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinde arabuluculuğun tanımı şu şekilde yapılmıştır:

*“Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”*dir.

Buna göre arabuluculuk, aralarında uyuşmazlık olan tarafların, kendi iradeleriyle bu konuda uzman olan üçüncü bir kişiye başvurarak onun gözetiminde karşılıklı menfaatlerini de gözleterek çözüm aramaları yöntemidir¹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk yolunda, arabulucu taraflara uygun bir müzakere zemini hazırlar, tarafların anlaşmazlığı çözmek için yapacakları görüşmelerde gözetici olarak rol oynar. Türk hukukunda genel itibarıyla arabuluculuğa başvuruda iradilik ilkesi benimsenmiştir. Taraflar davadan önce veya sonra bu yola başvurmakta, başvurduktan sonra devam ettirip ettirmemekte, karşı tarafın çözüme ilişkin teklifini kabul edip etmemekte serbesttirler². Ancak yargı mercilerinin iş yükünün azaltılması amacıyla belirli uyuşmazlıklar için arabuluculuk yoluna başvuru zorunlu hale getirilmiştir. Zorunlu arabuluculuk koşulu getirilen uyuşmazlıklarda bu yola başvuru dava yoluna başvurunun ön koşuludur³. Bu sistemde arabuluculuğa başvurmak zorunlu olmakla birlikte, sürecin devam ettirilmesi ve sonlandırılması konusunda bir zorunluluk olmayıp taraflar istediği zaman müzakereleri

¹ GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara 2017, s.82; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B.8, İstanbul 2020, s.624; EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, İstanbul 2019, s.17; OKUR, Zeki: Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, B.2, Adana 2019, s.14; DÜR, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, B.2, Ankara 2018, s.12-13.

² ERTÜRK, Mustafa: Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2019, s.38; ÇİÇEK, s.69; OKUR, s.15; DÜR, s.16; YAĞCIOĞLU, Muharrem: “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(2), 2018, s.457-486, s.466; İLHAN, s.46.

³ ERTÜRK, s.38.

bitirebilirler⁴. Sonuç olarak İş Mahkemeleri Kanunu tarafından zorunlu arabuluculuk kapsamına girdiği belirtilen uyuşmazlıklarda bu koşulun yerine getirilmemesi durumunda İMK m.3/2 uyarınca dava şartı noksanlığından davanın reddi gerekir⁵.

Arbuluculuk yöntemi birçok açıdan yargısal çözümden daha avantajlıdır. Öncelikle yargı yolu daha uzun ve mali bakımdan zorlayıcı bir yol olup, arabuluculuk daha kısa sürede nihayete eren ve daha az masraflı bir yoldur⁶. Yargısal çözümde karar hakim elinde olup dolayısıyla verilecek karar öngörülemezdir. Oysaki arabuluculukta sonuç tarafların elindedir. Yargısal çözümde alenilik esassen arabuluculukta görüşmeler gizlilik ve güvenilirlik içinde yürütülür. Yargısal çözümde psikolojik ve sosyolojik maliyet yüksek olup bu yolda taraflar arasında çatışma daima sıcak kalırken, arabuluculukta taraflar daha barışçıl tavır sergileme ve uzlaşma yoluna gitmektedirler⁷.

III. İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARBULUCULUK

A. Genel Olarak

Kanun koyucunun belirli iş uyuşmazlıkları bakımından zorunlu arabuluculuk yolunu düzenlemesinin temel sebebi mahkemelerin iş yükünü azaltma amacı taşımasıdır. Bunun yanında bu uyuşmazlıkların daha hızlı ve az masrafla çözülmesini temin etmek de bu düzenlemenin maksatlarından biridir⁸.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesinde zorunlu arabuluculuk sisteminin getirilmesine sebep olarak, iş mahkemesinin görevine giren uyuşmazlıkların nitelik itibariyle anlaşma ve müzakereye uygun olması, uyuşmazlığın bu yolla nispeten kısa sürede ve az masrafla çözümlenmesinin daha olası olması ifade edilmiştir. Buna ilaveten arabuluculuğun gizli yürütülen bir prosedür olması sebebiyle tarafların sırlarının korunmasını sağlayacağı ve taraflar davaya nispetle bu sistemde daha etkin ve sonuç üzerinde daha çok pay sahibi oldukları için sosyal barışa daha çok katkı sağlayacağı belirtilmiştir⁹.

İş uyuşmazlıklarında arabuluculuk ihtiyari arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuk olmak üzere iki şekilde uygulama alanı bulmaktadır. İş Mahkemeleri Kanunu'na göre sadece bazı davalar bakımından dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu kabul edilmiştir. Bunun dışında kalan davalar için arabuluculuk yoluna başvuru ihtiyari olup, taraflar yalnızca istedikleri takdirde bu yola başvururlar.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3 uyarınca:

“Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir”.

İş Mahkemeleri Kanunu'nda arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu olduğu ifade edilen diğer uyuşmazlıklar; 4857 Sayılı İş Kanunu'na tabi işçiler ile 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na tabi hizmet sözleşmesiyle çalışanların kanundan kaynaklanan veya bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacakları ya da tazminat ile işe iade talebine ilişkin olan davalardır¹⁰. Ek olarak Deniz İş Kanunu'ndan ve Basın İş Kanunu'ndan kaynaklanan iş

⁴ OKUR, s.15.

⁵ OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İstanbul 2019, s.111.

⁶ PEKCANİTEZ/ÖZEKES/ATALAY, s.625; GÜNAY, s.82-83; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.21; ERTÜRK, s.68; TANRIVER, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk” (Alternatif), TBB Dergisi, (64), 2006, s.158; KURT, Resul: “İş Yargısında Arabuluculuk”, TBB Dergisi, (135), 2018, s.413; İLHAN, s.40.

⁷ PEKCANİTEZ/ÖZEKES/ATALAY, s.625-626; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.21-22; ERTÜRK, s.69-75; TANRIVER, Alternatif, s.158; KURT, s.413; DÜR, s.27; İLHAN, s.35.

⁸ ÇİÇEK, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, B.2, 2018, s.83; GÜNAY, s.81-82; AZAKLI ARSLAN, Betül: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s.119.

⁹ OĞUZ, s.108; AZAKLI ARSLAN, s.119-120; TANRIVER, Alternatif, s.158; DÜR, s.30; YAĞCIOĞLU, s.465; İLHAN, s.36.

¹⁰ GÜNAY, s.98; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.203; KILIÇOĞLU, Mustafa: İş Hukuku Esasları, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması, İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, B.2, Ankara 2019, s.678; TULUKÇU, Nezihe Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, Ankara 2017, s.281.

sözleşmelerine ilişkin iş uyuşmazlıklarında da arabuluculuğa başvuru zorunludur¹¹. Ancak bunların aksine iş kazasından kaynaklanan veya meslek hastalığından ötürü maddi ve manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili rücu davaları hakkında arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak düzenlenmemiştir¹².

Arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlendiği uyuşmazlıklarda bu yola başvurmaksızın doğrudan dava yoluna gidilmesi durumunda mahkemenin ne şekilde karar vereceği dava şartlarının incelenmesi başlığını taşıyan HMK m. 115'e bakarak belirlenebilir. HMK m.115/II uyarınca mahkeme dava şartı noksanlığını tespit ettiği takdirde davanın usulden reddine karar verir¹³. Noksanlığın giderilmesi mümkünse bunun tamamlanması için süre verir. Ancak arabuluculuk bu kapsamda verilen süre içinde tamamlanabilecek bir dava şartı olarak değerlendirilemez. Zira arabuluculuğun amacı zaten uyuşmazlığın dava yoluna gidilmeksizin çözülmesidir. Dolayısıyla mahkemenin taraflardan bu şartı tamamlamaları için süre vermesi kurumun amacı ile bağdaşmamaktadır. Netice itibarıyla taraflar arabuluculuk yoluna başvurmadan dava açmışlarsa, mahkemenin vereceği karar davanın usulden reddi kararıdır¹⁴.

B. Zorunlu Arabuluculuk Kapsamındaki İş Uyuşmazlıkları

İş uyuşmazlığı, işçi ile işveren arasında iş sözleşmesine bağlı olarak ve iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklardır¹⁵. Söz konusu bu uyuşmazlıklar bir veya birden çok işçi ile işveren arasında ortaya çıkarsa bireysel iş uyuşmazlığı olarak adlandırılır. Eğer uyuşmazlık, işçilerin kolektif hakları ile, sendikal örgütlenme, toplu pazarlık ve toplu sözleşme ilişkileriyle ilgiliyse toplu iş uyuşmazlığı söz konusu olur¹⁶. 7036 Sayılı İMK ile kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabuluculuğun dava şartı olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bunun aksine işçilik alacaklarında olan iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklı maddi ve manevi tazminat talepleri dava şartı olarak arabuluculuğa tabi değildir¹⁷.

Bu kapsamda değerlendirildiğinde öncelikle işçilerin iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti gibi ücret alacakları; kıdem, ihbar, kötüniyet, ayrımcılık ve sendikal tazminat gibi tazminat alacakları zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. İşveren bakımından ise ihbar tazminatı, cezai şart, avans

¹¹ ÇİÇEK, s.103; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.205; GÜNAY, s.98; KILIÇOĞLU, s.679.

¹² GÜNAY, s.98; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.212; KILIÇOĞLU, s.679; YAĞCIOĞLU, s.460.

¹³ İLHAN, s.46-47; "Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın ve dosya üzerinden davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir. (HUAKE m.18/A/2, c. 4; HUAKE Yönetmeliği m.22/3). Burada dava şartı arabuluculuk sürecinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, gider avansı yatırılmasında veya gerekli hallerde teminat gösterilmesinde olduğu gibi tamamlanabilen bir dava şartı eksikliği olarak düzenlenmediği görülmektedir. Bir başka ifadeyle, dava şartı noksanlığının giderilmesi ve arabulucuya başvurulması için mahkemece davacıya süre verilmeyecektir" İstanbul BAM, 12. HD., E. 2019/2152 K. 2019/1681 T. 31.12.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası).

¹⁴ OĞUZ, s.110-111; KURT, s.424; YAKICI, Özge: Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, 2019, s. 80; ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk, İstanbul, 2017, s.35-50, s.92; Aksi Görüş: "Arabuluculuk yoluna başvurmadan dava açılması halinde dava şartı eksikliğinin giderilmesi için mahkemece süre verilmeksizin red kararı tesis edilmesi yerinde bir düzenleme değildir. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi dava açıldıktan sonraki aşamada da mümkündür. HMK m.137 uyarınca mahkeme ön inceleme aşamasında tarafları sulhe teşvik zorundadır. Böyle bir düzenlemenin varlığına rağmen hakim arabuluculuğa başvurulmadığı için davayı reddetmesi çelişki oluşturmaktadır. Ek olarak arabuluculuk prosedürünün tamamlanması için süre verilmemesi arabuluculuğun anlaşmayla neticelenmemesi ihtimalinde sürecin uzamasına sebebiyet verecektir. Bu durum ise usul ekonomisine aykırılık oluşturacaktır. Oysaki davanın reddi yerine süre verilerek dava derdest olarak kalmaya devam etseydi taraflar en baştan dava açmak zorunda kalmazlardı (AZAKLI ARSLAN, s. 143). "Arabuluculuğa başvurmadan dava açıldığının anlaşılması halinde doğrudan usulden red kararı verilmesi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından beklenen zamandan ve masraflardan tasarruf edilmesi amacına ters düşmektedir. Bu sebeple arabuluculuğa başvurulmadan dava açıldığının mahkemece tespiti halinde davacıya arabuluculuk tutanağının teslimi için verilen bir haftalık kesin sürenin 45 gün olarak belirlenmesi daha uygun bir çözümdür. Zira İMK m.3/10 uyarınca arabuluculuğun tamamlanması için öngörülen azami süre üç hafta olup bu süre en fazla bir hafta daha uzatılabilmektedir. Arabulucunun atanması içinde belirli bir süre geçecek olması da göz önünde bulundurularak kırk beş günlük bir süre tanınması uygun düşecektir. Bu durumda davacı kendisine tanınan sürede arabuluculuğa başvuracak, anlaşma sağlanamadığı takdirde de yeniden dava açmasına gerek olmaksızın tutanağı mahkemeye teslim edip davasına kaldığı yerden devam edebilecektir" (YAĞCIOĞLU, s.481-482).

¹⁵ OKUR, s.87.

¹⁶ ÇİÇEK, s.185; YAKICI, s.84; AZAKLI ARSLAN, s.114.

¹⁷ OKUR, s.89.

iatedesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat talepleri aynı şekilde zorunlu arabuluculuk kapsamındadır¹⁸.

IV. İŞ HUKUKUNDAKİ ZORUNLU ARABULUCULUK YOLUNUN İCRA VE İFLAS TAKİPLERİNE ETKİSİ

A. Genel Olarak

İş hukukunda zorunlu arabuluculuk yolu kapsamına giren uyuşmazlıklardaki taleplerin ekseriyetini teşkil eden ücret ve tazminat alacaklarının elde edilmesine ilişkin, arabuluculuk yoluna başvurmadan dava açılmayacağına Kanun hükümleri uyarınca şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu noktada hak talep eden tarafın dava açmadan icra takibi başlatıp başlatamayacağı ayrıca ele alınması gereken husustur. Cüz’i icra ve külli icra kapsamındaki bazı takip yolları doğrudan başvuru yapılabilen yollar olarak düzenlenmiş, başka bir ifadeyle alacaklının dava açmasına lüzum olmaksızın doğrudan icra veya iflas yollarına başvurarak alacağını temin etmesi 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun muhtelif hükümleriyle mümkün kılınmıştır. İş hukukunda zorunlu arabuluculuk kapsamına giren iş uyuşmazlıklarında tarafların arabuluculuk yoluna başvurmaksızın icra ve iflas yollarına başvurup başvuramayacağının tespiti bu noktada ele alınmalıdır.

B. İlamsız İcra Yolu ile Takibe Etkisi

İlamsız icra yolu; alacaklı olduğunu iddia eden kişinin dava yoluna başvurmasına ve herhangi bir senet veya belge göstermesine gerek kalmaksızın doğrudan icra dairesine takip talebinde bulunarak başlattığı takip yoludur¹⁹. İlamsız icra yolu; yalnızca para ve teminat alacaklarına karşı başvurulabilen genel haciz yolu, alacağa ilişkin bono, çek, poliçe gibi kambiyo senedi düzenlendiği durumlarda başvurulabilen kambiyo senetlerine özgü haciz yolu, kiralanın taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesine ilişkin takip yolu ve abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacakları hakkında haciz yoluyla ilamsız takip olmak üzere dörde ayrılır²⁰. 7155 Sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun” ile düzenlenen bu takip yolu abonelik sözleşmesine dayanan bir takip yolu olduğu için çalışma kapsamı dışındadır.

1. Genel Haciz Yolu İle Takip

Genel haciz yolu ile takip; bir kambiyo senedine dayanmayan veya rehinle teminat altına alınmamış olan yalnızca para ve teminat alacaklarına karşı başvurulabilen ve başvuru için alacaklının elinde herhangi bir belge ve ilam bulunmasına gerek olmayan takip yoludur. İş hukukunda zorunlu arabuluculuk kapsamına giren alacaklar olan ücret alacakları, tazminat alacakları gibi konusu para olan tüm alacaklar niteliği gereği genel haciz yolu ile takibin konusu olmaya uygundurlar.

Doktrinde zorunlu arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda niteliğine uygun düştüğü takdirde icra takibi yapılabileceği genel kabul gören görüştür²¹. Buna göre, İş Mahkemeleri Kanunu arabuluculuk yoluna başvurmadan yalnızca dava açılmamasını öngörmekte, icra takibi yapılmasını engelleyici ve yasaklayıcı nitelikte bir düzenleme getirmemektedir²². Ayrıca ilamsız icra yolu para alacakları bakımından hak aramanın alternatif bir yolu olarak düzenlenmiştir. Daha açık bir ifadeyle alacaklıya alacağını elde etmek için dava açma hakkına ek olarak İcra ve İflas Kanunu tarafından başvurulabileceği başka bir yol olarak gösterilmiştir. Kanunla tanınan ve alacaklının alacağını daha kısa sürede temin etmesini sağlayan bu yola başvurulmasını engellemek hak arama hürriyetinin ve eşitlik ilkesinin ihlali, dolayısıyla da Anayasaya aykırılık olarak nitelendirilmiştir²³. Kanun koyucu 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 68. maddesinde şu düzenlemeyi yapmıştır:

¹⁸ KILIÇOĞLU, s.678; ÇİÇEK, s.186; YAKICI, s.85.

¹⁹ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI/Emel: İcra ve İflas Hukuku, B.6, Ankara, 2020, s.129; KURU, Baki/AYDIN, Burak: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, B.5, Ankara 2021, s.78; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, B.3, Ankara 2020, s.95.

²⁰ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, B.7, İstanbul 2020, s.247; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI,s.129.

²¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.195; ÇİÇEK, s.94; YAKICI, s.89; ÇENGEL, s.96; ÇİL, s.38; GÜRSU, s.57; OKUR, s.78; KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s.67; ERMENEK, İbrahim/AZAKLI ARSLAN, Betül: “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu”, TBB Dergisi, (148), 2020, s.135-196, s.149.

²² ÇİL, s.38.

²³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.195.

“Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla; değeri dört bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, altı bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise dört bin Türk Lirası ile altı bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur”.

Kanun koyucu söz konusu bu düzenlemede tüketici hakem heyetine başvurunun zorunlu olduğu durumlarda dahi alacaklının İcra ve İflas Kanununa dayanan haklarının saklı olduğunu hüküm altına almıştır. Buna göre alacaklının hakkını aramak için tüketici hakem heyetine başvurabilmesi gibi, isterse takip hukuku yollarına da başvurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemesine paralel olarak aynı bakış açısının arabuluculuk konusunda da hakim olması gerektiği ifade edilmelidir. Bizim de katıldığımız bu görüş çerçevesinde belirtmek gerekir ki, ücret veya tazminat alacağı olduğu iddiasında bulunan işçi veya işçiden eğitim gideri, avans veya ihbar tazminatı gibi tazminat alacağı olduğu iddiasında bulunan işveren, arabulucuya başvurmaksızın doğrudan genel haciz yolu ile takibe başvurma imkanına sahiptirler.

2. Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolu İle Takip

Bu takip yolu alacaklının alacağıın bono, çek poliçe gibi kambiyo senedine bağlı olması durumunda başvuru ilamsız icra takip yoludur²⁴. Ancak İş Kanunu m. 32/5 uyarınca ücret ödemesinin, emre muharrer senet (bono), kupon veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senet veya diğer herhangi bir şekilde yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine bu maddede işçi ücretinin parayla yapılması gerektiği düzenleme altına alındığından kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibin işçi ücretleri bakımından uygulama alanı bulamayacağı kanaatindeyiz. Ancak işçinin işverene olan borçlarının ödenmesi usulüne ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Eğer işçi, işverene ödemesi gereken eğitim gideri, kötüniyet tazminatı veya avans iadesi gibi borçları için işveren lehine bir kambiyo senedi düzenlemiş ancak sonrasında ödeme yapmamışsa bu durumda işveren arabuluculuk yoluna başvurmaya gerek olmaksızın bu takip yoluna başvurma hakkına sahip olmalıdır.

3. Kiralanan Taşınmazların İlamsız İcra Yolu İle Tahliyesi

İş hukukunda zorunlu arabuluculuk kapsamına işçi ve işveren arasındaki kira alacakları dahil değildir. İşçi ve işveren arasında kira borcunun ödenmemesinden kaynaklan uyuşmazlık iş ilişkisine dayanan bir alacak değildir. Her ne kadar ortada bir alacak uyuşmazlığı olsa da bu uyuşmazlığın sebebi iş ilişkisi olmadığından arabuluculuk kapsamında değerlendirilmeyip genel hükümlere tabi tutulmalıdır²⁵.

4. İlamsız İcra Yoluyla Takibe İtiraz Edilmesi

a. Genel Olarak

İşçi veya işverenin, alacağına ilişkin ilamsız icra yoluyla takip türlerinden birine başvurmak üzere takip talebinde bulunmasının ardından, icra dairesi bir ödeme emri düzenleyerek borçlu olarak gösterilen kişiye gönderir. Ödeme emrini alan borçlu tebliğden itibaren 7 günlük süre içerisinde itiraz edebilir²⁶. Ödeme emrine itirazın ardından icra takibi durur. Bu aşamada takibe devam edilebilmesi için bu itirazın hükümden düşürülmesi gerekir. İtirazın hükümden düşürülmesinin iki yolu bulunmaktadır. Bunlardan ilki alacak iddiasında bulunan işçi veya işverenin altı aylık süre içinde icra mahkemesinden itirazın kaldırılması talebinde bulunması, diğeri bir yıl içinde itirazın iptali davası açmasıdır²⁷.

b. İtirazın Kaldırılması Talebi

Alacaklının, ödeme emrine itiraz eden borçlunun itirazını hükümden düşürebilmesi için başvurabileceği yollardan biri itirazın kaldırılması yoludur. Alacaklı, İcra ve İflas Kanunu'nun 68-68/b maddelerinde sayılan ve alacaklı olduğunu gösteren belgelere sahipse, 6 aylık hak düşürücü süre içinde icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurarak ilamsız icra

²⁴ KURU/AYDIN, s.80; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.365; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.96.

²⁵ KILIÇOĞLU, s.680; OĞUZ, s.116; AZAKLI ARSLAN, s.137; KURT, s.427.

²⁶ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.158; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.131; KURU/AYDIN, s.105.

²⁷ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.161; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.147; KURU/AYDIN, s.112,117.

takibinin devam etmesini sağlayabilir²⁸.

Alacaklının bu yola başvurabilmesi için elinde İİK. m.68’de sayılan belgelerden birinin bulunması gerekmektedir. İİK. m.68’de sayılan bu belgeler:

“*imzası ikrar edilmiş adi senet, imzası noterlikçe onaylı senet, resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri belgeler, kredi kurumları ile ilgili belgeler, borçlunun resmi daireler veya memurlar huzurunda borç ikrarında bulunmasıdır*”.

İş hukukunda zorunlu araboluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklara ilişkin yürütülen ilamsız icra takibine borçlu tarafından itiraz edildiğinde alacaklının itirazın kaldırılması talebinde bulunup bulunamayacağına ilişkin doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre borçlunun itirazı üzerine alacaklı itirazın kaldırılması talebinde bulunursa, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminat davalarına ilişkin zorunlu araboluculuk dava şartı burada da uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu durumda araboluculuk yoluna başvurmadan alacaklının icra mahkemesinde itirazın kaldırılması talebinde bulunamayacağı, dolayısıyla davanın dava şartı noksanlığından reddedilmesi gerektiği ve araboluculuk yoluna başvurulması gerektiği savunulmuştur²⁹. Diğer görüşe göre ise itirazın kaldırılması yolunda araboluculuğa başvuru şartı aranmaz³⁰. Buna göre itirazın kaldırılması bir dava değil takip hukukuna özgü bir yol olduğundan, mahkemenin yapacağı inceleme ve tarafların iddialarını ispat etmek için ileri sürebileceği belgeler sınırlı olduğundan ve verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden zorunlu araboluculuk bu talep bakımından söz konusu olmaz. Bu sebeple itirazın kaldırılması talebi bakımından araboluculuğa başvuru zorunlu olmayıp, icra mahkemesinin dava şartı eksikliği nedeniyle talebi reddetmesi söz konusu değildir³¹.

İtirazın kaldırılması talebi icra mahkemesine yapılan, alacaklının icra prosedürüne devam etmesini sağlamaya yönelik ve netice itibarıyla yalnızca icra ve iflas hukuku çerçevesinde hüküm ve sonuç doğuran bir taleptir. Zira bu talep haklı bulunduğu takdirde alacaklı, duran icra takibine devam etme ve borçlunun haksız itirazından dolayı tazminat elde etme hakkına sahiptir (İİK. m.68/7). İcra mahkemesi itirazın kaldırılması talebini basit yargılama usulüne göre inceler. Borçlu icra mahkemesindeki yargılamada daha önce itirazında ileri sürdüğü sebeplerle bağlı olup, daha önce ileri sürmediği itirazları mahkemede ileri süremez. Bunların dışında mahkemece verilecek kararda alacağın tahsiline ilişkin bir hüküm verilmemekte, talebin kabulü halinde yalnızca alacaklının ilamsız icra takibine devam etme imkanı doğmaktadır. Son olarak icra mahkemesinin verdiği karar taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlleyen bir karar olmadığı için maddi anlamda kesin hüküm de teşkil etmemektedir³². Sonuç olarak kanaatimizce itirazın kaldırılması talebi, zorunlu araboluculuk kapsamına giren alacak davasıyla ne amaç ne yöntem ne de sonuçları itibarıyla hiçbir benzerlik göstermemektedir. Dolayısıyla iş hukukunda zorunlu araboluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından icra takibine başlanmış ve bu takibe itiraz edilmişse alacaklının bu itirazı hükümden düşürmek amacıyla itirazın kaldırılması talebinde bulunmasına bir engel olmadığını düşünmekteyiz.

c. İtirazın İptali Davası

İcra takibine borçlu tarafından itiraz edilmesinin ardından takibe devam etmek isteyen alacaklı bir yıl içinde genel mahkemelerde itirazın iptali davası açma hakkına sahiptir. İşçi ve işveren arasında iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ve tazminat taleplerine ilişkin davalarda görevli mahkeme iş mahkemesi olduğundan, itirazın iptali davasında da görevli mahkeme 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca iş mahkemesidir³³. Ancak iş hukukunda zorunlu araboluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklarda itirazın iptali davası açılıp açılmayacağına tespiti gerekmektedir.

İş hukukunda zorunlu araboluculuğa tabi olan uyuşmazlıklara ilişkin ilamsız icra takibi

²⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.192-193; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.147; KURU/AYDIN, s.118.

²⁹ OKUR, s.91.

³⁰ KOÇYİĞİT/BULUR, s.67; EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin: Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı(Zorunlu) Araboluculuk, Ankara 2020, s.136.

³¹ KOÇYİĞİT/BULUR, s.67; EMİNOĞLU/ERDOĞAN, s.136.

³² PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.117-118; KURU/AYDIN, s.132.

³³ “4857 sayılı İş Kanunu’na veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemeleri bakar” (İMK. m.5).

yapılabileceğine dair doktrinde görüş birliği vardır³⁴. Ancak ilamsız icra takibine itiraz edildiği takdirde alacaklının buna ilişkin açacağı itirazın iptali davasında zorunlu arabuluculuğun dava şartı olarak nitelenip nitelendirilmeyeceğine ilişkin olarak ise görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre itirazın iptali davası genel hükümlere göre açılan ve incelenen bir eda davası olması, bu davada maddi hukuka ilişkin inceleme yapılması ve verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi sebebiyle zorunlu arabuluculuk burada geçerli olacak ve daha önce arabuluculuğa başvurulmamış olması sebebiyle dava, dava şartı yokluğundan reddedilecektir³⁵. Bu durumda alacaklının alacağını temin etmek için yapabileceği tek şey arabuluculuk yoluna başvurmaktır. Ancak zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulmuş ve neticesinde anlaşma sağlanamamış ve bunu müteakiben bir icra takibi yapılmışsa artık bu durumda icra takibine itiraz üzerinde itirazın iptali davası açılabilmesine bir engel bulunmadığı savunulmuştur³⁶.

Bu konuda diğer bir görüşe göre ise itirazın iptali davası icra hukukuna özgü bir dava olup klasik anlamda bir alacak davası veya tazminat davası niteliği taşımamakta, yalnızca takibe yapılan itirazın ortadan kaldırılması amacına hizmet etmektedir. Ayrıca bu davada icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi ve davanın ilamsız icra takibine olan etkisi göz önünde bulundurulduğunda, tarafları bu kararları vermeye yetkisi olmayan arabulucuya başvurmaya mecbur etmenin anlamsız olduğu ifade edilmiştir³⁷. Ek olarak bu görüşü savunan yazarlara göre itirazın iptali davasını düzenleyen İİK. m.67 hükmü özel hüküm kabul edilmeli ve kendine özgü süresi ve yaptırım gücü bulunan böyle bir dava, zorunlu arabuluculuk yolu kapsamına dahil edilmemelidir. Eğer bu davanın zorunlu arabuluculuk yolu kapsamında olduğu söylenirse, o zaman icra takibi yapmak da anlamsız hale gelecek ve İcra ve İflas Kanunu tarafından tazminat da dahil olmak üzere alacaklıya sağlanan hukuki imkanlar ortadan kaldırılmış olacaktır. Bunun yanında borçlunun icra takibine itiraz ederek bu konudaki tavrının olumsuz olduğunu gösterdiği ve bu aşamadan sonra alacaklıyla arabulucu önünde anlaşmasının beklenemeyeceği ifade edilmiştir³⁸.

Kanaatimizce bu konuda bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle itirazın iptali davasının hukuki niteliğini tespit etmek gerekir. İtirazın iptali davasının hukuki niteliğine ilişkin doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu dava bir eda davasıdır³⁹. Buna göre itirazın iptalini isteyen alacaklı bu davada hem icra takibine devam edilmesini hem borçlunun icra inkar tazminatına mahkum edilmesini hem de icra takibine konu olan alacağın tahsilini isteyebilir⁴⁰. Kuru'ya göre alacaklı takip konusu yaptığı ve borçlunun itiraz ettiği alacağı için yalnızca bir dava açabilir ki bu da genel hükümlere göre açacağı itirazın iptali davasıdır. Ancak bu alacak davası İİK m.67/1 hükümlerine göre bir yıl içinde açılırsa itirazın iptali davası adını alır. Bu dava diğer eda davalarında olduğu gibi asıl alacağa ilişkin tahsil imkanı vermekte ve buna ilaveten kabul edildiği takdirde ilamsız icra takibine devam edilmesini ve icra inkar tazminatına hükmedilmesini sağlamaktadır. İtirazın iptali davası ile alacak davasının farklı davalar olduğunu söylemek usul ekonomisine de aykırıdır. Zira itirazın iptali davasında tahsile ilişkin hüküm tesis edilemez denilirse alacaklının bu kararla ilamlı takip yapma veya doğrudan doğruya iflas takibine başvurma hakkı da olmayacaktır. İtirazın iptali davası kabul edilen alacaklı ilamsız icra yoluyla alacağını temin edemeyeceğini anladığı takdirde ilamlı takip veya doğrudan doğruya iflas takibi

³⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.195; ÇİÇEK, s.94; YAKICI, s.89; ÇENGEL, s.96; ÇİL, s.38.

³⁵ ÇİÇEK, s.94; YAKICI, s.90; ÇENGEL, s.96; ÇİL, s.38; OKUR, s.91; KOÇYİĞİT/BULUR, s.67; TORAMAN, Barış: "Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Sorunu" (Arabuluculuk), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Ceren DAMAR ŞENEL Armağanı,5(1), 2020, www.jurix.com.tr,s.3141-3170, s.3151; "Dava itirazın iptali davasıdır. İtirazın iptali davasının konusu, takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu bir alacaktır. Doktrinde ve yargısal içtihatlarda belirtildiği üzere, itirazın iptali davası genel hükümlere göre görülen ve eda hükmünü içeren bir alacak davası niteliğindedir. Dava dilekçesinin incelenmesi neticesinde; davanın 7155 sayılı Kanununun 20. maddesi ile, 6102 sayılı T.T.K.'nin 5. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 5/A maddesi kapsamında bir alacak davası niteliğinde olduğu, sözkonusu hükmün yürürlük tarihinin, 7155 sayılı Kanununun 26. maddesi ile 01/01/2019 tarihi olarak belirlendiği ve davanın 16/01/2019 tarihinde açıldığı, dolayısıyla dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olduğu ve davacının arabuluculuğa başvurmadan doğrudan dava açtığı anlaşılmalı 6235 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A-2 hükmü gereğince davanın dava şartı yokluğu sebebi ile usulden reddine karar vermek gerekmiştir" İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/22 K. 2019/58 T. 17.1.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası).

³⁶ YAKICI, s.90; OKUR, s.91.

³⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.196; TANRIVER, Arabuluculuk, s.139.

³⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.196; TANRIVER, Arabuluculuk, s.139; EMİNOĞLU/ERDOĞAN, s.145.

³⁹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s.180; KURU/AYDIN, s.112; TORAMAN, Arabuluculuk, s.3151.

⁴⁰ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.180; TORAMAN, Arabuluculuk, s.3151.

yapma imkanı olmadığından en baştan bir alacak davası açması gerekecek veya ilamsız icra takibini bırakarak yeni baştan iflas takip yoluna başvurması gerekecektir. Bu durum da zaman, emek ve masraf kaybı doğuracaktır. Dolayısıyla itirazın iptali davasının bir eda davası olmadığını, asıl alacağı tahsil imkanı vermediğini söylemekte hukuki yarar yoktur⁴¹.

Bir başka görüşe göre ise itirazın iptali davası icra hukukuna özgü bir davadır. Buna göre itirazın iptali davası özel süresi ve yaptırımı bulunan, yalnızca icra takibinin devam etmesi amacıyla hizmet eden bir davadır⁴². Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise itirazın iptali davasının bir eda davası ya da tespit davası olmadığını bunun aksine kendine özgü ayrık bir dava olduğunu ileri sürmektedir⁴³. Bu görüşe göre bu dava bir tespit davası değildir. Zira dava sonunda yalnızca alacağın tespitine ilişkin hüküm tesis edilmez, ayrıca takibin devamına veya iptaline de karar verilir. Bu dava bir eda davası da değildir. Zira itirazın iptali davasıyla icra takibine esas teşkil eden alacağın tahsiline ilişkin hüküm verilmesi mümkün değildir. Bu davada tesis edilen karar alacaklının haklı bulunması halinde, borçlunun itirazının iptal edilmesi ve böylece ilamsız icra takibine devam edilmesi ve borçlunun icra inkar tazminatı ödenmesine mahkum edilmesidir. Dolayısıyla asıl alacağın tahsiline ilişkin hüküm tesis edilmemesi, dava kabul edildiği takdirde alacaklıya ilamlı takip imkanı verilmemesi sebebiyle bu dava eda davası niteliği de taşımadığından kendine özgü bir dava olarak nitelendirilmelidir⁴⁴.

Kanaatimizce etki ettiği alana ve ortaya çıkardığı sonuçlara bakıldığında itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü bir dava olduğunu söylemek doğru olur. İtirazın iptali davası, İcra ve İflas Kanunu m.67’de belirtilen sürede açılması gereken, süresinde açılmadığı takdirde ilamsız icra takibinin düşmesine sebebiyet veren, dava kabul edildiği takdirde ilamsız icra takibine devam edilmesini ve borçlunun icra inkar tazminatı ödemesine hükmedilen, aynı şekilde dava reddedildiği takdirde icra takibinin iptal edilmiş sayılması sonucunu doğurup alacaklının da kötüniet tazminatına hükmedilmesini sağlayan bir davadır. Bu sebeplerden ötürü itirazın iptali davasının yalnızca icra ve iflas hukuku alanında etki doğurduğu, her ne kadar dava sonucunda verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etse de takibe konu olan alacağa ilişkin bir eda davası gibi tahsil imkanı vermediği, yargılama sonunda talebinde haklı olduğu tespit edilen alacaklıya ilamlı takip yapma hakkı tanımadığı ve bir eda davasında hükmedilmesi mümkün olmayan tazminatlara hükmedilen bir dava olduğu görülmektedir. Bu özellikleri sebebiyle söylenmelidir ki itirazın iptali davası icra hukukuna özgü bir davadır⁴⁵. Bu sebeplerle alacaklının arabulucuk yoluna başvurma zorunluluğu olmaksızın itirazın iptali davası açma hakkı olduğu söylenmelidir⁴⁶. İlaveten belirtmek gerekir ki hem İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerine hem doktrine bakıldığında zorunlu arabuluculuk kapsamına giren işçi veya işverenin ücret ve tazminat alacaklarına ilişkin olarak icra takibine başvurulmasının önünde bir engel yoktur. Eğer bu durumlarda icra takibi yapılabilir deniyorsa, takibin devam etmesi amacıyla hizmet eden itirazın iptali davasının da açılabilirliğini söylemek hukuki açıdan daha tutarlı bir yaklaşım olacaktır.

C. İlamlı İcra Yoluya Takibe Etkisi

Alacak iddiasında bulunan kişi, alacağına ilişkin bir ilam veya ilam niteliğinde belgeye sahipse ilamlı icra takip yoluna başvurabilir⁴⁷. Elinde kesinleşmiş mahkeme ilamı olan alacaklının tekrar dava açması kesin hüküm dava şartına ihtilaf etmesi sebebiyle beklenemez. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken mesele alacaklının elinde ilam niteliğinde belge olması ihtimalidir. İlam niteliğindeki belgelerin neler olduğu İİK. m.38’de ve muhtelif özel kanunlarda belirtilmiştir. İİK. m. 38’de sayılan ilam niteliğinde belgeler şunlardır:

“Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re’sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler”.

Bunlardan özellikle para borcu ikrarını içeren düzenleme biçimindeki noter senetlerinin iş hukukunda yer bulması ihtimal dahilindedir. Örneğin iş sözleşmesinin feshedilmesinin ardından işveren işçiye olan borçlarını bu şekilde bir noter senedine bağlamışsa veya işçi işverene borçlu

⁴¹ KURU, El Kitabı, s.272-273.

⁴² PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.111.

⁴³ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.150; EMİNOĞLU/ERDOĞAN, s.141.

⁴⁴ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.150; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s.111.

⁴⁵ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.150; TANRIVER, Arabuluculuk, s.139; Y. HGK. 12.10.2005, 19/528-586.

⁴⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.111; TANRIVER, Arabuluculuk, s.139.; ERMENEK/AZAKLI ARSLAN, s.160; EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.196.

⁴⁷ KURU/AYDIN, s.295; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.396; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.414; TTK. m.5/A kapsamında arabuluculuğun dava şartı olarak öngörüldüğü taleplere ilişkin ilamlı icra takibi yapılabilir. Bkz.ERMENEK/AZAKLI ARSLAN, s.139.

ise ve borcunu ilam niteliğinde olan bu belgeyle bağlamışsa arabuluculuğa başvurma zorunluluğuna tabi tutulmaksızın ilamlı icra yoluna başvurabilmesinin mümkün olduğu söylenmelidir⁴⁸. Elinde bu şekilde ilam niteliğinde bir belge olan alacaklının takip yapmasına engel olmak, kanun tarafından kendisine tanınan bu hakkı sınırlandırmak hak arama hürriyetini engellemek anlamına gelir. Bu durumda alacaklı kısa sürede alacağını temin etme imkanına sahipken, önce arabuluculuk yoluna başvurmamasını beklemek ve diğer alacaklılarla özellikle de elinde onun kadar kuvvetli bir belge olmayan alacaklılarla aynı şartlara tabi tutulması onu daha avantajlı bir duruma getirecektir⁴⁹.

D. İş Hukukundaki Zorunlu Arabuluculuk Yolunun Münferit Bazı Davalara Etkisi

1. Menfi Tespit Davası

Menfi tespit davası, borçlunun kendisine karşı henüz icra takibi başlatılmadan veya takip başlatıldıktan sonra, borçlu olmadığı mahkemece tespit edilmesi amacıyla genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi veya niteliğine göre özel mahkemede açtığı davadır⁵⁰. İşçi veya işveren alacağı bakımından açılacak menfi tespit davasında ise özel görevli mahkeme olan iş mahkemesi görevli olacaktır.

İşçi veya işverenin borçlu olmadığı tespit için açacağı menfi tespit davasını, arabuluculuğa başvurmaksızın doğrudan açıp açamayacağına ilişkin hem yargı kararlarında hem doktrinde görüş ayrılığı vardır. İlk olarak menfi tespit davasının genel hükümlere göre görülen bir dava olması ve bu davada verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi, borçlunun maddi hukuk bakımından borçlu olup olmadığı tespit edildiği bir dava olması sebebiyle dava konusunun arabuluculuk kapsamına girdiği durumlarda, arabuluculuğa başvurulmadan dava açılmayacağı, dolayısıyla davanın usulden reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵¹. Ek olarak bir görüşe göre Kanun koyucunun arabuluculuk müessesesini geliştirmesindeki amaç uyuşmazlığa düşmüş tarafları biraraya getirerek arabulucu yardımıyla uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıdır. Kanun koyucunun odak noktası dava türleri değil, uyuşmazlığın türüdür. Dolayısıyla davanın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı, dava konusuna değil uyuşmazlık türüne göre belirlenir. Menfi tespit davasına konu olan uyuşmazlık, belirli bir para alacağının ve bu alacağın bir hukuki dayanağı olup olmadığı tespit olduğuna göre dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁵². Diğer görüşe göre ise İş Mahkemeleri Kanunu'nun üçüncü maddesinde bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak ve tazminat taleplerinin zorunlu arabuluculuğa tabi olacağı düzenlendiği, bu sebeple icra takibinden önce veya takipten sonra borçlunun borçlu olmadığı tespit için açacağı menfi tespit davasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁵³. Bu görüşe göre menfi tespit davası icra takiplerine

⁴⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.195.

⁴⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s.195.

⁵⁰ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.230; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.134; ÖZEKES, Muhammet/ÇİFTÇİ, Pınar: "Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)", TBB Dergisi (148), 2020, s.101-134, s.129.

⁵¹ KOÇYİĞİT/BULUR, s.67-68; "Dava dilekçesinin incelenmesi sonucunda, davanın 7155 sayılı Kanunu'nun 26. maddesinde yürürlük tarihi olarak belirtilen 01/01/2019 tarihinden sonra açıldığı, davanın menfi tespit davası olduğu, yürütülecek yargılama sonucunda verilecek kararın dava konusu icra takibindeki alacak talebi hakkında davanın tarafları arasında kesin hüküm doğuracak nitelikte olduğu dikkate alındığında, zorunlu arabuluculuk dava şartının bulunduğu, Davacının arabuluculuğa başvurmadan doğrudan dava açtığı için açıkça anlaşılması karşısında, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A-2 maddesi hükmü gereğince, davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar vermek gerekmiştir." İstanbul 15. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/1 K. 2019/32, T. 24.1.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); "Kanun koyucu talep veya dava türü ne olursa olsun dava konusu bir miktar para alacağı olan tüm talepler hakkında, alacaklı ve borçlu açısından bir ayırım yapılmadan ve bir sınırlama getirilmeden dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını, dava şartı olarak düzenlemeyi amaçlamıştır. Elbetteki menfi tespit talebi ile alacak talebi hukuken aynı kavramlar değildir ve bu davalar sonucunda netice-i talepler ile kurulacak hükümler de farklıdır. Ancak burada dava konusu bir miktar para alacağı ise, açılacak davanın yada talebin ne olduğunun bir önemi yoktur. İster alacak, ister menfi tespit, ister istirdat, ister itirazın iptali, ister tazminat talebi olsun bu davaların ortak noktası dava konusunun bir miktar para alacağı olduğudur. Sadece netice-i talepler ve mahkemelerce kurulacak hükümler birbirinden farklıdır. Sınırlayıcı bir yorum yaparak maddenin sadece alacak veya tazminat davalarıyla sınırlı bir uygulama yapmanın kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı muhakkaktır. Bu nedenle 6102 Sayılı TTK'nın 5/A maddesi gereğince menfi tespit talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak kabul edilmesi usul ve yasaya uygun olduğundan..." İstanbul BAM, 12. HD., E. 2019/2456 K. 2019/1688 T. 31.12.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁵² TORAMAN, Arabuluculuk, s.3162-3163.

⁵³ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.134; TANRIVER, Arabuluculuk, s.140; ÖZEKES/ÇİFTÇİ, s.128 vd.; "Somut olaya dönüldüğünde; davacının iş bu davadaki talebi, Çalışma ve Sosyal

etkisi açısından İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen icra hukukuna özgü bir davadır. Menfi tespit davası bir alacak davası olmayıp, yalnızca borçlunun borcu olmadığını tespit edilmesini amaç edinen, bir eda davasında olduğu gibi alacaklıya tahsil imkanı sağlamayan bir tespit davasıdır⁵⁴. Dolayısıyla arabuluculuğa başvurmaksızın menfi tespit davası açılması halinde dava şartı eksikliğinden davanın usulden reddi kararı doğru değildir.

Kanaatimizce de işçi veya işveren tarafından borçlu olmadığının tespiti için açılan menfi tespit davası arabuluculuk yoluna başvurulmadan açılmışsa mahkemenin dava şartı eksikliğinden davayı reddetmesi doğru değildir. İMK m.3'te zorunlu arabuluculuğa tabi tutulmuş olan dava, işçi veya işverenin ücret veya tazminat alacağını talep ettiği bir alacak davasıdır. Oysa menfi tespit davası bir alacak davası gibi tahsil imkanı sağlamamakta, yalnızca borçlunun maddi anlamda borçlu olup olmadığını tespitini yapmaktadır. Bu tespit hükmü halihazırda yapılan veya ileride yapılması ihtimal dahilinde olan icra takiplerini etkileyici nitelik taşır. Örneğin davanın kabulü halinde borçlunun malları üzerinde haciz varsa kalkar, mallar satılmışsa satış parası borçluya ödenir (İİK m. 72/5). Ancak bunun aksine bir eda hükmü taşımaz. Dolayısıyla da bu davanın açılabilmesi için önce zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulması gerekmediği ifade edilmelidir.

2. İstirdat Davası

Hakkında icra takibi yapılan borçlunun cebri icra tehdidi altında aslında borçlu olmadığını düşündüğü bir parayı ödemesi halinde bu parayı geri almak için açtığı dava, istirdat davasıdır. İstirdat davası sebepsiz zenginleşme iddiasına dayanan bir eda davası niteliğindedir⁵⁵. Zira davacı bu davada daha önce ödediği bir parayı geri istemektedir. İşçi veya işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret veya tazminat alacaklarına ilişkin olarak açtığı istirdat davasında, görevli mahkeme iş mahkemesidir. İstirdat davası genel hükümlere göre yargılaması yapılan, sonucunda verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği bir eda davası olması nedeniyle zorunlu

Guvenlik Bakanligi İş Teftiş Kurulu tarafından düzenlenen 29/12/2017 tarihli, 15-18 sayılı raporda isimleri geçen işçilerin fazla çalışma ücret alacaklarının bulunmadığının tespitine ilişkindir. Yani dava menfi tespit istemine ilişkindir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanun'un 3.maddesine göre konusu işçi veya işveren alacağı ve tazminatları ile işe iade talebi ile açılan davalarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Fakat menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü menfi tespit davalarında bir miktar alacağı tahsili talebi yoktur. Bu nedenle de menfi tespit davalarında arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır.” İzmir BAM, 9. HD., E. 2019/1722 K. 2019/882 T. 11.7.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); “Dava, İİK'nun 72. maddesi uyarınca icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasıdır. 6102 Sayılı Kanun'un 5/A maddesi uyarınca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Somut olayda dava az önce de belirtildiği üzere menfi tespit davasıdır. Kanun koyucu konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri yönünden dava şartı olarak arabuluculuğu öngörmüştür. Eldeki dava menfi tespit davası olduğundan arabulucuya gidilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Mahkemece işin esasına girilip yargulamaya devam edilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan davalılar vekilinin istinaf talebinin kabulüne karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur” İstanbul BAM, 16. HD. 09.05.2019, 1086/2019, 1021/2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); “Dava, davacı aleyhine takibe konulan senetten dolayı davacının borçlu olmadığının tespiti talebine ilişkindir. 7036 Sayılı Kanun'un 3/1 maddesinde “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” şeklinde düzenleme mevcuttur. Kanunda menfi tespit davaları için arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Davanın arabuluculuğa başvurulmaması sebebiyle dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi yerinde olmamıştır” Gaziantep BAM 8.HD 09.07.2019 2019/1107, 2019/1478 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁵⁴ ERMENEK/AZAKLI ARSLAN, s.160-161; Karşı oy yazısı: “Menfi tespit davası ise İİK m. 72 hükmü ile düzenlenen kendine özgü bir dava türü olup, konusu bir miktar paranın veya tazminatın ödenmesi değildir. O nedenle alacak davasının bir türü gibi değerlendirmek hatalı olmaktadır. Şöyle ki, Menfi tespit davasında mahkemenin davacının borçlu olup olmadığını tespitini yapmasının, davalının alacaklı olup olmadığını tespiti sonucunu doğurması bu davanın bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak davası niteliğinde olduğunu göstermez. Zira menfi tespit davası sonunda bir miktar paranın tahsiline karar verilmemektedir. Eğer davacı davasını ispat ederse olumsuz tespit kararı verilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekirse, mevcut düzenleme uyarınca arabulucuya başvurulmasının menfi tespit davası için bir dava şartı olarak kabul edilmesinin bazı sakıncaları da bulunmaktadır. Şöyle ki, bilindiği üzere menfi tespit davaları genellikle başlatılan veya başlatılması muhtemel icra takipleri nedeniyle açılmaktadır. Arabulucuya başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesi durumunda, arabulucu sürecinde takip devam edeceğinden borçlu daima haciz baskısı altında olacak, alacaklı ise bir an önce alacağına kavuşmak arzusu ile hacizlere başlayacaktır. Oysa borçlu olmadığını düşünen takip borçlusunun bir an evvel dava açıp takibin devamını önlemek için tedbir talep etmekte menfaati bulunmaktadır. Diğer taraftan arabuluculuk süresince başlatılan veya başlatılacak icra takibinin duracağı yönünde bir hüküm bulunmadığına göre, menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurunun dava şartı olarak kabul edilmesi silahların eşitliği prensibine de aykırılık oluşturacaktır.” Y. 11. HD. E. 2019/3048 K. 2020/1093 T. 10.2.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası).

⁵⁵ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ/HANAĞASI, s.236; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s.142.

arabuluculuk hükümlerinin bu dava açısından geçerli olacağı doktrinde ifade edilmiştir⁵⁶. Bu husustaki başka bir görüşe göre ise şartları kanunda özel olarak sayılan ve yalnızca ilamsız icra takibi kapsamında başvurulmuş bir dava olan istirdat davası, alelade bir alacak davası gibi kabul edilemeyeceğinden, dava şartı arabuluculuk kapsamında da olmayacağı belirtilmiştir⁵⁷. Ayrıca istirdat davasını arabuluculuk kapsamında değerlendirmenin alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesini zedeleyeceği ifade edilmiştir. Buna göre alacaklı alacağını temin etmek için arabuluculuk yoluna başvurmaksızın icra takibi yapmış ve borçlu cebri icra tehdidi altında bu borcu ödemişse, alacaklının icra takibi yaparken tabi tutulmadığı arabuluculuk yoluna borcunu cebri icra tehdidi altında ödeyen borçluyu tabi tutmanın menfaat dengesini zedeleyeceği ifade edilmiştir⁵⁸. Kanaatimizce istirdat davası eda davası niteliğini taşısa da diğer alacak davaları gibi nitelenemez. Bu dava, borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi veya itirazının kaldırılması suretiyle icra takibinin kesinleşmesinin ardından cebri icra tehdidi altında ödediği paranın iadesi için açtığı davadır. Öte yandan takip henüz kesinleşmeden, örneğin itiraz süresi içinde borçlu tarafından ödenen paranın iadesi için istirdat davası açılması söz konusu değildir. Bu sebeple borçlunun söz konusu ödemeyi kısa sürede gerçekleşmesi muhtemel bir haciz tehdidinden korkarak baskı altında yaptığı ortadadır. Dolayısıyla ifade etmek gerekir ki arabuluculuk yoluna başvurmaksızın icra takibi yapabilen bir alacaklının karşısında, icra takibinin kesinleşmesinin ardından haciz tehdidiyle ödeme yapan bir kişinin dava açmadan arabuluculuk yoluna başvurmasını istemek hakkaniyetli bir yaklaşım değildir. Dolayısıyla İMK m.3 uyarınca zorunlu arabuluculuk kapsamına giren iş uyuşmazlıklarına ilişkin yürütülen icra takibi esnasında açılan istirdat davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığını söylemek gerekir.

E. İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Yolunun İflas Takiplerine Etkisi

Bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağı veya tazminat alacağı olan işçinin zorunlu arabuluculuk kapsamına giren bu uyuşmazlıklara ilişkin işverene karşı iflas takibi yapıp yapamayacağı incelenmesi gereken bir diğer konudur.

İflas yolu; borcunu ödemediği için belirli usuller çerçevesinde ticaret mahkemesince iflasına karar verilen borçlunun bütün mal ve haklarının tasfiye edilmesi ve tüm alacaklılarına paylaştırılmasını sağlayan takip yoludur⁵⁹. Hakkında iflas yoluyla takip yapılabilecek kişiler tacirler ve TTK gereğince tacir sayılan kişilerdir⁶⁰. Bunun yanında tacir olmadıkları ve tacir sayılmadıkları halde iflasa tabi olan kişiler de vardır⁶¹.

İflas yolları; genel (adî) iflas yolu, kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu ve doğrudan doğruya iflas yolu olmak üzere üç başlık altında incelenir⁶². Genel iflas yolu ve kambiyo senetlerine özgü iflas yolu takipli iflas yolu olarak tanımlanır ve alacaklının icra dairesine yapacağı iflasa ilişkin takip talebi ile başlar. İcra dairesi alacaklının talebinin ardından borçluya bir iflas ödeme emri gönderir. Borçlu kendisine belirtilen sürede borcunu ödemezse veya borca itiraz ederse alacaklı asliye ticaret mahkemesinden borçlunun iflasını ister, yani iflas davası açar⁶³. Kanunda belirlenen bazı hallerde ise alacaklı icra dairesinde iflas takibi yapmasına gerek olmaksızın doğrudan asliye ticaret mahkemesine başvurarak iflas davası açabilir. Doğrudan

⁵⁶ KOÇYİĞİT/BULUR, s.67-68; TORAMAN, Arabuluculuk, s.3163; ÖZEKES/ÇİFTÇİ, s.129.

⁵⁷ TANRIVER, Arabuluculuk, s.141-142.

⁵⁸ ERMENEK/AZAKLI ARSLAN, s.164-165.

⁵⁹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.455; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.500; KURU/AYDIN, s.370-371.

⁶⁰ “Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişilere tacir denir” (TTK. m. 12/I); “Gerçek kişi, ticari işletmeyi fiilen işletmeye başlamış olsa bile ticari işletmeyi kurup açtığını sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline kaydettirerek durumu ilan etmişse tacir sayılır” (TTK. m. 12/II); “Kişisel durumları veya yaptıkları işlerin niteliği sebebiyle yahut meslek veya görevleri dolayısıyla kanundan veya bir yargı kararından doğan yasağa aykırı bir şekilde yada başka bir kişinin iznine veya resmi bir makamın onayına gerek olmasına rağmen izin yahut onay almadan bir ticari işletmeyi işleten gerçek kişi de tacir sayılır” (TTK. m. 14/I); ticaret şirketleri (TTK. m. 124); “Amacına varmak için ticari işletme işleten dernekler” (TMK. 55,60); “vakıflar” (TTK. m.16/I); “Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılır” (TTK. m. 16/I).

⁶¹ Tacir olmadığı halde iflasa tabi olan kişiler; şahıs şirketlerinin ortakları, ölmeden önce hakkında iflas takibine başlanmış olan tacirin terekesine elbirliğiyle sahip olan miras ortakları, ticareti terk eden kişiler, banka yöneticileri ve denetçileri, sermaye piyasası kurumu ortakları ve yöneticileridir. Bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.463-466.

⁶² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.471; KURU/AYDIN, s.381.

⁶³ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.454; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.517-518; KURU/AYDIN, s.381-382.

doğruya iflas (takipsiz iflas) adı taşıyan bu takip yoluna başvurabilmek için İİK. m.177’de bazı şartların varlığı aranmıştır. Buna göre; borçlunun bilinen bir yerleşim yeri yoksa, taahhütlerinden kurtulmak için kaçarsa veya mallarını saklarsa, ödemelerini durdurursa, önerdiği konkordato tasdik edilmez veya konkordato tamamen feshedilirse, ilama dayalı bir alacağı kendisine gönderilen icra emrine rağmen ödemezse alacaklı borçlunun doğrudan doğruya iflasını isteyebilir⁶⁴.

İş hukukunda arabuluculuk kapsamına giren alacaklar bakımından iflas takip yoluna başvurulup başvurulamayacağını değerlendirmek gerekirse, öncelikle belirtmek gerekir ki işverenler çoğunlukla tacir sıfatı taşıdıklarından iflas yoluyla takip edilmeleri mümkündür. Bu çerçevede işçinin işverenden olan ücret ve tazminat alacaklarını arabuluculuk yoluna başvurmadan iflas takibi yaparak talep edebileceği ifade edilmelidir. Zira İMK. m.3’te işçinin arabuluculuk yoluna başvurmaksızın yalnızca dava açması yasaklanmış olup icra veya iflas takibi yapmasına engel teşkil edecek bir hüküm getirilmemiştir. Dolayısıyla doktrinde ve yargı kararlarında icra takibi yapılabileceğinin genel bir kabul olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, bir diğer takip yolu olan iflas takibinin de şartları olduğu takdirde yapılabileceğini ifade etmek gerekir.

Burada incelenmesi gereken asıl mesele, işçinin iflas takibi yapmasının ardından icra dairesince işverene gönderilen iflas ödeme emrinde belirtilen sürede borç ödenmediği takdirde, işçinin asliye ticaret mahkemesinde iflas davası açıp açamayacağıdır. Doktrinde bir görüşe göre iflasa ilişkin davalar kamu düzenine ilişkin olduğundan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri söz konusu değildir. Dolayısıyla bu davalar tümüyle arabuluculuk kapsamı dışında kalırlar. Ayrıca iflas davası, iflas takip yolunun devam etmesi amacını taşıyan bir dava olup sıradan bir alacak davası olarak nitelenemeyeceğinden arabuluculuk yoluna elverişli değildir⁶⁵. Doktrinde bir diğer görüş ise takipli iflas ve takipsiz iflas bakımından konuyu iki açıdan ele almıştır. Buna göre takipli iflas yolunda açılan iflas davasında hüküm verinceye kadar tarafların dava üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve söz konusu davanın onların iradesine bağlı olan bir uyuşmazlıktan kaynaklandığı, dolayısıyla bu aşamada kamu düzenine ilişkin olan hususların vuku bulmadığından bahisle iflas davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu ifade edilmiştir⁶⁶. Takipsiz iflas ise belirli bir borcun ödenmemesinden ziyade borçlunun hileli işlem yapması gibi belirli bir davranışına ya da borca batıklık gibi malvarlığı durumuna istinaden başvuru bir yol olduğu ve bu durumların vukuunda zaten borçlunun borcu ödemesine yönelik bir irade göstermesi beklenemeyeceği için, bu yolun dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında olduğu ileri sürülmüştür⁶⁷.

Öncelikle iflas davasının amacına ve sonuçlarına bakıldığında bunun normal bir alacak davası gibi görülemeyeceği ortadadır. Örneğin iflas davası kabul edildiği takdirde bu sonuçtan etkilenen tek kişi davayı açan alacaklı değil, borçlunun tüm alacaklılarıdır. Davayı açan alacaklının diğer alacaklılardan hiçbir üstünlüğü bulunmamakta ve daha önemlisi normal bir alacak davasında olduğu gibi hükümlerle birlikte alacağına ilişkin ilamlı icra yoluna başvuramamaktadır. Bu dava sonucunda alacaklının alacağını normal bir alacak davasında olduğu gibi doğrudan temin etmesi de söz konusu değildir. Alacaklı iflas açıldığı takdirde borçlunun mallarının tasfiye edilmesi sonucunda diğer alacaklılarla birlikte paylaşımına katılmaktadır⁶⁸. İMK m.3/1’de alacak ve tazminat davalarının arabuluculuk kapsamına alındığı göz önünde bulundurulduğunda bir alacak davası gibi nitelendirilemeyecek iflas davasında arabuluculuğun bir dava şartı olamayacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla itirazın iptali davası ve itirazın kaldırılması talebinde olduğu gibi burada da görüşümüz davanın açılabilirliği yönündedir⁶⁹. Ek olarak iflas

⁶⁴ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s.487-487.

⁶⁵ TANRIVER, Arabuluculuk, s.136

⁶⁶ TORAMAN, Barış: “İflas Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine” (İflas), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(3), s.1027-1059, s.1046.

⁶⁷ TORAMAN, İflas, s.1051-1052.

⁶⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.475.

⁶⁹ “İİK 155. maddesi ve devam maddelerinde düzenlenen adi iflas yoluyla yapılan takibe itirazın kaldırılması ve iflas davasının, belirli bir alacağın tahsili veya tazminat ödetirilmesine ilişkin bir dava olmadığı, yapılan iflas takibinin devamının sağlanması ve bu icra takibine konu bedelin ödenmesini teminen davalıya son bir şans verilmesi anlamında depo kararının tebliği ve ödeme yapılmaması halinde davalının iflası sonucunu doğuran bir dava türü olduğu anlaşılmaktadır. İflas davası, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir dava türü de değildir. HMK hükümlerine göre, hükmün kesinleşmesine kadarki her aşamada davadan feragat mümkün olduğu halde, İİK’undaki özel düzenleme çerçevesinde iflas davasındaki feragatin ancak iflas kararı verildiği aşamaya kadar mümkün bulunduğu, iflas kararı verildikten sonra davadan feragat edilemeyeceği, ayrıca kabulle sonuçlanabilecek bir dava türü de olmadığı, kamu

takibi İcra ve İflas Kanunu tarafından alacaklıya tanınmış özel bir haktır. Alacaklı alacağına ilişkin dava açabileceği gibi isterse doğrudan bu yola da başvurabilir. Başka bir ifadeyle bu hak yalnızca bir eda veya tespit davasının sonunda alacaklı olduğu mahkeme hükmüyle tespit edilen kişiye bahsedilmiş bir hak değildir. Dava hakkından arî olarak kanun tarafından verilmiş bir haktır. Dolayısıyla alacaklı bu hakkını dava açmak yerine iflas takibi yapmaktan yana kullanabilir. Söz konusu durumda da işçi eğer ücret veya tazminat alacağına ilişkin bir dava açmak isterse İMK. m.3 uyarınca zorunlu arabuluculuğa başvurmak zorundadır. Fakat kanun tarafından kendisine verilen bir diğer hak olan iflas takibini yapmak isterse bunu yapmasına da bir engel bulunmamaktadır. Takibin neticeye ulaşması için yine kanunda öngörülen iflas davasını açması gerekiyorsa bu davayı da açma hakkına sahip olmalıdır. Aksini iddia edersek takip yapmasının da bir anlamı olmayacaktır. Netice itibariyle işçi işverenden olan ücret ve tazminatları için iflas takip yoluna başvurmakta ve takibin nihayete ermesi için gerekli olan iflas davasını mahkemesinde açmakta serbest olmalıdır.

V. SONUÇ

İş mahkemelerinde artan iş yükü sebebiyle, iş hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların yargı önüne gelmeden taraflar arasında dostane yollarla çözülebilmesi amacıyla hukukumuzda halihazırda var olan arabuluculuk sistemi belirli uyuşmazlıklar bakımından zorunlu hale getirilmiştir. 2017 yılında kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3/1’de işçi veya işverenin bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan alacak, tazminat veya işe iade talepleri için dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuk yoluna başvurunun dava şartı olarak düzenlendiği işçi alacakları; ücret ve ücret ekleri, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı, haksız fiil, sözleşmeye aykırılık ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepler ve ayrımcılık tazminatıdır. Bu kapsamda değerlendirilebilecek işveren alacakları ise, ihbar tazminatı, eğitim gideri, cezai şart veya avans iadesi gibi alacaklardır.

İlk olarak arabuluculuk yolu kapsamına giren iş uyuşmazlıklarına ilişkin olarak alacaklı, bu yola başvurmaksızın ilamsız icra yollarından genel haciz yoluyla takip ve kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip yoluna başvurma hakkına sahiptir. Aynı şekilde alacağına ilişkin elinde ilam niteliğinde belge olan işçi veya işveren, arabuluculuk yoluna başvurma zorunluluğu olmaksızın ilamlı icra takibinde bulunma hakkına sahiptir. Bu takip yollarına itiraz edildiği takdirde duran takibe devam edilebilmesi için açılacak itirazın iptali davası ve itirazın kaldırılması talebi de arabuluculuk dava şartı kapsamında değerlendirilmeksizin, alacaklının doğrudan başvurabileceği yollardır. . Öncelikle itirazın kaldırılması talebinin icra mahkemesinde basit yargılama usulüne göre görülmesi, sonunda yalnızca icra prosedürünün ilerlemesi amacına hizmet eden ve davacıya alacağını tahsil imkanı vermeyen icra hukukuna özgü bir talep olması sebebiyle, zorunlu arabuluculuk yolu kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Aynı şekilde borçlunun itirazı üzerine alacaklının iş mahkemesinde açacağı itirazın iptali davası da bir eda davası niteliğinde olmaması, kabul edildiği takdirde icra takibine devam edilmesi ve icra inkar tazminatına hükmedilmesi gibi icra iflas hukuku alanında etki doğuran bir dava olması sebebiyle arabuluculuk dava şartına tabi olmaksızın görülebilecek davadır. İlamsız icra veya ilamlı icra takibi yürütülürken veya henüz takipler başlamadan borçlu olduğu iddia edilen işçi veya işveren borçlu olmadığı tespit edilmesi için iş mahkemesinde menfi tespit davası açabilir. Bu dava da bir alacak davası niteliği taşımadığı, sonucunda haklı çıkan tarafa alacağını tahsil etme imkanı sağlamadığı için, arabuluculuk dava şartının uygulandığı alacak davaları gibi değerlendirilmemeli ve arabuluculuk dava şartı bu davada uygulama alanı bulmamalıdır. İcra takibi devam ederken icra tehdidi altında borçlu olmadığı bir parayı ödeyen işçi veya işveren bu parayı geri almak için iş mahkemesinde istirdat davası açabilir. Davanın kabulü halinde her ne kadar tesis edilen hüküm bir eda hükmü olsa da yalnızca ilamsız icra yolunda gündeme gelen ve özel şartlara tabi olan bir dava olması sebebiyle normal bir eda davası gibi nitelenemeyeceğinden zorunlu arabuluculuk yoluna tabi olmadığını ifade etmek gerekir.

Son olarak işçi iş sözleşmesinden doğan alacağı için, işverenin tacir, tacir olmadığı halde tacir gibi kabul edilen veya bunların dışında olup iflase tabi kişilerden olması halinde,

düzenine ilişkin, verilen iflas kararının mahkemece resen tebliğ edilmesi gereken davalardan olması da serbestçe tasarruf edilebilecek davalardan olmadığından gerekçelerinden bazıları olarak karşımıza çıkmaktadır. Davanın niteliği gereği, tarafların serbestçe tasarruf etme ilkesinin uygulanmadığı, belli bir alacağın ödenmesi isteminden çok farklı netice doğuracak nitelikte olan iflas davasının arabuluculuğa tabi olmaması karşısında...” İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/666 K. 2019/1101, T. 26.12.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Bankası).

arabuluculuk yoluna başvurma zorunluluğu olmaksızın iflas yoluyla takip yapılabilir. İflas ödeme emrinin işverene gönderilmesinden sonra işveren süresinde borcu ödemediği takdirde işçi arabuluculuk yoluna başvurmasına gerek olmaksızın iflas davası açar. Zira iflas davası, eda davalarında olduğu gibi alacağı doğrudan tahsil etme imkanı sağlamayan, ilamlı icra takibi yapılmasına elverişli olmayan bir dava olması nedeniyle zorunlu arabuluculuk dava şartı burada da uygulanma alanı bulmaz.


KAYNAKÇA

- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI/Emel: İcra ve İflas Hukuku, B.6, Ankara, 2020.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, B.3, Ankara 2020.
- AZAKLI ARSLAN, Betül: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- ÇENGEL, İlkyaz: Arabuluculuk ve 7036 Sayılı Kanun Kapsamında İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Hukuk Fakültesi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2020.
- ÇİÇEK, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, B.2, 2018.
- ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk, İstanbul 2017.
- DÜR, Orhan: Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, B.2, Ankara 2018.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B.2, İstanbul 2019.
- EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin: Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara 2020.
- ERMENEK, İbrahim/AZAKLI ARSLAN, Betül: “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu”, TBB Dergisi, (148), 2020, s.135-196
- ERTÜRK, Mustafa: Arabuluculuk Sözleşmesi, Ankara 2019.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara 2017.
- GÜRSU, Menekşe Gamze: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı, Ankara 2019.
- İLHAN, Onur: Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2020.
- KILIÇOĞLU, Mustafa: İş Hukuku Esasları, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması, İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, B.2, Ankara 2019.
- KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019.
- KURT, Resul: “İş Yargısında Arabuluculuk”, TBB Dergisi, (135), 2018.
- KURU, Baki/AYDIN, Burak: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, B.5, Ankara 2021.
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (El Kitabı), B.2, Ankara 2013.
- OĞUZ, Özgür: Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İstanbul 2019.
- OKUR, Zeki: Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, B.2, 2019.
- ÖZEKES, Muhammet/ÇİFTÇİ, Pınar: “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, TBB Dergisi (148), 2020, s.101-134.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B.8, İstanbul 2020.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, B.7, İstanbul 2020,
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, B.23, Ankara 2018.
- TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (Arabuluculuk), Ankara 2020.
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk” (Alternatif), TBB Dergisi, (64), 2006.
- TORAMAN, Barış: “İflas Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine” (İflas), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(3), s.1027-1059.
- TORAMAN, Barış: “Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Sorunu” (Arabuluculuk), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Ceren DAMAR ŞENEL Armağanı,5(1), 2020, s.3141-3170, www.jurix.com.tr.
- TULUKÇU, Nezihe Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, Ankara 2017.
- YAĞCIOĞLU, Muharrem: “Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(2), 2018.
- YAKICI, Özge: Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2019.

TİCARİ FORMUN HAKSIZ REKABETE KARŞI KORUNMASI

PROTECTION OF TRADE DRESS AGAINST UNFAIR COMPETITION

Ozan Ali YILDIZ*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.880741> 

Makale Bilgi

Gönderi: 17/02/2021
Kabul : 02/08/2021

Anahtar Kelimeler

*Ticari Form,
Karıştırılma İhtimali,
Haksız Rekabet.*

Article Info

Received: 17/02/2021
Accepted: 02/08/2021

Keywords

*Trade Dress,
Likelihood of Confusion,
Unfair Competition.*

Özet

Ticari form, bir işletmenin müşteriler tarafından tercih edilmesi ve o işletmeden mal veya hizmet satın almaları konusunda müşterileri güdüleyen unsurlardan biridir. Bu durumu göz önünde bulunduran bazı teşebbüsler işletmelerinin ticari formunu rakiplerinkilerden farklılaştırarak müşterilerin ilgisini çekmeye çalışmaktadır. Ticari hayatta bu denli önem arz eden bir unsurun hukuk düzenince de korunması gerekir ki hukuk sistemimiz bu korumayı sağlamaya elverişli düzenlemeler içermektedir. Ticari form, koşulların varlığı halinde, fikri mülkiyet hukuku ve haksız rekabet hukuku kapsamında korunabilir. Bu çalışmada konunun haksız rekabet boyutunun ele alınmasıyla yetinilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.55/1-a-4'e göre, başkalarının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan eylemlerde bulunmak haksız rekabet teşkil eder. Ticari formun bu hüküm kapsamında ele alınması mümkündür. Ancak bunun için ticari formun korunmasını talep eden teşebbüsün o ticari form üzerinde korunmaya değer haklı bir menfaati olmalıdır. Bunun da olmazsa olmaz koşulu ticari formun ayırt edici olmasıdır. Ayırt edicilik, ticari formun özgün olmasından veya kullanım sonucunda ayırt edicilik kazanmasından kaynaklanabilir. Bu nitelikteki bir ticari formun başkaları tarafından karıştırılmaya neden olacak şekilde kullanılması haksız rekabete neden olur.

Abstract

The trade dress is one of the factors that motivate customers to prefer an enterprise and to purchase goods or services from that enterprise. Taking this into account, some undertakings try to attract customers' attention by differentiating the trade dress of their enterprise from those of their competitors. An element of such importance in commercial life should also be protected by legislative acts. Accordingly, our legal system contains provisions which are suitable for providing such protection. The trade dress can be protected under intellectual property law and unfair competition law if the conditions for the application of foregoing laws are met. This study addresses only the protection under unfair competition. According to Article 55/1-a-4 of Turkish Commercial Code numbered 6102, the activities that cause confusion with other enterprises' goods, work products, activities or works constitute unfair competition. It is possible to examine the trade dress protection under this provision. However, in order to benefit from a protection provided by this provision, the undertaking wishing to protect the trade dress must have a legitimate interest worth protecting it. For such protection, the trade dress should be distinctive. Distinctiveness may arise from the originality of the trade dress or its distinctiveness may be a result of use. The usage of such distinctive trade dresses by others causes unfair competition.

I. GİRİŞ

Günümüz rekabet ortamında, tedarik edenlerin, rakipleri arasından olumlu anlamda ayrışabilmek için pek çok unsurdan yararlanması gerekmektedir. Bu amaçla marka, ticaret unvanı gibi tanıtıcı ve ayırt edici işaretlerden yararlanılabileceği gibi mal veya hizmetlerin içerik ya da dış görünüm anlamında rakiplerinkilerden farklılaştırılması da tercih edilebilir. Bazı teşebbüsler ise, bunların yerine veya bunlara ek olarak işletmesinin müşteriler üzerindeki izlenimini bir bütün olarak ayırt edici hale getirmeyi denemektedir. İşletmenin bir bütün halinde ayırt edici olan bu izlenimini ifade etmek için “*ticari form*” terimini kullanılmaktadır¹. Öğretide bu terimle eş anlamlı olarak “*ticari sunuluş şekli*”² veya “*ticari işletmenin hususiyetleri*”³ ifadeleri de kullanılmaktadır.

Ticari form gerekli nitelikleri haiz olması kaydıyla fikri ve sınai mülkiyet hukuku veya haksız rekabet hukuku kapsamında korunabilir. Biz bu çalışmada konunun haksız rekabet boyutunu ele almakla yetineceğiz. İki bölümden oluşacak çalışmanın birinci bölümünde ticari form kavramına, ticari formun içerebileceği unsurlara ve ticari form kullanımının günümüz alışveriş hayatındaki önemine değineceğiz. İkinci bölümde ise, bir işletmeye ilişkin ticari formun başka işletme sahipleri tarafından kullanılmasını önlemek noktasında haksız rekabet hükümlerinin oynadığı rolü ve bu hükümlerin uygulanabilmesi için gerekli koşulları ortaya koyacağız.

II. TİCARİ FORM

Ticari form veya başka bir deyişle mağaza atmosferi, müşterilerin duyu organlarına sinyaller göndererek onları söz konusu mağazaya çeken ve/veya oradan alışveriş yapmalarını sağlayan unsurların tümü, şeklinde tarif edilebilir⁴. Ticari formu oluşturan unsurlar, müşterilerin beş duyu organından herhangi birine veya birkaçına hitap edebilir⁵. İşletmenin dış görünüşü, iç dekorasyonu, personelin giydiği belli renk ve/veya desendeki kıyafetler, işletmenin bütününde kullanılan belli bir renk kompozisyonu, işletmeye özgü sesler veya kokular bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Duyu organlarına gönderilen bu sinyaller sonucunda müşteriler bilinçli veya bilinçsiz bazı tepkiler vermektedir. Örneğin bir müşterinin kahve içmek için iç dekorasyonunu veya aydınlatmasını beğendiği bir işletmeyi tercih etmesi bilinçli bir tepkidir. Öte yandan yapılan araştırmalar göstermektedir ki, bir mağazanın atmosferi, müşterileri içgüdüsel olarak da satın almaya yönlendirebilir⁶. İçgüdüsel satın almadan kasıt; müşterilerin, önceden planlamadığı halde duyu organlarına gelen sinyaller sonucunda dürtüsel olarak alışveriş yapmasıdır⁷. Bugünün alışveriş hayatında içgüdüsel satın almanın önemli bir yeri olduğu kabul edilmektedir⁸. Her iki etki açısından da bakıldığında iyi organize edilmiş ticari formun işletmelerin kazancını artırmak açısından işlevsel olduğu ortadadır. Bu da ticari formu, işletme sahibi açısından önemli bir ekonomik değer haline getirmektedir.

Ticari formun bir diğer etkisi ise müşterilerin o mekanda geçirdiği sürenin uzamasına katkı sağlamasıdır⁹. Mağazada geçirilen sürenin uzaması sayesinde müşterilere daha çok satış yapılabilir. Dolayısıyla işletmeler, müşteriler için en uygun koşulları sağlayarak bu süreyi uzatmayı amaçlamaktadır.

¹ Bu terim öğretide başka yazarlarca da kullanılmaktadır. Bkz. OYTAÇ, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s.47; YILMAZ, Lerzan: Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul, 2008, s.129; PEKDİNÇER, R. Tamer: Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Ankara, 2020, s.126.

² YILDIZ, Burçak: “Mağazaların Dekorasyon Planlarının Marka Olarak Korunması”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul, 2019, s.1408.

³ ERDİL, Engin: Haksız Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2020, s.173.

⁴ Ayrıca bkz. BOZPOLAT, Ceylan: “Mağaza Atmosferinin Tüketici Tercihlerindeki Önemi”, The Journal of Social Science, 1(2), 2017, s.96; ARSLAN, İsmet Kahraman/ACAR, Nursena: “Uyarıcıların Önemi: Mağaza Atmosferinin İçgüdüsel Satın Alma Üzerindeki Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Girişimcilik Dergisi, 3(6), 2019, s.134-135.

⁵ BOZPOLAT, s.96 vd.

⁶ Bkz. DURSUN, Tolga/OSKAYBAŞ, Kader/GÖKMEN, Cansu: “Mağaza Atmosferinin İçgüdüsel Satın Almaya Etkisi ve Hazır Giyim Sektöründe Bir Araştırma”, Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi, XXXV(2), 2013, s.254-256; FETTAHLIOĞLU, H. Seçil: “Tüketicilerin Mağaza Atmosferinden Etkilenme Düzeylerinin Demografik Faktörler Açısından İncelenmesi”, Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 6(11), 2014, s.31; ARSLAN/ACAR, s.135 vd.

⁷ DURSUN/OSKAYBAŞ/GÖKMEN, s.237; ARSLAN/ACAR, s.134.

⁸ ARSLAN/ACAR, s.133.

⁹ FETTAHLIOĞLU, s.28; ARSLAN/ACAR, s.139.

III. TİCARİ FORMUN HAKSIZ REKABETE NEDEN OLACAK ŞEKİLDE KULLANILMASI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda haksız rekabete ilişkin temel hükümler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 54 ila 63. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, haksız rekabet hükümlerinin amacı; bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır (TTK m.54/1). Başka bir deyişle haksız rekabet hükümleri sadece rakipleri korumayı amaçlamamakta; bu hükümler sayesinde rekabetin sağlıklı bir biçimde işlemesi sağlanarak tedarik edenlerin, müşterilerin ve toplumun ortak menfaatlerine uygun bir rekabet ortamının temin edilmesi öngörülmektedir. Bu amaca ulaşılabilmesi için haksız rekabet teşkil edecek eylemlerin önlenmesi, böyle bir eylem gerçekleşmişse eylemin ve/veya etkilerinin sona erdirilmesi gerekir.

Bir eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespiti ile ilgili olarak kanunda iki farklı aşama öngörülmüştür. TTK m.54/2'de, haksız rekabet teşkil eden eylemleri tarif eden genel bir hükme yer verilmiş; akabinde TTK m.55'te başlıca haksız rekabet halleri örnek olarak sayılmıştır. Bir davranış veya ticari uygulama TTK m.55'te sayılan haksız rekabet hallerinden birinin kapsamına giriyorsa haksız ve hukuka aykırıdır; bu davranış veya ticari uygulama için TTK m.54/2'ye göre ayrıca bir inceleme yapılması gerekmez. Zira TTK m.55'te sayılan eylemler oluş şekli itibarıyla TTK m.54/2'de belirtilen ilkeye aykırılık oluşturacak eylemlerdir¹⁰. TTK m.55 kapsamında değerlendirilemeyecek davranış veya ticari uygulamalar yönündense TTK m.54/2 kapsamında bir inceleme yapılabilir.

Hibrit sistem olarak adlandırılan¹¹ bu sistemin iki önemli faydası bulunmaktadır. İlk olarak başlıca haksız rekabet halleri kanunda açıkça düzenlendiği için bu sayıma dahil olan bir eylemin haksız rekabet teşkil edip etmediği belirlenirken bir kolaylık sağlanmaktadır. İkinci olaraksa, yapılan sayıma dahil olmayan eylemler peşinen kapsam dışı bırakılmamakta; genel hüküm bu eylemler açısından bir filtre görevi görmektedir¹².

Ticari form ve bunun haksız rekabete neden olabilecek şekilde kullanılması TTK m.55'teki haksız rekabet hallerinin herhangi birinde açıkça zikredilmemiştir. Bununla beraber, "başkalarının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak" şeklinde haksız rekabet halini düzenleyen TTK m.55/1-a-4'ün, başkasına ait ticari formun kullanılması halinde de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz çerçevede TTK m.54/2 kapsamında bir koruma sağlanması da mümkündür. Aşağıda bunun koşullarına ilişkin detaylı açıklamalarda bulunacağız.

TTK m.55/1-a-4 ve TTK m.54/2 çerçevesinde yapılacak açıklamalara geçmeden önce haksız rekabet hükümleri ile fikri ve sınai haklara ilişkin mevzuatın ticari forma sağlayacağı koruma arasındaki farklara kısaca değinmek gerekir. Ticari formun marka¹³, tasarım veya fikir ve sanat eseri olarak korunması halinde, bu koruma, hak sahibine bir mutlak hak ve tekeli yetkiler sağlayacaktır¹⁴. Oysa haksız rekabet hükümlerinin böyle bir işlevi bulunmaz. Haksız rekabet hükümleri, birtakım davranış kuralları getirir ve bu kurallara uyulmamasını yaptırım altına alır¹⁵. Bununla beraber, getirilen bu davranış kurallarına uyulması ve uyulmamasının yaptırım altına alınması, ticari forma dolaylı olarak bir koruma sağlayacaktır. Öte yandan ticari formun fikri ve sınai haklara ilişkin mevzuat çerçevesinde korunabilmesi ve hak sahiplerine bu şekilde geniş yetkiler tanınabilmesi için yüksek bir yaratıcılık seviyesi içermesi gerekirken¹⁶; haksız rekabet çerçevesinde sağlanacak koruma açısından bu seviyede bir yaratıcılık aranmaz¹⁷. Ayrıca fikri

¹⁰ ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 26. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2020, s.354; NOMER ERTAN, Füsün N.: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, 2016, s.97; ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2016, s.612.

¹¹ MARTENET, Vincent: "Art. 1 LCD", Commentaire Romand: Loi contre la Concurrence Déloyale, Bâle, 2017, n. 15.

¹² NOMER ERTAN, s.97-98; PEKDİNÇER, s.32.

¹³ Ticari formun marka olarak korunabilmesi ile ilgili ayrıca bkz. YILDIZ, s.1408 vd.; YILMAZ, s.129; ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2018, s.100-101.

¹⁴ BENHAMOU, Yaniv/DE WERRA, Jacques: "Propriété Intellectuelle et Concurrence Déloyale. Analyse du Droit Suisse et Perspectives de Droit Allemand", Propriété Intellectuelle et Concurrence Déloyale: Les Liaisons Dangereuses?, Bruxelles, 2017, s.187.

¹⁵ BENHAMOU/DE WERRA, s.188.

¹⁶ Bu yaratıcılık seviyesi, telif hukukunda "eser sahibinin hususiyetini taşıma" (FSEK m.1/B-a) unsuruyla; marka hukukunda "ayırt edicilik" (SMK m.4) unsuruyla; tasarım hukukunda ise "yenilik ve ayırt edicilik" (SMK m.56) unsuruyla ifade edilmiştir.

¹⁷ "...Dava, haksız rekabetin tespiti, men'i ve maddi-manevi tazminat istemine ilişkin olup, yukarıdaki özetten de anlaşılacağı üzere davacı davada, kendisine ait makine projelerinin, eski çalışanın davalı Alper tarafından diğer

ve sınai haklara ilişkin koruma süreyile sınırlıyken¹⁸ haksız rekabet koruması açısından bu yönde bir sınırlama bulunmaz.

B. Ticari Formun Karıştırılma İhtimaline Neden Olması

1. Karıştırılmaya Neden Olabilecek Unsurlar

TTK m.55/1-a-4'te “karıştırılmaya yol açan önlemler almak” ifadesi kullanılmışsa bu ifadenin hükmün uygulama alanına giren eylemleri kapsayıcı bir şekilde yansıtamadığı kanaatindeyiz. Bilhassa “önlemler almak” ifadesi, hükmün dar yorumlanmasına neden olabilir. Burada kastedilen esasen karıştırılma ihtimaline neden olabilecek eylemlerde bulunmaktır¹⁹. Dolayısıyla karıştırılmaya neden olabilecek tanıtma işaretlerinin kullanılması, bu nitelikteki ürün veya hizmetlerin sunulması vb. durumlarda bir önlem alınması söz konusu olmasa da bu hüküm uygulanabilir.

TTK m.55/1-a-4'te karıştırılmaya neden olabilecek bazı unsurlar açıkça sayılmıştır. Bunlar; mallar, iş ürünleri, faaliyetler ve işlerdir. Ancak burada yapılan sayımın sınırlayıcı değil; örnekleyici olduğu kabul edilmektedir²⁰. Dolayısıyla bu hükümde açıkça zikredilmeyen başkaca unsurların da bu kapsamda ele alınması mümkündür. Örneğin; ticaret unvanı, işletme adı²¹ gibi tanıtıcı işaretler, ürünün ambalajı²², kataloglar²³, arama motorlarında reklam amaçlı kullanılan anahtar kelimeler veya reklam sloganları hükümde açıkça zikredilmemekle birlikte bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁴. İşletmeye ilişkin ticari formun da bu kapsamda değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır²⁵. Nitekim Yargıtay, muhtelif kararlarında -açıkça bu terimi kullanmamakla birlikte- işletmeye ilişkin dekorasyon ve konsept²⁶, enstalasyon²⁷, renk kompozisyonu²⁸ gibi ticari form oluşturabilecek birtakım unsurların bu kapsamda

davalılara gönderildiğini ileri sürmüş, mahkemece de davacıya ait projelerin davalı Alper tarafından diğer davalılara gönderildiği ancak gönderilen projelerin özgün olmadığı, hali hazırda luna parklarda kurulu bulunan makinelere ilişkin çizimler olduğu bu nedenle haksız rekabet oluşmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, iktisadi rekabetin her türlü suistimali, 6762 Sayılı TTK'nın 56. maddesi uyarınca haksız rekabet teşkil eder. Bu kapsamda, başkasının iş mahsulünün kullanılması da haksız rekabet oluşturur. Somut olay bakımından, haksız rekabetin varlığı için, davacıya ait projelerin özgün olması ya da yeni bir icada veya fikre esas teşkil etmesi zorunlu değildir. Bu itibarla, mahkemece anılan hususlar nazara alınarak oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar vermek gerekirken, davacıya ait projelerin özgün olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış kararin bu nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 22.1.2014, E. 2013/11991, K. 2014/1309 (Yargıtay Karar Arama).

¹⁸ Fikri ve sınai hakların türüne göre koruma süresi değişmektedir. Fikir ve sanat eserleri eser sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl süreyle korunur. Marka hukukunda koruma süresi başvuru tarihinden itibaren 10 yıldır. Bu sürenin her seferinde 10 yıllık süreler halinde uzatılması mümkündür (SMK m.23). Tescilli tasarımların koruma süresi başvuru tarihinden itibaren beş yıldır. Bu süre beşer yıllık dönemler hâlinde yenilenmek suretiyle toplam yirmi beş yıla kadar uzatılabilir (SMK m.69/1). Tescilsiz tasarımların koruma süresi ise, koruma talep edilen tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıldır (SMK m.69/2).

¹⁹ AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2017, s.391.

²⁰ KUONEN, Nicolas: “Art. 3 al. 1 let. d LCD”, Commentaire Romand: Loi contre la Concurrence Déloyale, Bâle, 2017, n. 12; NOMER ERTAN, s.186.

²¹ “...Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, davacıların unvanının davalı unvanından daha önce kullanılmaya başlandığı ve yerel olarak tanınırlık düzeyine ulaştığı, davalının kullandığı unvanın davacı unvanına iltibas oluşturacak derecede benzer olduğu, bunun haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalı kullanımının haksız rekabet olduğunun tespiti ve rekabetin men'ine...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 8.3.2018, E. 2016/8408, K. 2018/1847 (PEKDİNÇER, Remzi Tamer/YILDIZ, Ozan Ali: İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı, Ankara, 2019, s.106-108).

²² “...Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, davacı tarafın üretici firmanın vekaletini sunarak işbu davayı açma konusunda onay verildiğini kanıtladığı, Sağlık Bakanlığından gelen yazıya istinaden davacı ürünlerinin daha önce piyasaya sürüldüğü, ürünlerin ambalajlarının kompozisyon olarak çok benzer nitelikte bulunduğu, davacı ürünlerinin üçgen prizma kutu ile piyasaya sürüldüğü, davalı ürününün de aynı şekil ile piyasaya sürüldüğü, davalının bire bir aynı kutuyu kullanmayı tercih etmesinin haksız rekabet teşkil ettiği...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 10.4.2018, E. 2016/9475, K. 2018/2549 (PEKDİNÇER/YILDIZ, s.213-214).

²³ “...Mahkemece, davalının kataloğunda yer alan kelebek kostümü ürününün davacı kataloğunda yer alan kostümle karşılaştırılmak suretiyle haksız rekabetin varlığı tespit edilmiş ve haksız rekabetin önlenmesine karar verilmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 7.5.2018, E. 2016/10894, K. 2018/3250 (Yargıtay Karar Arama).

²⁴ Bkz. BİLGE, Mehmet Emin: Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, 2014, s.42-43; PEKDİNÇER, s.122.

²⁵ ÖRS, Fahri Halil: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara, 1958, s.44-45; MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1978, s.402; PEKDİNÇER, s.126-127; ERDİL, s.173. Ticari formun haksız rekabet hükümleri kapsamında korunabileceği Fransız hukukunda da kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. BURST, Jean-Jacques: Concurrence Déloyale et Parasitisme, Paris, 1993, n. 105.

²⁶ Yargıtay 11. HD, T. 26.1.2016, E. 2015/2370, K. 2016/796 (Yargıtay Karar Arama).

²⁷ Yargıtay 11. HD, T. 24.1.2002, E. 2001/8414, K. 2002/450 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸ Yargıtay 11. HD, T. 1.12.2014, E. 2014/11755, K. 2014/18725 (Yargıtay Karar Arama).

korunabileceğine hükmetmiştir.

Bir ticari formun başkaları tarafından kullanılmasının TTK m.55/1-a-4 kapsamında haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için iki koşulun gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle talepte bulunanın korunmaya değer haklı bir menfaati olmalıdır²⁹. İkinci olarak haksız rekabete neden olduğu iddia edilen kullanımın korunması istenen ticari form ile karıştırılma ihtimali bulunmalıdır³⁰. Bu iki unsur aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

2. Haklı Menfaat

Karıştırılmaya yol açan önlemler almak şeklindeki haksız rekabet eylemi, öğretide, emek ilkesi ile ilişkilendirilmektedir³¹. Gerçekten de piyasada itibar sahibi bir teşebbüse ait unsurların, bir başkası tarafından karıştırılmaya neden olacak şekilde kullanılması halinde, müşteriler, haksız rekabette bulunan teşebbüsün sunduğu mal veya hizmetleri itibar sahibi olan diğer teşebbüse ait zannederek satın alabilir³². Böylece haksız rekabette bulunan kişi rakibinin itibarından yararlanarak kendi emeğine dayanmayan bir menfaat elde etmiş olur ki bu da emek ilkesine aykırıdır. TTK m.55/1-a-4 hükmünün getirilme amacı buna engel olmaktadır³³.

Bu bağlamda bakıldığında, yalnızca bir emeğin sonucunda meydana getirilen ticari formun TTK m.55/1-a-4 kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir. Emek sarf edilerek oluşturulan ticari form üzerinde onu oluşturan teşebbüsün korunmaya değer haklı bir menfaati bulunur. Burada emek sarf edilmesinden kasıt düşünsel veya ekonomik bir çabanın harcanmasıdır. Ancak bu tek başına yeterli değildir. Bu çaba neticesinde ticari formun ayırt edici hale getirilmiş olması gerekir ki haksız rekabet hükümlerince bir koruma sağlanabilsin³⁴. Başkaları tarafından yaygın olarak kullanılan veya anonim nitelikteki bir ticari formun kullanılması haksız rekabet teşkil etmez³⁵.

Ayırt edicilik iki şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak bir ticari formun özgün bir şekilde belirlenmiş olması ona bu niteliği sağlayabilir³⁶. Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda, çanak çömlek üretimi yapan bir işletme sahibinin, iş yerine gelen müşterilerin saçlarından oluşan bir insan saçı koleksiyonu oluşturarak bunları sergilemesi “*kendine has*”, “*özgün ve orijinal*” bir ticari form olarak kabul edilmiştir. Mahkeme, bu ticari formun aynı yöredeki başka bir işletme sahibi tarafından kullanılmasının karıştırılma ihtimali yaratarak haksız rekabete neden olacağına hükmetmiştir³⁷.

²⁹ KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku (I. Giriş – Ticari İşletme), 3. Baskı, Ankara, 1968, s.460; MİMAROĞLU, s.399; TEKİL, Fahman: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1997, s.228; NOMER ERTAN, s.190.

³⁰ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. d LCD, n. 40 vd.; NOMER ERTAN, s.186; PEKDİNÇER, s. 128.

³¹ Bkz. KARAYALÇIN, s.459; ÖRS, s.42-43; PEKDİNÇER, s.118; NOMER ERTAN, s.169; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, 2017, s.347-348; BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2017, s.200.

³² MİMAROĞLU, s.400.

³³ KOBEL, Pierre: “Le Parasitisme en Droit Suisse: Entre Nachahmungsfreiheit (Liberté d’Imiter), Verwechslungsgefahr (Risque de Confusion) et Rufausbeutung (Exploitation de la Réputation)”, Dénis du Droit de la Concurrence Déloyale, Genève, 2014, s.112.

³⁴ CHAPPUIS, Fernand: La Lutte contre les Actes de Concurrence Déloyale en Droit Pénal Suisse, Berne, 1996, n. 21-22; MARTIN-ACHARD, Edmond: La Loi Fédérale contre la Concurrence Déloyale de 19 Décembre 1986 (LCD), Lausanne, 1988, s.53; FEHLBAUM, Pascal: Les Créations du Domaine de la Parfumerie, Zurich, 2007, n. 795.

³⁵ “...Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya göre, davacının ürün şekline yönelik talebi bakımından anonim karakterdeki çikolata, kalıp ve ürün formlarının kullanımının haksız rekabet oluşturmadığı, bu talebin reddi gerektiği gerekçesiyle kesinleşen konularda yeniden hüküm kurulmasına yer olmadığına, ürünün haksız rekabet oluşturduğuna yönelik talebin reddine karar verilmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 27.6.2018, E. 2016/13833, K. 2018/4890 (Yargıtay Karar Arama).

³⁶ KOBEL, s. 108; CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. d LCD, n. 20.

³⁷ “...Davacı vekili, müvekkili şirketin Avanos'ta topraktan çanak çömlek yapım işi ile iştigal ettiğini, özellikle şirket müdürü G... K... 'nün dünyaca tanınmış bir sanatkar olduğunu, imalat atölyesinde aynı zamanda 1979 yılından beri gelen müşterilerin saçlarından oluşan bir insan saçı koleksiyonu oluşturulduğunu, sırf müvekkilinin yaratıcılığından doğan bu koleksiyonun dünya yayın organlarında ele alındığını ve Guines Rekorlar Kitabına girdiğini, sırf müvekkilinin bu yaratıcılığından istifade etmek isteyen ve davacıların işyeri ile bitişik yerde aynı alanda faaliyet gösteren davalıların saç koleksiyonu işini aynen taklit edip, işyeri giriş levhalarını dahi aynı hale getirdiklerini, gelen müşterileri, saç koleksiyonu ve müzesinin kendi yerleri olduğunu işaret ettiklerini, bu hususun haksız rekabet olduğunu ileri sürerek, bunun önlenmesine, benzer levha ve yazıların kaldırılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar cevabında, gelen müşterilerden hatıra amacı ile saç ve kartvizit alınma işinde bir yaratıcılık ve sanat katkısı olmadığını, asıl faaliyet konusunun çanak-çömlek üretimi olduğunu, haksız rekabet olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere, bilirkişi raporuna nazaran, davacının çanak imalathanesinde oluşturduğu saç koleksiyonunun (müzesi)davacı ile özdeşmiş özgün ve orijinal, enstalasyon (düzenleme)sanatı olarak tanımlanabilecek ürüne dönüşmüş fikir eseri olduğu, koleksiyonun gelen müşteri artışında etki olduğu,

Ticari formu ayırt edici hale getirebilecek bir diğer ihtimal ise esasen özgün olmayan ticari formun kullanım sonucunda ayırt edici hale gelmesidir³⁸. Yargıtay tarafından onanan bir ilk derece mahkemesi kararında³⁹, davacı şirkete ait akaryakıt istasyonunun kanopilerinde kullanılan ve “uzun yıllardan beri kullanılması neticesinde davacı şirketle özdeşleştiği” kabul edilen sarı-kırmızı renk kompozisyonunun davalı akaryakıt şirketi tarafından karıştırılma ihtimaline neden olacak şekilde kullanılması, haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, bu kararla sarı-kırmızı renkleri kullanma hakkı davacının tekeline bırakılmış değildir. Eylemin haksız rekabet oluşturmasının sebebi, davalı şirketin, aynı renkleri farklı bir şekilde (farklı bir kompozisyonlar) kullanması mümkünken karıştırılmaya neden olabilecek bir şekilde kullanmış olmasıdır.

davalıların çanak hanesindeki kolleksiyonun ise bunun tam taklidi olup, müşteriler üzerinden yanıltıcı ve itibasa meydan verebilecek nitelikte olduğu, bu hususun ise, TTK.nun 57/5 maddesi anlamında haksız rekabet olduğu, davalılar işyerindeki diğer yazılarda ise haksız rekabet unsurlarının bulunmadığı gerekçesi ile, davanın kısmen kabulüne, davalıların davacı işyerindeki saç kolleksiyonu (müzesi) ile ilgili olmak üzere haksız rekabetlerinin önlenmesine karar verilmiştir.

Karar, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve TTK.nun 57/5 maddesinde, başkalarının emtiası, iş mamülleri, faaliyeti veya ticaret işletmesi ile itibaslar meydana getirilmeye çalışmak veya buna müsaait tedbirleri başvurma hüsniyet kurallarına aykırı haksız rekabet olduğunun hüküm altına alınmış olması, özellikle davacı işyeri ile bitişik konumda ve aynı işi yapan davalıların zorunlu olmadığı halde, davacının kendine has yöntemi ile bulup geliştirdiği saç kolleksiyonu yönteminin ve işyerinde kullanış biçiminin davalılarca aynen taklit edilmesinin anılan yasa maddesi anlamında itibasa yönelik ve haksız rekabet olduğunun kabulünün zorunlu olması ve esasen mahkemece de, hükme bu yasa maddesi dayanak yapılmış olup, bu durumda, dosyaya kısa karardan sonra giren ve olayı FSEK kapsamında mütalaa eden raporun sonuca etkili olmaması karşısında, davalıların yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 24.1.2002, E. 2001/8414, K. 2002/450 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

³⁸ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. d LCD, n. 21; KOBEL, s.108; FEHLBAUM, n. 796.

³⁹ “...Davacı vekili, dünyanın önde gelen şirketlerinden olan müvekkiline ait petrol istasyonlarının sarı ve kırmızı renklerle özdeşleştiğini, bu renklerde bir istasyon görüldüğünde logo okunmasa dahi müvekkiline ait olduğunu anlaşıldığını, renklerin kullanım sonucu ayırdedicilik kazanmasıyla Dünyada maruf hale geldiğini, müvekkilinin sarı-kırmızı şeritlerden oluşan markasını söz konusu satış istasyonlarının dekorasyonunda (kanopi, kanopi alınları, akaryakıt pompaları vs.) istasyonlarda satışa sunulan ürünlerin üzerinde (madeni yağ, yakıt katkıları, bakım ürünleri vb.) ve variller, çalışan üniformaları, tankerler gibi diğer unsurlarında kullandığını, anılan renklerin marka olarak da müvekkili adına tescil edildiğini, davalının da akaryakıt istasyonlarında, müvekkiline ait renk ve şekil markalarının aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerlerinin taklit etmek suretiyle kanopi, akaryakıt pompaları, giriş fiyat panosu, ışıklı levhalar, satış ofisi cephesi, yağ ambalajları ve varillerin üzerinde kullandığını, genel görünüm itibarıyla "Shell" istasyonu imajı uyandırdığının tespit edildiğini, bu benzerlik nedeniyle tüketicinin müvekkili ile davalı arasında bağ kuracağını, davalının tüm bu eylemlerinin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek müvekkilinin tescilli markalarından doğan hakkına vaki marka tecavüzü fiilinin tespiti, durdurulması, tecavüzün giderilmesi, marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere satış istasyonlarından, web sayfasından, ürünlerin üzerinden, tabela ve her türlü ticaret evrakı vs'den müvekkiline ait renk markalarının aynı ve benzerlerinin kullanımına son verilmesi ve kaldırılmasını, davalı tarafından gerçekleştirilen haksız rekabet fiilinin tespiti, men'i, haksız rekabetten doğan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, kararın ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin aynı renk ve logoyla 7 yıldan beri faaliyet gösterdiğini, bu süre zarfında dava açılmadığından zamanaşırı süresinin dolduğunu, davanın dürüstlük kuralına aykırılık taşıdığını, müvekkilinin adına tescilli markalarına dayanarak faaliyette bulunduğunu, enerji piyasasında sarı ve kırmızı renklerin sıklıkla kullanıldığını, renklerin kimsenin tekeline verilemeyeceğini, logoların birbirlerine benzemediğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, uyulan bozma ilanı ve tüm dosya kapsamına göre; tarafların kendi adlarının kayıtlı ve tescilli markaları kullanmalarının tescilli bir hakkın kullanılması anlamında herhangi bir tecavüz teşkil etmediği, ancak haksız rekabet açısından davacı tarafından uzun yıllardan beri kullanım sonucu kendisi ile özdeşleştiği sabit olan sarı kırmızı renk kompozisyonunun davalı tarafından farklı bir şekilde kullanımı mümkün iken itibas tehlikesi oluşturacak şekilde istasyonlardaki kanopilerdeki karışıklığa yol açacak şekilde uyguladığı, bu durumun haksız rekabet oluşturacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, marka hakkına tecavüze dayalı talebin reddine, davalı tarafın sadece akaryakıt servis istasyonlarının kanopilerinde yer alan ve davacı istasyonlarının kanopilerindeki sarı- kırmızı renk kompozisyonu ile karışıklığa yol açacak şekilde renk uygulamasının haksız rekabet olduğunun tespiti ile bu haksız rekabetin ref'i ne, davalının söz konusu renk kombinasyonu ile kullanımda bulunmasının engellenmesine, bunun dışındaki taleplerin reddine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve hüküm fıkrasının (1) nolu bendi haksız rekabet teşkil eden eylemin tespit ve önlenmesine, hüküm fıkrasının (2) nolu bendininde (1) nolu bentte açıklanan hususa ilişkin olarak gerçekleştiği tespit edilen haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik olacak şekilde tesis edildiğinin anlaşılmasına ve davalı markasının kullanımına yönelik önleme hükmü niteliğinde bulunmamasına göre, davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 1.12.2014, E. 2014/11755, K. 2014/18725 (Yargıtay Karar Arama).

İşletmesine ilişkin ticari formu kullanım sonucu ayırt edici hale getirmek isteyen teşebbüsler elbette ki bunun için zaman harcayacak ve masraflara katlanacaktır. Ancak bunlar ticari formun ayırt edicilik kazanması için tek başına yeterli değildir⁴⁰. Burada önemli olan kullanılan ticari formun o teşebbüsle özdeşleşmesidir⁴¹. Ticari form ne kadar sıradansa veya ne kadar yaygın olarak kullanılıyorsa kullanım sonucu ayırt edicilik kazanma ihtimali de o denli düşük olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir mal veya hizmetin teknik zorunluluktan kaynaklanan özelliklerinin, ayırt edici niteliğe sahip olsa dahi, bu kapsamda korunamayacağı; bunlar yönünden taklit etme serbestisinin geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴². Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur⁴³. Bizce de bu yaklaşım isabetlidir. Zira teknik zorunluluktan kaynaklanan özellikler üzerinde bir teşebbüse ayrıcalıklı bir pozisyon yaratmak veya ona tekelci yetkiler sağlamak rekabet ortamını olumsuz etkileyecektir. Bu kabulde, bir ticari formun teknik zorunluluktan kaynaklanan özellikleri haksız rekabet hükümlerince korunamayacaktır.

3. Karıştırılma İhtimali

Haksız rekabet koruması için aranacak bir diğer unsur, haksız rekabete neden olduğu iddia edilen kullanımın, korunması istenen ticari form ile karıştırılma ihtimali bulunmasıdır⁴⁴. Karıştırılma ihtimalinden söz edebilmek için öncelikle uyumsuzluğa konu ticari formların birbiriyle aynı olması veya kullanılan formlar arasında karıştırılmaya neden olabilecek bir benzerliğin bulunması gerekir⁴⁵. Ayrıca bu benzerlik ortalama bir müşterinin⁴⁶ iki işletme arasında bir karışıklık yaşamasına (doğrudan karıştırılma) veya en azından bu iki işletme arasında bir ilişki olduğunu zannetmesine (dolaylı karıştırılma) neden olacak nitelikte olmalıdır⁴⁷. Müşterilerin o işletmeyi tercih etmesinde bir etkisi bulunmayan, önemsiz sayılabilecek unsurların benzerliği ise bu kapsamda haksız rekabet teşkil etmez.

İki işletme arasında ilişki olduğu zannedilmesi özellikle franchise zincirleri yönünden karşılaşılabilecek bir durumdur. Franchise zincirlerinde bir ticari form oluşturularak bunun ayırt edici hale getirilmesi amaçlanır ve franchise alanların da işletmelerinde bu ticari formu uygulaması istenir⁴⁸. Böylece franchise alan kişiler farklı da olsa bu zincire dahil işletmeleri diğer işletmelerden ayırt eden birtakım öğeler kullanılmış olur. Bu ticari formun bir başka işletme sahibi tarafından kullanılması halinde, ortalama müşteriler nezdinde, o işletmenin söz konusu franchise zincirine dahil olduğu yönünde yanıltıcı bir izlenim oluşabilir ve bu durum haksız rekabete neden olur. Franchise veren, TTK m.55/1-a-4 ve TTK m.56 vd. hükümlere göre hukuki ve cezai yollara başvurarak oluşturduğu bu ticari formun başkaları tarafından kullanılmasına engel olabilir.

Franchise alan, sözleşme süresince franchise verenin izniyle bu ticari formu kullandığı için onun açısından bir haksız rekabet iddiası ileri sürülemez. Ancak bir franchise alanın, franchise sözleşmesi sona erdikten sonra sözleşme devam ediyormuşçasına ticari formu kullanmayı sürdürmesi de yine haksız rekabet teşkil eder⁴⁹. Nitekim Yargıtay da bir kararında, davalı franchise alanın, franchise sözleşmesi bittikten sonra söz konusu franchise zincirine ait

⁴⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, tanıtıcı işaretlere ilişkin bir kararında (ATF 117 II 199) şu ifadeleri kullanmıştır: “...Davacı beyanında ayrıca ‘Touring-Hilfe’ ifadesinin uzun süre kullanma, yoğun çalışma, zaman ve maddi bakımdan büyük masraflar neticesinde kendileri tarafından oluşturulmuş belirleyici işarete dönüştüğünü ifade etmektedir. Zaman ve para harcama bu konuda belirleyici unsur değildir. Korunmaya değer bir işareten söz edebilmek için uzun süre kullanma neticesinde bireysel bir bütünleşme; kişisel bütünleşmenin olması gerekir. Diğer bir ifade ile başlıkta yer alan ifadenin bir işi hatırlatması onunla bütünleşmiş olması gerekir...” (Kararın Türkçe çevirisi için bkz. KAYA, Arslan: “Haksız Rekabete İlişkin İki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı Çevirisi”, Yasa Hukuk Dergisi, XV, 1996, s.627-630).

⁴¹ Yargıtay 11. HD, T. 1.12.2014, E. 2014/11755, K. 2014/18725 (Yargıtay Karar Arama).

⁴² BURST, n. 93; CHAPPUIS, n. 47; CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. d LCD, n. 34-35.

⁴³ “...İlke olarak davaya konu makine ayaklarının tekniğin zorunlu bir sonucu olarak bu şekilde imal edilip, aynı sektörde çalışan başka firmalar tarafından da buna benzer imalatların yapılması durumunda TTK'nun 57/5 maddesi anlamında davacı aleyhine haksız rekabet yaratıldığına söylenmesi mümkün değildir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 24.10.2005, E. 2004/12686, K. 2005/10213 (Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2005-2006, S. 2, s.213-214). Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 26.6.2018, E. 2016/12658, K. 2018/4799 (Yargıtay Karar Arama).

⁴⁴ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. d LCD, n. 40 vd.; NOMER ERTAN, s.186; PEKDİNÇER, s.128.

⁴⁵ NOMER ERTAN, s.186; ERDİL, s.167.

⁴⁶ FRANKO, Nisim: “İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir, 2001, s.121; NOMER ERTAN, s.187; ŞENER, s.623-624.

⁴⁷ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. d LCD, n. 43-44; BİLGE, s.59-60.

⁴⁸ Konuya ilişkin detaylı açıklama için bkz. SAK, Burak: Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi, İstanbul, 2020, s.84.

⁴⁹ BURST, n. 105; SAK, s.199.

dekorasyonu ve konsepti kullanmaya devam etmesini haksız rekabet olarak nitelendirmiştir⁵⁰.

Karıştırılma ihtimalinin varlığını sorgularken “ortalama müşteri” kriterinden yararlanılacağını belirtmiştir. Ortalama müşteri, soyut bir referans noktası olup⁵¹ haksız rekabet iddiasının kabulü için somut olarak bir karıştırılma vakasının ispatı aranmaz; objektif olarak böyle bir ihtimalinin varlığı yeterlidir⁵².

Ortalama müşteriden kasıt ortalama zeka ve dikkate sahip müşteridir⁵³. Eğer ki ticari formun kullanıldığı işletme; belli bir cinsiyet, belli bir yaş grubu, belli bir mesleğin mensupları gibi özel bir müşteri kitlesine hitap ediyorsa ortalama müşteri kriteri uygulanırken bu hedef kitledeki ortalama bir müşteri dikkate alınır⁵⁴. Sözelimi, çocuklara yönelik mal veya hizmetlerin sunulduğu bir işletmenin ticari form olarak bir başka işletmeyle karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığı değerlendirilirken ortalama bir çocuk müşterinin algısı tespit edilmeye çalışılacaktır.

C. Ticari Formun Genel İlke Kapsamında Korunması

TTK m.54/2’ye göre, “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” Bu hükümlerle ne tür davranış veya ticari uygulamaların haksız rekabet sayılacağı ve dolayısıyla haksız rekabet hükümlerince yaptırıma tabi tutulabileceği ile ilgili genel ilke ortaya konmuş olmaktadır.

Bir davranışın rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkilemesi; rakiplerden birine diğerlerine nispetle bir avantaj sağlanması veya rakiplerden birinin haksız itham ya da yaptırımlara maruz bırakılarak rekabette geriye itilmesi şeklinde gerçekleşebilir. İlk durumda, rakiplerden biri açısından olumlu bir etki söz konusudur fakat bu etkiyi doğuran davranış dürüstlük kuralına aykırı ise bu kişi haksız bir avantaj elde etmiş olur ki bu da dürüst rekabet ortamının bozulması anlamına gelir. İkinci durumda ise, rakiplerden biri haksız bir şekilde rekabette geriye itilir. Bu durum piyasadaki diğer tüm rakipler açısından faydalı bir durum olsa da bu etkiyi yaratan eylem dürüstlük kuralına aykırı olduğu için bu ihtimalde de dürüst rekabet ortamı bozulmuş olur.

Kanun sistematığı gereği, ticari formun TTK m.55/1-a-4 kapsamında korunabileceği hallerde TTK m.54/2’ye başvurmaya ihtiyaç olmaz. Ancak TTK m.55/1-a-4 kapsamında değerlendirilemeyecek davranışlar yönünden TTK m.54/2’deki genel ilke çerçevesinde bir değerlendirme yapılabilir. Sözelimi, bir sinema filmi veya TV dizisindeki bir mekan için kullanılan ticari formun taklit edilmesi halinde TTK m.55/1-a-4’e dayalı bir koruma sağlanamayabilir. Zira bu ihtimalde işletmelerden biri kurgusal bir mekan olduğu için karıştırılma

⁵⁰ “...*Davacı vekili, taraflar arasında 21.9.2004 tarihli franchise sözleşmesi imzalandığını, davalının müvekkiline ait ‘...’ ticari markası kullanarak pup işlettiğini, sözleşmenin süresinin 5 yıl olarak tayin edildiğini, sürenin sona ermesine rağmen sözleşmenin zımnen yenilendiğini, 2010 yılı Ocak ve Şubat ayı alacaklarının bulunduğunu, puplarda kullanılan markanın vazgeçilmez dekorasyonu ile konseptinin bulunduğunu, davalının müvekkiline ait bu konsept ve dekorasyonu kullanarak başka bir markayla pup işlettiğinin tespit edildiğini, bu kullanımının durdurulmasının istendiğini, haksız kullanımın devam ettiğini, esasen sözleşmenin 13. maddesinde de 1 yıl süreli rekabet yasağı öngörüldüğünü ileri sürerek ve islah isteminde bulunarak, müvekkilinin maruz kaldığı haksız rekabetin men’i için davalı işletmenin anılan yerde 1 yıl süre ile benzer işletme işletmesinin men’ine, bakiye cari hesap alacağı 1.550.84 TL ile 95.714.13 TL maddi ve 2.500 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

Davalı vekili, davada ticaret mahkemesinin görevli olduğunu, davacının dayandığı sözleşmenin 5 yıl sonunda sona erdiğini, kendisine ait işyerinde dekorasyon ve tasarım değişikliği yaparak ‘...’ markasıyla faaliyet gösterdiğini, rekabet yasağının Anayasa’ya ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine aykırı bulunduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama ve dosya kapsamına göre, davalının sözleşmenin filen sona ermesinden itibaren aynı işyerinde, aynı konsept ve tasarımı kullanarak, davacının verdiği ...’dan faydalanarak yaptığı faaliyetin haksız rekabet teşkil ettiği, maddi, manevi tazminat ve cari hesap alacağının tahsili gerektiği, bozma ilamına göre maddi tazminatın KDV ilave edilmeden hesaplandığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, 81.113,67 TL maddi, 1.550,84 TL bakiye sözleşme alacağı ve 2.500 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 26.1.2016, E. 2015/2370, K. 2016/796 (Yargıtay Karar Arama).

⁵¹ BURST, n. 11.

⁵² TROLLER, Kamen: Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels, 2ème édition, Bale, 2006, s.357; BURST, n. 11; CHAPPUIS, n. 39; FRANKO, s.118.

⁵³ KOBEL, s.113; BURST, n. 11; CHAPPUIS, n. 25. Yargıtay da kararlarında bu ölçütten yararlanmaktadır. Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 2.11.1999, E. 1999/4005, K. 1999/8651 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 11. HD, T. 30.4.2014, E. 2014/2770, K. 2014/8106 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁴ FRANKO, s.121-122; NOMER ERTAN, s.187; PETIT, Étienne: Le Guide du Nouveau Droit de la Publicité et de la Promotion des Ventes, Paris, 2012, s.87.

ihhtimalinden söz edilemez. Ancak bu eylem sinema filmi veya TV dizisinin itibarından yararlanma anlamına geleceği için ticari formu taklit eden teşebbüsün dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kendisine menfaat sağladığı ve bunun da rekabet ortamını olumsuz etkilediği söylenebilir. Elbette bu değerlendirme yapılırken somut olayın koşulları gözetilmelidir.

VI. SONUÇ

Çalışmada ortaya koyduğumuz üzere, bir işletmeye ilişkin ticari formun haksız rekabet hükümlerince korunabileceği, öğretide kabul edilmekte ve Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir. Burada çoğunlukla başvurulacak hüküm, karıştırılmaya neden olabilecek eylemlerde bulunmak suretiyle haksız rekabeti düzenleyen TTK m.55/1-a-4 hükmüdür. Bu hüküm kapsamına girmeyen hallerde ise TTK m.54/2’de düzenlenen genel ilke çerçevesinde bir değerlendirme yapılabilir.

İki işletmeye ait ticari formun aynı veya benzer olması her zaman haksız rekabet oluşturmaz. Yalnızca ayırt edici niteliğe sahip ticari formlar bu kapsamda korunabilir. Oluşturduğu ticari formun ileride haksız rekabet hükümlerince korunmasını isteyen teşebbüsün önünde iki seçenek vardır: Özgün bir ticari form oluşturmak ya da esasen ayırt edici olmayan ticari formu kendisiyle özdeşleşecek şekilde kullanarak ayırt edici hale getirmek. Bu iki durumda söz konusu teşebbüsün, kullandığı ticari form üzerinde korunmaya değeri haklı bir menfaati olduğundan söz edilebilir. Bu sayede, bir başkasının bu ticari formu veya benzerini karıştırılmaya neden olabilecek şekilde kullanması haksız rekabet hükümleri çerçevesinde engellenebilir.


KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 26. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2020.
- ARSLAN, İsmet Kahraman/ACAR, Nursena: “Uyarıcıların Önemi: Mağaza Atmosferinin İçgüdüsel Satın Alma Üzerindeki Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Girişimcilik Dergisi, 3(6), 2019, s.132-142.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2017.
- BENHAMOU, Yaniv/DE WERRA, Jacques: “Propriété Intellectuelle et Concurrence Déloyale. Analyse du Droit Suisse et Perspectives de Droit Allemand”, Propriété Intellectuelle et Concurrence Déloyale: Les Liaisons Dangereuses?, Bruxelles, 2017, s.183-208.
- BİLGE, Mehmet Emin: Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, 2014.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2017.
- BOZPOLAT, Ceylan: “Mağaza Atmosferinin Tüketici Tercihlerindeki Önemi”, The Journal of Social Science, 1(2), 2017, s.94-103.
- BURST, Jean-Jacques: Concurrence Déloyale et Parasitisme, Paris, 1993.
- CHAPPUIS, Fernand: La Lutte contre les Actes de Concurrence Déloyale en Droit Pénal Suisse, Berne, 1996.
- ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2018.
- DURŞUN, Tolga/OSKAYBAŞ, Kader/GÖKMEN, Cansu: “Mağaza Atmosferinin İçgüdüsel Satın Almaya Etkisi ve Hazır Giyim Sektöründe Bir Araştırma”, Marmara Üniversitesi İ.İ.B. Dergisi, XXXV(2), 2013, s.233-260.
- ERDİL, Engin: Haksız Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2020.
- FEHLBAUM, Pascal: Les Créations du Domaine de la Parfumerie, Zurich, 2007.
- FETTAHLIOĞLU, H. Seçil: “Tüketicilerin Mağaza Atmosferinden Etkilenme Düzeylerinin Demografik Faktörler Açısından İncelenmesi”, Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 6(11), 2014, s.27-40.
- FRANKO, Nisim: “İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsel’e Armağan, İzmir, 2001, s.115-140.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku (I. Giriş – Ticari İşletme), 3. Baskı, Ankara, 1968.
- KAYA, Arslan: “Haksız Rekabete İlişkin İki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı Çevirisi”, Yasa Hukuk Dergisi, XV, 1996, s.627-636.
- KOBEL, Pierre: “Le Parasitisme en Droit Suisse: Entre Nachahmungsfreiheit (Liberté d’imiter), Verwechslungsgefahr (Risque de Confusion) et Rufausbeutung (Exploitation de la Réputation)”, Défis du Droit de la Concurrence Déloyale, Genève, 2014, s.101-130.
- KUONEN, Nicolas: “Art. 3 al. 1 let. d LCD”, Commentaire Romand: Loi contre la Concurrence Déloyale, Bâle, 2017 (Atıf Şekli: CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. d LCD).
- MARTENET, Vincent: “Art. 1 LCD”, Commentaire Romand: Loi contre la Concurrence Déloyale, Bâle, 2017 (Atıf Şekli: CR LCD-MARTENET, Art. 1 LCD).
- MARTIN-ACHARD, Edmond: La Loi Fédérale contre la Concurrence Déloyale de 19 Décembre 1986 (LCD), Lausanne, 1988.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1978.
- NOMER ERTAN, Füsun N.: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, 2016.
- OYTAÇ, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2002.
- ÖRS, Fahri Halil: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara, 1958.
- PEKDİNÇER, R. Tamer: Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Ankara, 2020.
- PEKDİNÇER, Remzi Tamer/YILDIZ, Ozan Ali: İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı, Ankara, 2019.
- PETIT, Étienne: Le Guide du Nouveau Droit de la Publicité et de la Promotion des Ventes, Paris, 2012.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, 2017.
- SAK, Burak: Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi, İstanbul, 2020.
- ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2016.
- TEKİL, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1997.
- TROLLER, Kamen: Précis du Droit Suisse des Biens Immatériels, 2ème édition, Bale, 2006.
- YILDIZ, Burçak: “Mağazaların Dekorasyon Planlarının Marka Olarak Korunması”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul, 2019.
- YILMAZ, Lerzan: Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul, 2008.

TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU: ENDİKASYON ŞARTI

THE LEGALITY OF MEDICAL INTERVENTION: INDICATION REQUIREMENT

Onur KORU*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.899101> 

Makale Bilgi

Gönderi: 18/03/2021
Kabul : 24/08/2021

Anahtar Kelimeler

*Tıbbi Müdahale,
Endikasyon Şartı,
Tıbbi Zorunluluk.*

Article Info

Received: 18/03/2021
Accepted: 24/08/2021

Keywords

*Medical Intervention,
Indication Requirement,
Medical Necessity.*

Özet

İnsan vücuduna yönelik müdahalede bulunmak yasaktır. Bu yasağın istisnalarından birisi, tıbbi müdahalelerdir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için bazı şartları taşıması gerekir. Bu şartlardan biri, tıbbi müdahalenin hukuken öngörölmüş amaçlara yönelmiş olmasıdır. Bu doğrultuda, tıbbi müdahale ancak tıbbi zorunluluğun varlığı halinde hukuka uygun olacaktır. Buna öğretide endikasyon denilmektedir. Endikasyon olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler, hukuka aykırıdır. Dolayısıyla hukuki ve cezai müeyyideler ile karşılaşılır. Endikasyonsuz müdahalede bulunan hekim, müdahalesi hukuka uygunluğun diğer şartlarını taşısa dahi hukuki ve cezai anlamda sorumlu tutulacaktır. Ancak bazı müdahalelerde tıbbi endikasyonun yerini sosyal veya psikolojik endikasyonlar alabilmektedir. Endikasyon şartı, bazı durumlarda diğer hukuka uygunluk şartlarının önüne geçmektedir. Bazı durumlarda ise diğer şartlar ile yarışmaktadır. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için rızanın varlığı aranmamaktadır. Bu hallerde tıbbi müdahalenin rıza beklenmeksizin bir an önce yapılması, endikasyon şartının gereğidir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartlarından en önemlisinin endikasyon olduğu, diğer şartların ek şartlar olduğu söylenilebilir. Dolayısıyla tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının tespiti için ilk bakılacak şart, endikasyon şartıdır.

Abstract

It is forbidden to interfere with the human body. One of the exceptions to this prohibition is medical interventions. In order for a medical intervention to be considered lawful, it must meet some conditions. One of these conditions is that the medical intervention is directed towards legally stipulated purposes. Accordingly, medical intervention will be legal only in the presence of medical necessity. This is called an indication in teaching. Medical interventions without an indication are illegal. Therefore, they face legal and penal sanctions. The physician who intervenes without indication will be held legally and criminally liable even if the intervention carries other conditions of compliance with the law. However, in some interventions, social or psychological indications may replace medical indication. In some cases, the indication requirement overrides other legal compliance requirements. In some cases, it competes with other conditions. In these cases, medical intervention is required as soon as possible without waiting for consent. It can be said that the most important of the conditions of the compliance of the medical intervention with the law is the indication and the other conditions are additional conditions. Therefore, the first condition to be examined in order to determine whether a medical intervention is legal or not is an indication condition

EXTENDED SUMMARY

The human body is the most fundamental element of personal rights. Human rights over the body; it is known as life, health and body completeness. Therefore, legal and penal sanctions will be encountered in the interventions to be made on the human body. These interventions are considered lawful in the presence of certain conditions. This situation is regulated in detail in Article 5 of the Patient Rights Regulation.

It can be said that almost all relationships between the patient and the physician are covered by the concept of medical intervention. For example, the procedures of listening to the symptoms of the patient who went to the hospital with the suspicion of coronavirus, to be diagnosed by the on-duty physician, in the meantime, to take an x-ray, to take a swab sample, and to prescribe medications are all medical interventions. The rest of the patient who comes to the psychiatry clinic by the physician and the subsequent interventions are medical interventions. The procedures performed in aesthetic surgery on the person who applied to the surgeon in order to have a more beautiful appearance of his nose are also within the scope of medical intervention.

In order for a medical intervention to be considered lawful, it must have certain conditions. These interventions, which are unlawful in their pure form, will be accepted in accordance with the law in the presence of certain conditions. The first condition is informed consent and consent. The second condition is that medical intervention should be done by authorized persons. The third condition is that the medical intervention is directed towards legally prescribed aims. Medical intervention is done with the aim of healing. Interventions made with an illegal purpose will be unlawful even if the other conditions are complete. At this point, the most important issue is the presence of an indication for intervention. The fourth and last condition is that the intervention is in compliance with medical principles and rules.

Indication is the concept that indicates the necessity of a physician to make a medical intervention to the patient. Medical intervention to the patient can only be accepted as a legal intervention in the presence of an indication. Indication is a condition that should be sought not only in terms of treatment, but also in the whole process of health services. If the existence of the indication is not clear, the physician should also conduct research and apply for medical intervention after clarifying the presence of the indication, especially by performing tests and examinations if necessary.

Some interventions are considered lawful even if they are not based on a medical indication. According to our opinion, the concept of indication should be interpreted broadly, and social and psychological indication should be evaluated within this concept as well as medical indication. In these cases, it would be correct to talk about the existence of a social or psychological indication rather than a medical indication, rather than the absence of an indication and consent to fill the gap in the indication requirement.

The physician, who performs a medical intervention without an indication, legally; If it causes injury or death, it will be liable in terms of criminal law. The most common sanction faced by the physician as a result of unlawful intervention is compensation. Depending on the type of damage, this compensation exists in the form of financial compensation and non-pecuniary compensation. Physicians are obliged to determine the existence of medical necessity and to make the necessary intervention due to their profession.

If medical intervention is necessary for the health of an unconscious patient, the patient's consent will not be required. Again, when consent is received for a particular medical intervention, consent will not be sought when this intervention needs to be expanded in emergency situations. In these cases, it is vital that the physician intervenes in the patient without wasting any time. The physician should carefully consider the benefit of the patient and the presence of the indication.

Which of the indications to be given priority with consent has been a matter of debate among various legal systems. The focus of discussions is usually "euthanasia". Another aspect of the debate is the legality of emergency medical intervention. Emergency medical intervention is a legal condition for the physician, and even a necessity. However, how to interpret the conditions in ensuring compliance with this law is controversial in the doctrine. In our opinion, the weight of the indication in emergencies eliminates the consent requirement. From the physician's point of view, the urgency and necessity of the treatment sometimes reach such dimensions that the patient's consent is not required for the legal compliance of the medical intervention. The presence or absence of an indication prevents the burden of illumination in some important medical interventions.

For the legality of the medical intervention, other conditions other than the indication and especially the informed consent are additional conditions. In order to be able to talk about the presence

or absence of other conditions, the presence of the indication must first and foremost. The conditions necessary for medical intervention to be in compliance with the law should be evaluated as a whole. In ordinary cases, the existence of all conditions is mandatory for compliance with the law. In our study, the importance of indication among these conditions was emphasized. Although the indication is a mandatory requirement like the others, in some cases it takes precedence over other conditions. Sometimes, the importance of the indication requirement makes the intervention legal without seeking the existence of other conditions.

Among the necessary conditions for the compliance of medical intervention with the law, the condition of consent is seen as the main condition, others as ancillary conditions, and the presence of the indication is incompatible with the fact that it is mandatory. In our opinion, indication is the main condition for the compliance of medical intervention with the law. In determining whether a medical intervention is legal or not, the primary condition to be considered is the indication condition.

I. GİRİŞ

İnsanın vücudu, kişilik haklarının en temel unsurudur. İnsanın, vücudu üzerindeki hakları; hayat, sağlık ve beden tamlığı olarak bilinmektedir. Tıpkı diğer kişilik haklarında olduğu gibi bu sayılan haklar da “*kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez*” haklardandır¹. Dolayısıyla insan vücuduna yapılacak müdahalelerde hukuki ve cezai müeyyideler ile karşılaşılacaktır. Tıbbi müdahale de esasen insan vücuduna yapılan bir müdahaledir ve bu haliyle yaralama suçunu oluşturması gerekir². Ancak bazı şartların varlığı halinde hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.

Her ne kadar insan vücuduna dokunulması yasak ise de, tıbbi müdahaleler bu yasağın bir istisnası olarak düzenlenmiştir. Bu konuda en önemli yasal düzenleme olan Anayasa m.17/2’de “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılan haller dışında*” lafzı ile tıbbi müdahale, açık bir şekilde yasak kapsamının dışına alınmıştır. Aynı husus, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 5. maddesinde daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Tıbbın temel amacı, insan sağlığının korunması ve iyileştirilmesidir. Hekimler bu amacın gerçekleştirilmesi için görevlerini icra ederler. Görev icrası esnasında hastaya uygulanacak tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi ve hukuki sorumluluğun doğmaması için gerekli bazı şartlar vardır.

Bu çalışmada, hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygun olması için aranan şartlardan “*Hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmiş olması*” şartının en önemli unsuru olan “*endikasyon*” yani tıbbi zorunluluk unsuru üzerinde durulacaktır.

Çalışmada ilk olarak tıbbi müdahale ve tıbbi müdahalede hukuka uygunluk nedenleri genel hatları ile incelenecek, sonrasında ise endikasyon şartı üzerinde durulacaktır. Endikasyon şartının hangi durumlarda gerçekleşeceği ve tıbbi endikasyonu olmayan müdahalelerde hekimin sorumluluğu incelenecektir.

II. TIBBİ MÜDAHALE

Tıbbi müdahale, hekim tarafından tedavi amacına yönelik, hastayı iyileştirmek amacıyla gerçekleştirilen müdahalelerdir³. Hasta Hakları Yönetmeliği’nde tıbbi müdahale: “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Tanım, tıbbi müdahalenin kim tarafından, hangi amaçla, hangi sınırlar içerisinde ve ne şekilde yapılacağını kapsamış olması dolayısıyla yeterince açıklayıcıdır.

İnsan üzerinde yapılan ve tıbbın uygulanması niteliğinde olan tüm müdahaleler, tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirilebilir⁵. Bu sebeple, hasta - hekim arasındaki hemen tüm ilişkiler tıbbi müdahale kavramı kapsamındadır denilebilir. Örnek vermek gerekirse, koronavirüs şüphesi ile hastaneye giden hastanın acildeki nöbetçi hekimce belirtilerinin dinlenilmesi, teşhisinin konulması, bu arada hastaya röntgen çekilmesi, sürüntü örneği alınması, ilaç yazılması işlemlerinin tamamı tıbbi müdahale niteliğindedir. Yine psikiyatri kliniğine gelen hastanın hekim

¹ Anayasa m.12.

² HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.115.

³ TUNÇER, Polat: Sağlık Hukuku Temel Bilgileri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.167.

⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği m.4 (08/05/2014 tarihinde eklenen “g” bendi).

⁵ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.33.

tarafından dinlenilmesi ve devamındaki müdahaleler tıbbi müdahaledir. Burnunun daha güzel bir görüntüye kavuşması için cerraha başvuran kişiye estetik cerrahide yapılan işlemler de tıbbi müdahale kapsamındadır.

III. TIBBİ MÜDAHELENİN HUKUKA UYGUNLUĞU İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Yukarıda değinildiği gibi, tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için birtakım şartları haiz olması gerekir. Saf haliyle hukuka aykırı olan bu müdahaleler, bazı şartların varlığı durumunda hukuka uygun olarak kabul edilecektir. Bu şartlar; hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması, tıbbi müdahalede bulunma yetkisinin bulunması, müdahalenin hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmiş olması ve müdahalenin tıp biliminin kurallarına uygun olması şeklinde dört şarttır. Hekimin esasen hukuka aykırı sayılabilecek nitelikteki fiilleri, bu hallerin varlığı halinde hukuka uygun hale gelmektedir⁶.

Hukuka uygunluğun ilk şartı aydınlatılmış onam ve rızadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde rıza: “Kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi” şeklinde tanımlanmıştır⁷. Görüleceği üzere rızanın geçerli olabilmesi için hastanın yeterince aydınlatılmış olması ve serbest iradesiyle rıza göstermiş olması gereklidir. Hekimin hastayı tedavinin tüm şartları ve olası sonuçları hakkında bilgilendirmesi ve hastanın rızasını alması halinde vücut bütünlüğüne yapılacak müdahale hukuka uygun bir müdahale halini alacaktır⁸. Ancak rızanın hukuka, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir, aksi halde rızanın geçerliliğinden söz edilemeyecektir⁹. Ayrıca rızanın müdahalenin muhtemel sonuç ve komplikasyonlarını içermesi yani somut ve özel olması gerekir¹⁰. Yine rızanın tıbbi müdahaleden önce alınması gerekmekte, sonradan verilen rıza geçmişe etkili olmamaktadır¹¹. Bu şartları taşımayan rıza olması halinde tıbbi müdahale yine hukuka aykırı olacaktır. Rıza öncesi hastanın aydınlatılması da rıza kadar önemlidir. Aydınlatmanın hangi hususlara yönelik olması gerektiği, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde sekiz bent halinde sayılmıştır¹². Kanımızca, tıp biliminin ve tıp teknolojisinin dinamik yapısı dolayısıyla, aydınlatmanın kapsamının örnekleme yoluyla belirlenmesi daha uygun olacaktır.

Ayırt etme gücünün kaybı sebebiyle hasta tarafından rızanın verilemeyeceği durumlarda tıbbi müdahalenin nasıl yapılacağı sorunu bulunmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'na eklenen hükümler ile ergin her bireyin ileride başına gelebilecek olaylar sonucu ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda kendisine yapılacak tıbbi müdahalelerde onu temsil etmek üzere temsilci atama imkanı getirilmiştir¹³. Kişinin yapacağı bu seçim “hasta vasiyeti” şeklinde isimlendirilmektedir. Türk Hukuku'nda henüz böyle bir düzenleme mevcut değildir.

Hukuka uygunluğun ikinci şartı, tıbbi müdahalenin buna yetkili kişilerce yapılmasıdır. Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi, hekim olarak adlandırılan kişilere aittir. Hekimlerin çalışma şartları, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu hükümlerine göre belirlenmiştir. Buna göre; tıp diplomasına sahip olunmalı, ilgili alanda uzman olunmalı ve bazı şekil şartlarına uyulmalıdır.

Hukuka uygun müdahale için üçüncü şart, tıbbi müdahalenin hukuken öngörülmüş amaçlara yönelmiş olmasıdır. Tıbbi müdahale, iyileştirme amacıyla yapılır. Hukuka aykırı bir amaç ile yapılan müdahaleler, diğer şartlar tam olsa dahi hukuka aykırı olacaktır. Bu noktada en

⁶ TUNALI, Işıl Güney: Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi LEE, İstanbul, 2019, s.197.

⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği m.4 (08/05/2014 tarihinde eklenen “h” bendi).

⁸ TUNALI, s.200.

⁹ TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.31-32.

¹⁰ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.629.

¹¹ EREN, s.630.

¹² Hasta Hakları Yönetmeliği m.15: “Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.”

¹³ OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.54.

önemli husus, müdahale için endikasyonun varlığıdır. Hekim, hukuka uygun bir amacı gerçekleştirmek için yalnızca endikasyonu olan müdahalelerde bulunabilir¹⁴.

Hukuka uygun müdahalenin dördüncü ve son şartı ise, müdahalenin tıp ilke ve kurallarına uygun olmasıdır. Burada en önemli husus, hekimin tüm yeni yöntemleri uygulama yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Hekim yalnızca benzer hadiselerde sürekli olarak uygulanan yani standart tıbbi uygulama olarak adlandırılan tedavileri uygulamakla sorumludur¹⁵.

IV. ENDİKASYON

Endikasyon, bir hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunmasının gerekliliğini gösteren kavramdır. “Müdahalenin tıbben zorunlu olması” veya “tıbbi gereklilik” şeklinde tanımlanabilir.

Yukarıda da değinildiği gibi, hastaya yapılacak tıbbi müdahale ancak endikasyonun varlığı halinde hukuka uygun bir müdahale olarak kabul edilebilir. Nitekim, Anayasa m.17/2’de “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz*” şeklindeki düzenleme, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğunu belirtirken doğrudan endikasyona vurgu yapmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği’nde endikasyon, vücut bütünlüğü ile diğer kişisel hakların ihlalini ve özel hayatın gizliliğine dokunulmasını hukuka uygun hale getiren bir sebep olarak öngörülmüştür¹⁶. Aynı yönetmeliğin “Tıbbi Gereklilik Dışında Müdahale Yasağı” başlıklı 12. maddesinde ise endikasyon şartı; “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Endikasyon kavramına, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da değinilmiş, m.99/2’de çocuk düşürtme suçunun varlığı, tıbbi zorunluluğun bulunmamasına bağlanmıştır:

“Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.”

Hükümde dikkat çeken husus, müdahaleye rıza gösterilmesinin hukuka aykırılığın önüne geçmemesi, hatta rıza gösteren kadın için de bir ceza öngörülmüş olmasıdır. Yine Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nde gebeliğin 20. haftasından sonra çocuğun düşürülebilmesi, endikasyonun varlığına bağlanmıştır: “*Ananın hayatını kurtarmak için yegane çare teşkil ettiği takdirde, avortman yapılması caizdir. Ciddi bir tehlikede bulunan ananın hayatı, cerrahi müdahaleyi veya gebeliğe son verebilecek bir tedaviyi zaruri kılıyorsa...*”¹⁷ Anılan düzenleme, anne hayatına tanınan önceliğin bir görünümüdür. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda 2012 yılında yapılan değişiklik ile getirilen hükümde doğumun normal ya da sezaryen ile yapılmasının şartı belirginleştirilmiş, “*Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir.*” denilerek endikasyon şartına vurgu yapılmıştır¹⁸. Uygulamada, sezaryenin somut olayda gerekli olup olmadığı yani endikasyonun varlığı ya da yokluğunun tespiti önem taşımaktadır¹⁹.

Endikasyon ile alakalı bir diğer önemli hüküm, Organ ve Doku Nakli Kanunu’nda yer almaktadır. Organ ve Doku Nakli Kanunu’na 15/11/2018 tarihinde eklenen ek 1. madde ile, üremeye yardımcı tedavilerin uygulanabilmesi için doğal yollarla çocuk sahibi olunamaması veya tıbbi gerekliliğin bulunması hallerinden birinin varlığı aranmıştır²⁰. Burada tıbbi gerekliliğe örnek olarak doğal yollarla olacak çocukta genetik bir hastalık bulunması ihtimali gösterilebilir.

¹⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.216.

¹⁵ GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.197.

¹⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği m.5/d; m.5/f.

¹⁷ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.22.

¹⁸ 1593 sayılı 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.153/2. (04/07/2012 tarihli 6354 sayılı kanunun 1. maddesi ile ek fıkra)

¹⁹ Yargıtay 13.HD., E.2016/26896, K.2020/1130: “... Davacı tarafça rapora itiraz edilmiş, özellikle normal doğum yerine sezaryen ile doğumun gerekli olup olmadığı ve bu konularda hasta ve yakınlarının yeterince aydınlatılıp aydınlatılmadığı yönündeki itirazları raporlarda ve mahkeme gerekçesinde değerlendirilmemiştir. O halde mahkemece, doğum öncesindeki muayene ve tedavilere ilişkin tüm bilgiler ilgili hastaneden celp edilerek üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli öğretim üyelerinden Kadın Hastalıkları ve Doğum konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, davalı doktorun doğum şekli tercihi ve doğum esnasında aldığı kararlar ve uygulamaların davacı ...’un sağ kolunda meydana gelen engelin doğmasıyla sonuçlanan olayda davalı doktora ve hastaneye atfi kabil bir kusur olup olmadığı konusunda ...”

²⁰ Organ ve Doku Nakli Kanunu Ek Madde 1.

Endikasyon yalnızca tedavi yönünden değil, sağlık hizmetleri ile ilgili sürecin tümünde aranması gereken bir şarttır²¹. Endikasyonun varlığı veya yokluğunun belirlenmesinde ölçüt, tıbbi müdahalenin yapılması ile yapılmaması arasındaki farktır²². Hekim bu farkı önceden tahmin ederek hastanın yararı neyi gerektiriyorsa onu yapmalıdır. Endikasyonun varlığı açık değilse, hekimin ayrıca araştırma yapması ve özellikle gerekiyorsa test ve tetkikler yaparak endikasyonun varlığını netleştirdikten sonra tıbbi müdahaleye başvurması gerekir²³. Aksi halde yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır.

Öğretide endikasyonun karşıtı olarak kontrendikasyon kavramı kullanılmaktadır. Endikasyon bir tıbbi müdahalenin yapılması gerekliliği iken, kontrendikasyon ise, müdahaleden kaçınılması yönündeki gerekliliktir. Bazı hallerde, hastanın bireysel durumu nedeniyle, başka bir hastaya müdahalede bulunmakla iyi sonuçlar alınabilecek iken, belli bir hasta için o müdahale kontrendikasyon olarak karşımıza çıkabilir²⁴.

A. Tıbbi Endikasyona Dayanmayan Hukuka Uygun Müdahaleler

Bazı müdahaleler tıbbi endikasyona dayanmasa dahi hukuka uygun olarak kabul edilir. Bir görüşe göre bu müdahaleler her ne kadar bir hekim tarafından yapılsa dahi, hukuken “tıbbi müdahale” kavramı içerisinde değerlendirilmemektedir²⁵. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre endikasyon kavramının geniş yorumlanması, tıbbi endikasyon dışında sosyal ve psikolojik endikasyonun da bu kavram içerisinde değerlendirilmesi gerekir²⁶. Bu hallerde endikasyonun yokluğundan ve sonuç olarak rızanın endikasyon şartındaki boşluğu doldurduğundan değil, tıbbi endikasyon yerine sosyal veya psikolojik endikasyonun varlığından söz etmek doğru olacaktır.

Estetik müdahaleler, organ ve doku nakilleri, gebelik sonlandırmaları, sterilizasyon ve kastrasyon, üremeye yardımcı tedaviler, sünnet uygulaması, prenatal tarama ve tanı testleri ve cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleler, tıbbi endikasyona dayanmayan hukuka uygun müdahalelerdir²⁷. Örnek vermek gerekirse, estetik cerrahide hastaya yapılacak müdahaleler açısından somut bir endikasyon şartı değil, psikolojik unsur ön plandadır²⁸. Yine organ naklinde organ veren açısından tıbbi bir endikasyon söz konusu değildir. Estetik müdahaleler, diğer tıbbi müdahalelerin aksine bedensel tedavi için değil, kişinin görünüşü sebebiyle duyduğu duygusal ve ruhsal çöküntüden kurtulması için yapılmaktadır²⁹. Bu müdahalelerin de hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.

Sterilizasyon³⁰ yani kısırlaştırmanın da hukuka uygun bir müdahale olarak kabul edilebilmesi için bir endikasyona bağlı olarak yapılması gerekir³¹. Söz konusu endikasyon tıbbi endikasyon olabileceği gibi, genetik veya sosyal bir endikasyon da olabilir. Eğer kişiden genetik olarak geçecek bir hastalık varsa bunu önlemek amacıyla kısırlaştırma yapılabilir³².

Müslümanlar ve Yahudilerin uyguladığı sünnet de tıpkı diğerleri gibi bir tıbbi müdahaledir. Sünnetin her ne kadar tıbben faydalı yönleri bilinse de bunlar, sünnet bakımından bir tıbbi endikasyonun bulunduğu kabulü için yeterli değildir³³. Bu konuda tıbbi endikasyon olmasa dahi sosyal endikasyonun varlığından, bu nedenle müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedilebilir.

²¹ GÖKCAN, s.195; HAKERİ, Tıp Hukuku, s.231.

²² HAKERİ, Tıp Hukuku, s.232.

²³ ŞATIR, Nejd: “Sağlık Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Yargısal Yaklaşımı”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, 1(1), 2009, s.386-387.

²⁴ TUNALI, s.9.

²⁵ AYKIN, Aykut Cemil: Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir Üniversitesi SBE, İzmir, 2015, s.50.

²⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.233,240; AKYILDIZ, Sunay: Sağlık Hukuku Rehberi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.513.

²⁷ TUNALI, s.41-55.

²⁸ SUBAŞI, Zeynep Nur: Tıbbi Standartların Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2018, s.113.

²⁹ ZEVLİLİLER, Aydın: “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 1983, s.28 ; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY-ÖZDEMİR, s.180.

³⁰ 24.05.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.4’te sterilizasyon: “Bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale” olarak tanımlanmaktadır.

³¹ KOCA, Mahmut: “Kısırlaştırma Suçu”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s.47.

³² ZEVLİLİLER, s.30.

³³ YERDELEN, Erdal: “Hukuki Açıdan Sünnet”, Tıp Hukuku Dergisi, 2(3), Nisan 2013, s.50.

B. Hekimin Endikasyonsuz Müdahaleden Doğan Sorumluluğu

Endikasyon olmaksızın tıbbi müdahalede bulunan hekim, hem haksız fiil, hem de sözleşmeye aykırılık dolayısıyla hukuken; yaralanma veya ölüme sebebiyet vermesi halinde ise ceza hukuku anlamında sorumlu olacaktır³⁴. Mesela, endikasyon bulunmamasına rağmen ücret alabilmek için tıbbi müdahalede bulunan hekim, meydana gelen zarardan hem hukuk hem ceza yönü ile sorumlu olacaktır³⁵. Bu daha çok sezaryen doğumlarda karşılaşılan bir hukuka aykırılık halidir.

Hukuka aykırı müdahale sonucu hekimin en çok karşılaştığı yaptırım, tazminattır. Bu şekilde zarara sebebiyet veren hekim, kural olarak hastaya, ölüm durumunda ise ailesine tazminat ödemekle yükümlü olacaktır³⁶. Meydana gelen zararın çeşidine göre bu tazminat, maddi tazminat ve manevi tazminat şekillerinde varlık gösterir.

Maddi tazminatın kapsamına ilaç masrafları, ölüm halinde yakınlarının mahrum kaldığı destekler, bedensel zararlar girmektedir. Bunların tespiti için hakim, bilirkişi yardımından faydalanmaktadır. Manevi tazminat ise Türk Borçlar Kanunu'nun 56 ve 58. maddelerinde açıklandığı üzere bedensel zarar ve ölüm hallerinde meydana gelen manevi zararlar karşılığında takdir edilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, hekimler meslekleri gereği tıbbi zorunluluğun varlığını tespit etmek ve gerekli müdahaleyi yapmak zorundadır. Özellikle acil durumlarda hekim, endikasyonu iyi değerlendirmeli ve hastanın yararına olacak, zorunlu hallerde ise daha az zararına olabilecek seçeneği tercih etmeli ve uygulamalıdır³⁷. Bazı hallerde hekimler, endikasyon bulunmasına rağmen müdahalenin barındırdığı risk ve tıbbi uygulama hatası yapma korkusu ile müdahaleden kaçınmaktadır³⁸. Bu halde de hekimin sorumluluğu doğacak ve tazminat hükümlerine gidilebilecektir³⁹.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin endikasyon şartına vurgu yapan bir kararında hekim tarafından üç kez ameliyat edilen ve bir yıl alçı içerisinde kalan hastaya uygulanan bu ameliyatların endikasyonunun bulunmaması nedeniyle tazminata hükmetmiştir. Kararda bu husus, "... *siringomyeli tanısı almış olan 40 yaşlarındaki bir hastaya kalça eklemine yönelik endikasyonu bulunmayan ameliyat yapılmasının tıbbi standartlardan sapma olarak nitelendirildiği, Dr ...'ın bu yönden kusurlu bulunduğu, saptandığı anlaşılmaktadır...*" şeklinde açıklanmıştır⁴⁰. Bir diğer kararda ise Yargıtay, ameliyatta uygulanan enjeksiyon miktarının endikasyon şartına uygun olup olmadığını belirlenmesini istemiştir:

*"Dosyanın incelenmesinde; yukarıda da yazıldığı gibi Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu'nun 10.02.2016 tarihli raporu ile ortaya çıkan sonucun komplikasyon olduğu nitelendirilerek davalılara kusur izafesi yapılmamış ise de davacı yanın dava dilekçesi davanın başından beri ileri sürdüğü üzere ameliyat esnasında daha rahat ameliyat yapılması için davacı asil ...'ın belinden yapılan 9-10 tane iğnenin uygulanıp uygulanmadığı, niteliği, amacı ve yapılan ameliyat prosedürü içindeki gerekliliği ve iğnelerin hatalı yapılıp yapılmadığı ile olası hata halinin bu davacı üzerinde ortaya çıkan sonuca etkisi değerlendirilmemiştir."*⁴¹.

C. Acil Hallerde Yapılacak Tıbbi Müdahaleler

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde acil durumlarda "tıbbi bakımdan gerekli olan" müdahalelerin yapılabileceği düzenlenmiştir⁴². Yine Lizbon Bildirgesi'nin 4. İlkesinde hastanın bilincinin kapalı olması halinde "acil tıbbi girişim gereken durumlarda" müdahale yapılabileceği öngörülmüştür⁴³. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ne göre acil durumlarda hekim, görevi ve uzmanlığı fark etmeksizin ilk müdahalede bulunacaktır⁴⁴. Ancak hekimin bilgisi ve becerisi

³⁴ AYKIN, s.48.

³⁵ YEŞİLLER, Fatma Begüm: Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi SBE), Ankara, 2019, s.88.

³⁶ YEŞİLLER, s.88.

³⁷ ÇOBANOĞLU, Nesrin: "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, 1(1), 2009, s.74.

³⁸ SUBAŞI, s.46.

³⁹ Bkz. EREN, s.542-544

⁴⁰ Yargıtay 13. HD., E.2017/6006, K.2019/851. www.yargitay.gov.tr (Erişim: 26.02.2021)

⁴¹ Yargıtay 13. HD., E.2016/29225, K.2020/1847. www.yargitay.gov.tr (Erişim: 26.02.2021)

⁴² Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.8.

⁴³ 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi, İlke 4/b.

⁴⁴ 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.3. Ayrıca bkz. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.10.

dışında müdahalede bulunması yalnızca zorunlu durumlar ile sınırlandırılmıştır⁴⁵.

Zorunlu durumlardan en fazla karşılaşılanı, hastanın bilincinin kapalı olmasıdır. Bilinci kapalı bir hastanın sağlığı için tıbbi müdahalede bulunulması zorunlu ise, hastanın rızasının alınması şartı aranmayacaktır. Hekim tıbbi müdahalede bulunmak zorundadır⁴⁶. Yine belli bir tıbbi müdahale için rıza alındığında bu müdahalenin acil durumlarda genişletilmesi gerektiğinde rıza aranmayacaktır. Ancak bunun için, acil müdahalenin sağlığa yönelik tehlikeyi gidermek amacıyla ve bununla sınırlı olarak gerçekleştirilmesi gerekir⁴⁷. Ancak yapılacak müdahale acil ve hayati değilse hastanın bilincinin açılmasının beklenmeli, rızası alınarak müdahale gerçekleştirilmelidir⁴⁸. Bunlar cerrahi operasyonlar sırasında sıklıkla karşılaşılabilen hallerdir. Bu hallerde hekimin, hastanın yararı ve endikasyonun varlığını dikkatli bir şekilde göz önünde bulundurması gerekmektedir.

Bu hallerde hekimin hastaya hiç zaman geçirmeksizin müdahalede bulunması hayati önem taşımaktadır. İnsan hayatının söz konusu olduğu bu zamanlarda gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının tespiti için hukuka uygunluk şartlarının geniş yorumlanması gerekmektedir. Zira bu hallerde aydınlatılmış onam ile rıza alınması, normal tıbbi müdahalelerde olduğu şekliyle mümkün olmamaktadır.

D. Rıza ve Endikasyon Şartlarının Çatışması

Rıza ile endikasyondan hangisine öncelik tanınacağı, çeşitli hukuk sistemleri arasında tartışma konusu olmuştur. Tartışmaların odak noktası genellikle “ötenazi”dir. Kişinin rızası, ölüm sonucunu doğuracak bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi olsa dahi rızaya öncelik verilecek midir? Veya kendisini ölümden kurtaracak bir tıbbi müdahaleye rıza göstermeyen bir kişinin iradesine üstünlük tanınacak mıdır? Anglo Amerikan hukukunda daha çok rızaya öncelik verilirken hukukumuzda insan yaşamı önceliklidir⁴⁹ ⁵⁰. Hukukumuzdaki baskın görüşü Zevkliler, “Yaşam, kişinin vazgeçilmez bir kişisel değeridir ve hiçbir yaşam, yaşanmaya değmez nitelikte değildir” şeklinde özetlemiştir⁵¹.

Tartışmanın diğer bir boyutu ise, acil tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu noktasındadır. Yukarıda değinildiği üzere acil tıbbi müdahalede bulunulması hekim açısından bir hukuka uygunluk durumudur hatta zarurettir. Ancak bu hukuka uygunluğun sağlanmasında şartların ne şekilde yorumlanacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.

Hakeri, burada varsayılan rızanın kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵². Hakeri’ye göre ölçüt hastanın somut olaydaki arzusudur; yani hasta iradesini açıklayabilseydi yapılacak müdahaleye razı olacak mıydı, bunun araştırılması gerekmektedir⁵³. Yine ameliyatın genişletilmesinde de varsayılan rıza esas alınmalıdır⁵⁴.

Kanaatimizce, acil hallerde endikasyonun ağırlığı, rıza şartını bertaraf etmektedir. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 31. maddesi, ilk haliyle “Rızanın Kapsamı” başlığını taşımakta iken eklenen 4. fıkra sonrası başlık da “Rızanın Kapsamı ve Aranmayacağı Haller” olarak değiştirilmiştir. Eklenen fıkra, endikasyon şartını içermektedir:

*“Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret halinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.”*⁵⁵

⁴⁵ Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.18. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.18.

⁴⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği m.24 (Değişik: RG-8/5/2014-28994): “... Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

⁴⁷ ÖZBİLEN, Arif Barış: “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12(24) Güz 2013/2, s.102.

⁴⁸ ÖZBİLEN, s.104.

⁴⁹ ÖZBİLEN, s.106.

⁵⁰ Karş. ARPACIOĞLU, Işıl Tüzün: “Ötenazi: Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme, Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi”, 4(7), Ocak 2019, s.112.

⁵¹ ZEVKLİLER, s.19.

⁵² HAKERİ, Tıp Hukuku, s.217-223.

⁵³ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.218.

⁵⁴ HAKERİ, Tıp Hukuku, s.220.

⁵⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği m.31/4 (Başlığı ile birlikte değişik: RG-8/5/2014-28994).

Hekim açısından kimi zaman tedavinin aciliyeti ve gerekliliği öyle boyutlara ulaşır ki, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için hastanın rızasının alınması gerekmez. Tıbbi müdahaleye başlandıktan sonra tıbbi zorunluluk sonucu müdahalenin genişletilmesinde de yine rıza gerekemeyebilir⁵⁶. Aksine bazı durumlarda ise tedavinin tıbbi müdahalenin etkisi faydasız ve hatta zararlı olacağından, hastanın rızası olsa dahi hekimin müdahaleyi gerçekleştirmemesi gerekir⁵⁷. İşte her ne kadar hastanın rızası tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan bir hal ise de bu iki karşıt durum göstermektedir ki, endikasyon şartı bazı hallerde hastanın rızasının önüne geçmektedir. Bu hallerde ise kimi zaman rıza olsa dahi tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmemesi, kimi zamansa rıza olmasa dahi tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi hukuka uygun olacaktır.

Endikasyonun varlığı ya da yokluğu, bazı önemli tıbbi müdahalelerde aydınlatma yükümünün de önüne geçmektedir. Hasta bakımından hayati öneme sahip müdahalelerde bazı acil durumlarda hasta aydınlatılmaksızın tıbbi müdahale gerçekleştirilir⁵⁸. Burada da endikasyon şartının aydınlatma yükümünü bertaraf ettiği düşünülebilir.

V. SONUÇ

Bir kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleler hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahaleler de diğerleri gibi vücut bütünlüğüne müdahale niteliğinde olduğundan kural olarak hukuka aykırıdır. Bu müdahalelerin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi ve sorumluluğa sebep olmaması için dört şartın birlikte mevcut olması aranır. Tıbbi müdahalenin gerekliliği şeklinde kısaca tanımlanabilecek olan endikasyonun somut olayda varlığının gerekliliği de bu şartlardan birisidir.

Endikasyon, sağlık sürecinin tamamında aranan önemli bir şarttır. Tıbbi müdahalede bulunmanın gerekli olup olmadığına hekim, somut olayın özelliklerine göre karar verecek ve eğer endikasyon var ise müdahalede bulunacaktır. Endikasyon, her olayda tıbbi endikasyon olarak varlık göstermez. Bazen bunun yerini sosyal veya psikolojik endikasyon alabilir.

Endikasyonsuz yapılan müdahaleler hekimin hem hukuki hem de cezai sorumluluğunu doğurur. Hukuki sorumluluk, tazminat şeklinde varlık gösterir ve genel hukuk kurallarının uygulanması suretiyle duruma göre maddi ve manevi tazminatın hekim tarafından hastaya ödenmesine yol açabilir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için, endikasyon dışındaki diğer şartlar ve özellikle aydınlatılmış onam ek şarttır⁵⁹. Diğer şartların varlığı ya da yokluğundan söz edilebilmesi için endikasyonun ilk ve öncelikli olarak varlığı zorunludur.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli şartların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Olağan durumlarda tüm şartların varlığı, hukuka uygunluk için zorunludur. Çalışmamızda, bu şartlar arasında endikasyonun önemi vurgulanmıştır. Endikasyon, diğerleri gibi zorunlu bir şart olmakla birlikte, kimi durumlarda diğer şartların önüne geçmektedir. Kimi zaman ise endikasyon şartının önemi, diğer şartların varlığı aranmadan müdahaleyi hukuka uygun kılmaktadır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli şartlar arasında rıza şartının ana şart, diğerlerinin yan şartlar olarak görülmesi, endikasyonun varlığının zorunlu olması gerçeği ile bağdaşmamaktadır. Kanaatimizce endikasyon, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun ana şartıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde öncelikli bakılacak şart, endikasyon şartıdır.

⁵⁶ Şartları ve bu durumda vekaletsiz iş görme hükümlerine gidileceği görüşü için bkz. YÜKSEL, Sera Reyhani: Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, s.799-800.

⁵⁷ Rızanın varlığına rağmen endikasyon bulunmaması sebebiyle dış hekiminin sorumlu olacağı örneği için bkz. HAKERİ, Hakan: "Dış Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, 1(1), 2009, s.20.

⁵⁸ Aydınlatma yükümünü ortadan kaldıran diğer haller için bkz. DEMİR, Mehmet: "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", AÜHFD, 57(3), 2008, s.241.

⁵⁹ TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, Maral: "Acil Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam", Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Yayıncılık, Aralık 2018, s.133.

KAYNAKÇA

- AKYILDIZ, Sunay: Sağlık Hukuku Rehberi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ARPACIOĞLU, Işıl Tüzün: “Ötanazi: Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi, 4(7), Ocak 2019, s.110-122.
- AYKIN, Aykut Cemil: Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir Üniversitesi SBE, İzmir, 2015.
- ÇOBANOĞLU, Nesrin: “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, 1(1), 2009, s.70-87.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- DEMİR, Mehmet: “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD, 57(3), 2008, s.225-252.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- HAKERİ, Hakan: “Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, 1(1), 2009, s.19-28.
- KOCA, Mahmut: “Kısırlaştırma Suçu”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s.37-51.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, 19. Bası, İstanbul, 2020.
- ÖZBİLEN, Arif Barış: “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12(24), Güz 2013/2, s.99-124.
- SUBAŞI, Zeynep Nur: Tıbbi Standartların Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2018.
- ŞATIR, Nejdet: “Sağlık Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Yargısal Yaklaşımı”, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, 1(1), 2009, s.380-388.
- TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes’uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, Maral: “Acil Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Yayıncılık, Aralık, 2018, s.115-134.
- TUNALI, Işıl Güney: Hekimin Tıbbi Müdahalede bulunma Yükümlülüğünün Sınırları (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi LEE, İstanbul, 2019.
- TUNÇER, Polat: Sağlık Hukuku Temel Bilgileri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- YERDELEN, Erdal: “Hukuki Açıda Sünnet”, Tıp Hukuku Dergisi, 2(3), Nisan 2013, s.43-74.
- YEŞİLLER, Fatma Begüm: Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi SBE, Ankara, 2019.
- YÜKSEL, Sera Reyhani: “Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, s.793-804.
- ZEVKLİLER, Aydın: “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 1983, s.1-37.

ULUSLARARASI HUKUKUN ETKİSİZLİĞİNE KARŞI İDEALİST BİR ÇÖZÜM ARAYIŞI: BERTRAND RUSSELL'İN “DÜNYA FEDERAL DEVLETLERİ” DÜŞÜNCESİ

SEEKING FOR AN IDEALIST SOLUTION AGAINST
THE INEFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL LAW:
BERTRAND RUSSELL'S THOUGHT OF THE "WORLD FEDERAL STATES"

Hande Scher DEMİR*  

Makale Bilgi

Gönderi: 30/04/2021
Kabul : 31/08/2021

Anahtar Kelimeler

Bertrand Russell,
Uluslararası Hukuk,
Federalizm,
İdealizm,
Uluslarüstücülük.


Article Info

Received: 30/04/2021
Accepted: 31/08/2021

Keywords

Bertrand Russell,
International Law,
Federalism,
Idealism,
Supranationalism.

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.930285> 

Bertrand Russell, 1917 ve 1921 yıllarında yazdığı kitaplarda, uluslararası düzeyde eşitsizliği, şiddeti ve uluslararası hukukun etkisizliğini ortadan kaldırmak için öneriler sunmuş; işaret ettiği sorunlara, idealist çözümler aramıştır. Russell'a göre, dünya coğrafyasına eşit dağılmamış hammadde ve kaynakların, uluslararası düzeyde eşitsizlik ve şiddet yaratmadan, devletlerin ihtiyaçlarını karşılayabilmesi ancak uluslar üstü organizasyonlar tarafından sağlanabilir. Devletler, ortak savunma ve kaynak politikaları geliştirmek üzere, egemenliklerini uluslar üstü organizasyona devretmeli; böylece dünya, kendine yetecek bloklara ayrılmalı; bloklar, diğeri için tehdit yaratmayacak güç ve dengede olmalıdır. Böylece çatışmaların ekonomik nedenleri ortadan kalkacak, uluslararası ilişkilere/hukuka duyulan ihtiyaç son bulacaktır. Anılan tezin günümüz anayasa hukuku paradigmasındaki karşılığının, ortak kaynak ve savunma konularında yasama ve yürütme egemenlik yetkilerinin güvenceli bir sistemle devredildiği “federal devlet” yapılanması olduğu ifade edilebilir. Çalışmada Russell'ın, dünyanın Amerika, Asya, Avrupa olmak üzere üç büyük bloka ayrılacağı öngörüsü incelenmiş; günümüzde NAFTA, USMCA, FTAA, AB, ŞİÖ, ASEAN gibi birliklerden oluşan blokların güç ve kaynak dengesinde oynadıkları rol üzerinde durulmuştur. Russell'ın tezlerinin organik ve fonksiyonel yönlerden günümüzde bulunduğu karşılığın, uluslararası hukukun etkisizliğini ortadan kaldırmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Abstract

Bertrand Russell, in the books he wrote in 1917 and 1921, made suggestions to eliminate international inequality, violence and the ineffectiveness of international law; sought solutions to the problems he pointed out, with an idealistic approach. According to Russell, the uneven distribution of raw materials and resources in the world geography can only be provided by supranational organizations to meet the needs of states without creating inequality and violence at the international level. States should transfer their sovereignty to the supranational organization by harmonizing their legislation and practices in order to develop common defense and resource policies; so the world must be divided into self-sufficient blocks; these blocks must be in strength and balance that will not pose a threat to one another; thus, the economic reasons of the conflicts will disappear and the need for international relations and international law will come to an end. It can be stated that the counterpart of the aforementioned thesis in today's constitutional law paradigm is the “federal state” structuring in which the legislative and executive sovereign powers in common resources and defense are transferred with a secure system. In the study, Russell's thesis that the world will be divided into three big blocks as America, Asia and Europe was examined; today, the role played by the blocks, which are composed of unions such as the NAFTA, USMCA, FTAA, EU and SCO, ASEAN in the balance of power and resources is emphasized. In the final analysis, it was concluded that the organic and functional responses of Russell's theses today are not sufficient to eliminate the ineffectiveness of international law.

 Bu eser [Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: In his "Political Ideals" written in 1917 and "The Prospects of Industrial Civilization" written in 1920, Bertrand Russell puts forward the ideal of a supranational order that will eliminate the causes of violence and inequality at the international level. According to Russell, the way to resolve international disputes arising from the need for raw materials and resources without causing conflict, war and inequality, and thus to end the silence and ineffectiveness of international law, is to divide the world into equal and closed blocks, each of which is self-sufficient in terms of raw materials, resources and defense, covering large geographical areas. Based on Russell's aforementioned theses, this article seeks answers to the following questions:

What is the equivalent of Russell's "world blocks" thesis in the constitutional law paradigm?

To what extent does the development of today's international organizations in organic and functional aspects coincide with Russell's predictions?

Have international organizations that advocate "idealism" today have produced a convincing and meaningful idealism?

Is it a mistake for Russell to attribute the cause of inequality, conflict and wars at the international level to the sharing of raw materials and resources?

In the system created by the current modernist paradigm and the institutions and rules based on it, have the response of Russell's theses been able to eliminate the ineffectiveness of international law?

What are the empirical data that reveal the silent attitude of international law practitioners towards the powerful and their ineffective attitude towards 'those who do not enter the circle of protection'?

Literature Review: In this article, it was pointed out that in addition to the "Political Ideals" written by Russell in 1917 and "The Prospects of Industrial Civilization" written in 1920, he continued to defend his thesis by including his later articles and works. Since Russell's theses, an idealist thinker, cannot be considered independent of the political, geographical and intellectual atmosphere in which he was born; It is difficult to interpret Russell's theses without mentioning and understanding World War I, idealist theory, and moreover, realist theory. The subject of the article is so intertwined with the mentioned theories that; It is not possible to limit the article to the paradigm of law. For this reason, this article also includes the literature on theories of idealism and realism, which are among the theories of international relations; Russell's theses were interpreted with an idealist perspective, passed through the realism filter; the data revealing the organic and functional existence of international organizations were examined; international judicial decisions that dealt with the issue were analyzed. In this way, it was aimed to contribute to the literature by examining Russell's theses with a holistic approach in terms of international law, international relations, constitutional law theory and practice of international judicial decisions.

Methodology and Findings: In this article, Russell's views are set forth; Russell's views and international relations theories have been interpreted with the screening and evaluation method; empirical data showing the organic and functional existence of international organizations are included; International judicial decisions that dealt with the issue were analyzed by deductive method.

Conclusions, Limitations and Recommendation: According to Russell, the way to resolve international disputes without causing conflict, war and inequality is to divide the world into identical blocks that cover large geographical areas, each self-sufficient in terms of raw materials, resources and defense. It can be said that today's organic and functional developments at the international level are mostly in line with Russell's predictions. There have been developments towards the establishment of blocks in the world, and cooperation between states has strengthened on issues such as joint use of raw materials and resources, common defense policies, customs unions and free trade zones. However, the result achieved was not enough to fulfill the ideal of peace and equality Russell hoped for.

Russell was wrong by attributing the cause of inequality, conflict, and wars only to the allocation of raw materials and resources. Nor is nationalism or racism enough to explain the wars that took place after the Second World War. Access to raw materials and resources is not the only reason for the deaths of Bosnians in Srebrenica, Azerbaijanis in Khojaly, the Iraqi people in the Second Gulf War, and the Uighur Turks in China and international terror. In addition to factors such as nationalism, the need for raw materials and resources, the element of "religion", albeit implicit, appears as a determining factor in the ineffectiveness of international law, inequality and violence. Keeping aside the idea that Bertrand Russell's solution proposals will end wars, it can be stated that essentially the behind-the-scenes dimensions of wars are too deep to be explained by reducing to the problem arising from sharing; in addition to these, thinking that the proposed federal state structuring can be a solution can be seen as an "optimistic" approach.

Despite the international organizations and human rights treaties established, the populism of the human will governing states, their understanding of power and sovereignty, national interests, religious approaches, global capital; it continued to produce genocide, violence and inequality. The silent attitude of the international law practitioners against the strong and their ineffective attitude towards the "who are not in the circle of protection" continues. Today, the modernist paradigm, practices and the system created by the institutions, rules and principles based on this have not been able to produce a convincing and meaningful idealism.

I. GİRİŞ

1917’de yazdığı “*Siyasal İdealler*”¹ ve 1920’de yazdığı “*Endüstri Toplumu’nun Geleceği*”² kitaplarında Bertrand Russell, uluslararası şiddet ve eşitsizliğin nedenlerini tartışmış; I. Dünya Savaşı’nın ekonomik ve siyasi sebep-sonuçları ile II. Dünya Savaşı’yla değişen güç dengelerini büyük ölçüde öngörmüştür³. Russell’in anılan kitapları yazdığı yılların, “*idealizm teorisinin*” ve uluslararası ilişkiler “*disiplinin*” ortaya çıktığı yıllar olduğunu belirtmek gerekir. I. Dünya Savaşı’nın trajik sonuçları karşısında, savaşların nedenleri, olası savaşların nasıl önleneceği, barışçıl bir dünya için ne yapılabileceği konusundaki çalışmalar idealizm teorisi içinde yer bulmuştur⁴; Russell’in çalışmaları, bu neviden bir çabanın ürünüdür.

Russell’in tezleri şöyledir:

- İklim, coğrafi şartlar ve sair unsurlar, farklı bölgelerde farklı hammadde, kaynak zenginlikleri ortaya çıkartır.
- Kaynakları elinde bulunduran devletler, bunlara ihtiyaç duyan güçlü devletlerin tehdidi altındadır.
- Devletler arasında kaynak, savunma dengeleri eşitlenmedikçe, savaş kaçınılmazdır.
- Ulusçuluk ve dış egemenlik zayıflayarak uluslar üstü birlikler kurulmalı; birlikler, kaynakların yönetimi ve paylaşımı fonksiyonunu yerine getirmeli, ortak savunma politikası yürütmelidir.
- Birlikler, kaynak ve savunma gücü bakımından birbirlerine denk bloklar/kutuplar oluşturmalıdır.
- Böylece ihtiyaçlar bloklar içinde giderilecek, çatışmaların ekonomik nedenleri ortadan kalkacak, devletler arası ilişkilere, dış güvenliğe, uluslararası hukuka duyulan ihtiyaç son bulacaktır.

Gerçekten de devletler, birbirleriyle ilişki, bağlılık, bağımlılık içindedir. Uluslararası hukuk varlığını, devletlerin birbirine olan ihtiyacına borçludur⁵. Bu bağlılık, devletlerin dış egemenliklerini kendi rızalarıyla sınırlamalarına, organizasyonlar kurarak kendilerini anlaşmalarla bağlamalarına sebep olur. Uluslararası anlaşmalar akdederek uzlaşan devletler, ulusal çıkarlarından, egemenliklerinden verdikleri -siyasal, ekonomik, coğrafi, hukuki- ödünler karşılığında, yeni ödünlere elde ederler; uluslararası ilişkiler, karşılıklı çıkarlar, ödünler dengesi üzerine kurulmuştur⁶.

İhtiyaçları, menfaatleri karşılamanın diğer bir yolu savaştır. Genellikle güçlü devlet lehine seyreden savaş sürecinde, uluslararası hukuk, güçlüyü bağlamayan, güçlüyü koruyan, güçlü lehine sessiz kalan bir fonksiyon yürütebilir.

Russell’a göre, uluslararası uyuşmazlıkları, çatışma, savaş, eşitsizliklere yol açmadan çözümlenmesi yolu, dünyanın, her biri kaynak, savunma bakımından kendine yetecek, büyük coğrafi alanları kapsayacak birbirine denk bloklara ayrılmasıdır. Anılan blokları kuran devletler, belirli konularda egemenliklerini devretmelidir.

Egemenlik devri, anayasal düzlemde uygulama bulabileceğinden; Russell’in tezlerinin anayasa hukuku paradigmasındaki karşılığının federal devlet yapılanması olduğu söylenebilir.

Federal devletler, birden fazla devletin iç işlerinde bağımsızlıklarını korumak, dış işlerinde federal devlete bağlı hareket etmek üzere, sert anayasayla birleşmeleriyle kurulur. Federal devlette, federal ve federe devletler arasında yasama yürütme yargı yetkileri, anayasayla, güvenceli bir sistemle paylaşılır. Anayasanın değiştirilmesine federe devletler katılır, yetki

¹ RUSSELL, Bertrand: *Siyasal İdealler*, 1. Bası, (Çev. HARMANCI, Mehmet), Say Yayınları, İstanbul Aralık 1996.

² RUSSELL, Bertrand/RUSSELL, Dora: *Endüstri Toplumu’nun Geleceği*, 1. Bası, (Çev. ÖLÇER, Melih), Bilgi Yayınevi, Ankara Mayıs 1979.

³ Bertrand Russell, tezlerini savunmayı son çalışmalarında da sürdürmüş, dengeli bir dünya için üç unsurun sağlanması gerektiğini vurgulamıştır: Silahlı kuvvet tekeline sahip dünya hükümeti, dünyanın farklı yerlerinde yaşam standartları açısından ortalama eşitlik, sabit veya çok yavaş artan nüfus. RUSSELL, Bertrand: “Bertrand Russell on Essentials for a Stable World”, *Population and Development Review*, 18(3), September 1992, p.551-552, https://www.jstor.org/stable/1973658?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim Tarihi: 20.01.2021)

⁴ GÖZEN, Ramazan (Derleyen): *Uluslararası İlişkiler Teorileri*, 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s.37.

⁵ ÖZMAN, M. Aydoğan: “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, *AÜHFD*, 21(1), 1964, s.76, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/632383> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

⁶ GÜNUĞUR, Haluk: “Avrupa Birliği Hukukunun Uluslarüstü (Supranasyonal) Niteliği”, *ATAUM Yayınları*, 30 Yıl Armağanı, Ankara 2018, s.105, <http://ataum.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/209/2018/12/Gunugur-30.-Yil-Armagani.pdf> (Erişim Tarihi: 25.07.2021)

uyuşmazlıkları için yargısal çözüm yoluna gidilir⁷.

Federal devlet yapılanması, Russell’ın teziyle harmanlandığında çıkan sonuç şudur: Dünya federal devletlerini -bloklarını- kuracak devletler, hammadde, kaynak, savunma konularında yasama, yürütme egemenlik yetkilerini federal devlete devrederek birleşmelidir.

Bu makalede, Russell’ın ulusçuluk, ulusal çıkarların çatışması, uluslar üstü düzeye geçiş, hammadde kaynak savunma konularında devletlerin oluşturacağı bloklara dair tezleri incelenecek; günümüzdeki uluslararası örgütlerden hareketle Russell’ın öngörüsünün isabetli yönlerine işaret edilecektir. Bunun yanında, idealist bir düşünür olan Russell’ın tezleri, içinde doğduğu siyasi, coğrafi, entelektüel atmosferden bağımsız düşünülemez; I. Dünya Savaşı’nı, idealist teoriyi, dahası realist teoriyi anlamadan ve anlamadan Russell’ın tezleri yorumlanamaz. Makalenin konusu, anılan teorilerle öyle iç içedir ki, makaleyi hukuk paradigmasıyla sınırlamak mümkün değildir. Bu sebeple uluslararası hukukun etkisizliğine karşı çözüm önerisi niteliğindeki Russell’ın tezleri, idealist perspektifle yorumlanmış, realizm süzgecinden geçirilmiş, uluslararası organizasyonların organik ve fonksiyonel varlığına yönelik ampirik verilere yer verilmiş, konuyla temas eden uluslararası yargı kararları tümünden gelim metoduyla tahlil edilmiştir.

II. İDEALİST VE REALİST TEORİ

Russell, işaret ettiği sorunlara, idealist çözümler üretmiştir. İdealizm, ontolojik olarak insan doğasının iyi, bireysel ve toplumsal gelişimin, ilerlemenin mümkün olduğu kabulünden hareketle, insanlığın ortak çıkarlarını uzlaştıran, sorunları iş ve akıl birliğiyle çözen uluslararası düzen, işleyiş, ilke, kural, iddia, model, düşünceler üretir⁸. İdealist teori I. Dünya Savaşı’yla doğmuş; idealistler, savaşın içinde bulunduğu uluslararası sistemi dönüştürerek barışçıl bir düzen kuracak araçlar, süreçler geliştirmeye çalışmıştır. İdealistlere göre, uluslararası jeopolitik ve jeoekonomik rekabet, menfaat dengesini yönetme yetkisine sahip uluslararası örgütler olsaydı, I. Dünya Savaşı önlenebilirdi⁹. Russell’ın aşağıda incelenecek düşünceleri tam da böyle bir düşünce örgüsüne sahiptir.

İdealizm teorisini inşa eden çalışmalar, uluslararası ilişkiler disiplini doğurmuş; ardından realist teori, disiplini geliştirmiştir¹⁰. Realizme göre, idealizm “ütopyacı”dır. Realizm, idealizmi hukukun, ahlakın rolünü abartmakla, gücün uluslararası ilişkilerde oynadığı rolü hafife almakla suçlar; idealist önermelerin, uluslararası ilişkilerin gerçeklerine -çıkarcı, güç, anarşi vb.- uymadığını, dolayısıyla uygulanamaz olduğunu ileri sürer¹¹.

Realistleri, aynı teori geleneğinin parçası yapan şey, uluslararası ilişkilere dair sordukları beş sorunun *aynı*, verdikleri cevapların *benzer* olmasıdır:

• Uluslararası ilişkilerin tabiatı nedir? *Kuvvet ve mücadeledir*. Realistlerden kimi insan doğasına, kimi iç politikaya, kimi uluslararası sistemin yapısına dayandırsa da; tamamı uluslararası ilişkilerin tabiatında kuvvet ve mücadele olduğunu kabul eder.

• Uluslararası ilişkilerin cereyan ettiği ortamın başlıca özelliği nedir? *Anarşidir*. Egemen devletler üzerinde merkezi bir iktidarın bulunmadığı *anarşi* ortamında, devletler, başının çaresine bakmalıdır.

• Uluslararası ilişkilerin temel aktörü kimdir? *Devletlerdir*. Uluslararası ilişkiler, devletler arası ilişkilerle şekilleneceğinden, bu ilişkiye *güçlü* olan yön verecektir.

• Uluslararası ilişkilerin temel aktörünün başlıca amacı nedir? *Hayatta kalmaktır*. Anarşi ortamında devletler, varlıklarını sürdürmek için askeri imkanlarını arttırmalıdır.

• Uluslararası ilişkilerin temel aktörünün amacına ulaşmak için kullandığı başlıca araç nedir? *Güçtür*.¹²

Realizmin ortaya koyduğu olgular bilinen gerçeklerdir; insanlar rekabetçi olabilir; egemen devletler arasında güç, menfaat çatışmaları olabilir; silahlanma, saldırganlık, anarşi, savaş

⁷ KESKİNSOY, Ömer: Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, 5. Bası, Monopol Yayınları, Ankara 2020, s.41.

⁸ GÖZEN, s.80-81.

⁹ Devletler, çalışmaları çözebilecek kurumsal imkanlara sahip olursa savaşmayı tercih etmezler. GÖZEN, s.85-86.

¹⁰ GÖZEN, s.74.

¹¹ GÖZEN, s.83.

¹² ERSOY, Eyüp: “Realizm”, (Derleyen) GÖZEN, Ramazan: Uluslararası İlişkiler Teorileri, 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s.166-171.

gerçekdir. İdealizm bunları kabul eder; ancak realist kısır döngüyü¹³ yararsız bulur. İdealizmin, realizmden ayrıldığı nokta, anılan olguları dönüştürebilecek, organik fonksiyonel yönlerden ideal bir uluslararası bir sistemin kurulabileceği inancıdır¹⁴.

Egemen aktörler olan devletlerin, ulusal menfaatleri yönünde hareket etme eğilimini kontrol etmek isteyen idealizm, bunun, uluslararası mekanizmalar tarafından sağlanacağını savunur. Uluslararası rejim, egemen devletlerin rıza çemberi içinde de olsa, devletleri sınırlar, koordine eder, denetler, izler, müeyyidelendirir¹⁵. Devletlerin iç idari ilişkilerinde hukukun üstünlüğü nasıl faydalıysa; aynı sav uluslararası düzeyde de geçerlidir¹⁶; hukuka dayalı sistem, orman kanunlarından iyidir¹⁷. Anarşi ortamında istikrarlı, kurumsal, hiyerarşik, mekanik ilişkiler kurulamaz¹⁸.

Bu makalede incelenecek Russell'ın tezleri, idealist anlayışın tipik örneğidir. Russell, devletlerin, ihtiyaçlarını karşılamak için bloklar kurarak egemenliklerini sınırladığı bir düzen *ideali* kurgulamıştır. Russell'a göre kaynak ihtiyacından doğan uluslararası uyuşmazlıkları, çatışma, savaş, eşitsizliklere yol açmadan çözüme kavuşturmanın yolu, dünyanın, her biri hammadde, kaynak, savunma bakımından kendine yetecek, büyük coğrafi alanları kapsayacak bloklara ayrılmasıdır.

III. ULUŞÇULUK VE ULUSAL ÇIKARLARIN ÇATIŞMASI

Russell'a göre ulusçuluk siyasi oluşumlara yön veren önemli bir güçtür. Kişiler, bir grubun parçası olma eğilimindedir. Dil, din, ırk gibi objektif unsurlar, ulusların oluşumunda etkili ancak yetersizdir; bu bağı sağlayan bir duygudur, dürtüdür¹⁹, güdüdür²⁰. Sürü içgüdüsünden beslenen²¹ ulusçuluk, ahlaki ve entelektüel olarak bir grubun üstün olduğu inancına dayanır²².

Ulusçulukta, mensuplarına canlılık veren bilinçaltı bir ortak amaç duygusu vardır; bu duygu savaş ve savaş tehdidi dönemlerinde canlanır²³; tahrip edildiğinde güçlenir, özgür bırakıldığında uyur²⁴. Russell'a göre, insanların enerjilerini, ulusçuluk rekabetinin *yararsız* uğraşından çevirmenin yolu ulusçuluğun gücünü kırmaktır²⁵; zira evrensel refah, ulusal menfaatlerden üstündür²⁶.

¹³ İdealizme göre, realizm bir paradokstur: Neden savaş çıkar? Anarşi vardır. Neden anarşi vardır? Güç mücadelesi vardır. Neden güç mücadelesi vardır? Kötülük, rekabet vardır. Neden insan/devlet kötüdür? Güvende hissetmez. Neden güvende hissetmez? Anarşi vardır. GÖZEN, s.90.

¹⁴ GÖZEN, s.90-91.

¹⁵ GÖZEN, s.107-109.

¹⁶ Falk'a göre uluslararası hukuk, tüm uluslararası aktörlerin kullanabileceği, evrensel ölçüde saygı duyulan ortak referans normları sağlar: "International law provides common norms of reference that are available to every international actor regardless of size or ideology; in this sense legal argumentation is a universally respected international medium of rhetorical exchange." FALK, Richard A.: Status of Law in International Society, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1970, s.329.

¹⁷ STIGLITZ, Joseph E: Küreselleşme Büyük Hayal Kırıklığı, (Çeviren: TAŞÇIOĞLU, Arzu/VURAL Deniz), Alfa Yayın, İstanbul 2018, s.13.

¹⁸ ÖZDEMİR, Haluk: "Uluslararası İlişkilerde Güç: Çok Boyutlu Bir Değerlendirme", AÜSBFD, 63(03), 2008, s.142, <https://dergipark.org.tr/t/pub/ausbf/article/42660> (Erişim Tarihi: 13.03.2021).

¹⁹ Russell'a göre emperyalizm ve ulusçuluk, bu dürtünün çağdaş ifadeleridir. HOROWITZ, Irving Louis: "Bertrand Russell on War and Peace", Science&Society, 21(1), Winter 1957, p.36, https://www.jstor.org/stable/40400481?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

²⁰ RUSSELL, Siyasal İdealler, s.109. Anılan ulus kavramı, günümüzde "subjektif millet anlayışı" ismiyle anılır: Bkz. RENAN, Ernest: Ulus Nedir?, (Çev. YAVAŞ, Gökçe), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2016.

²¹ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.26.

²² Devletin ülke sınırları, ulusu oluşturan insanların yaşadıkları coğrafyayı kapsamalıdır. RUSSELL, Siyasal İdealler, s.107.

²³ Russell'a göre ulusçuluğun temelinde yabancı düşmanlığı yatar; ulusta en çok onurlandırılan, en çok yabancı öldüren kişidir: "The citizens whom every nation honours most are those who have killed the greatest number of foreigners." RUSSELL, Bertrand: "Justice in War Time", Studies: An Irish Quarterly Review, 5(19), Sept 1916, p.477, https://www.jstor.org/stable/25701056?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim Tarihi: 20.01.2021).

²⁴ Ulusçuluk, rekabet duygusuyla beslenir; düşmandan yoksun bir ulusun bağları zayıflar. RUSSELL, Siyasal İdealler, s.109-110.

²⁵ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.29.

²⁶ Russell'a göre, devletlerden beklenen kimliklerini homojenize etmek değil; ortak kaynak ve savunma gücü oluşturmaktır: "Uluslararası hükümet kurulurken, çeşitli uluslar arasındaki gelenek ve görenek ayrılıklarını ortadan kaldırmak ne istenen bir şeydir, ne de gereklidir. Bu ayrılıklar her ulusun, dünya uygarlığına belirli bir katkıda bulunmalarını sağlamaktadır. İstenen, kozmopolitlik de değildir, ulusal niteliklerin yitirilmesi de. Bu kozmopolitlik kazanç değildir, kayıptır. Bizim görmek istediğimiz evrensel bir ruh, yurt sevgisine katılacak bir şeydir. Yoksa bundan çekip alınacak bir şey değil. Bir insanın kendi yurdu için istediği şeyler, artık, başkalarının pahasına elde edilecek şeyler olmayacak, bir ülkenin üstünlüğünün bütün dünyanın yararına olacağı şeyler olacaktır." RUSSELL, Siyasal İdealler, s.118.

Russell'a göre ulusçuluk anlayışı, iyiyi kendi gruplarının yararına olanla, kötüyü de -bütün insanlığın yararına olsa bile- kendi yararına olmayanla tanımlama eğilimindedir²⁷; buna göre üstün ulusal menfaatlerin gerektirdiği her eylem meşrudur; dış egemenlik sınırlanamaz. Bu kabulde hareket eden devletlerin uluslararası alandaki mutlak egemenlik iddiası²⁸, uluslararası ilişkilerin, çatışmaların, savaşların ve sonuçlarının, onlardan hangisinin daha güçlü olduğu olgusuna göre şekilleneceği anlamına gelir²⁹.

Gerçekten de günümüzde uluslararası hukukun, güçlü taraf lehine uygulandığı, yorumlandığı örneklerle rastlamak mümkündür. Hobbes'ın "*herkesin herkesle savaşı*" anlayışıyla tasvir edilebilecek ilkel anarşinin uluslararası düzeydeki yansımaları devam etmektedir. Russell'a göre, devletler, ulusçuluk/ulusal üstünlük anlayışından, mutlak egemenlik iddiasından vazgeçmedikçe, uluslararası barışın sağlanması zordur³⁰.

Russell'a göre ulusal çıkarların çatışması, uluslararası iş birliğini engelleyen üç sonuç doğurur: Gelişmemiş ırkların sömürülmesi, gümrükler, güç ve egemenlikten duyulan gurur³¹. Russell'ın işaret ettiği bu sonuçlar, günümüzde büyük ölçüde azalmıştır: Sömürgecilik sonlanmış³², gümrükler zayıflamış³³, devletler arası işbirliği artmıştır. Buna rağmen "*güç ve egemenlikten duyulan gururun*" söndüğünü söylemek zordur.

IV. ULUSÇULUK ANLAYIŞININ ZAYIFLAYARAK ULUSLARARASI/ULUSLAR ÜSTÜ BİRLİKLERİN KURULMASI

Russell'a göre kaynak ve hammadde kıttr; üstelik endüstrileşme, kaynakları hızla tüketmeye devam edecektir³⁴. Russell, Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) petrol ihtiyacının gelecek için kaygı yaratacağını -1920'de- öngörmüş³⁵, petrol kaynaklı yaşanacak savaşlara dikkat çekmiştir. Russell'ın öngörülleri, Chaco Savaşı³⁶, Kırım Harekâtı³⁷, Süveyş Krizi³⁸, II. Körfez Savaşı³⁹ gibi örneklerle doğrulanmıştır.

Russell'a göre petrol, su, kömür, demir gibi kaynakların paylaşımı, devletlerin ulusçuluktan beslenen önceliklerine, hoşgörü ve inisiyatifine bırakılamayacak kadar önemlidir.

²⁷ RUSSELL, Siyasal İdealler, s.110.

²⁸ RUSSELL, Siyasal İdealler, s.111.

²⁹ RUSSELL, Siyasal İdealler, s.111-112.

³⁰ RUSSELL, Siyasal İdealler, s.112.

³¹ RUSSELL, Siyasal İdealler, s.114.

³² Sömürgecilik günümüzde tasfiye olmuş; Asya ve Afrika'daki sömürge devletlerin tamamı bağımsızlığını kazanmıştır. ARMAOĞLU, Fahir: 20. Yüzyıl Siyasi Tarihi, 14. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2004, s.420.

³³ Dünyada serbest bölge sayısı, 1970'lerin başında yüz otuz, 1980'de üç yüz altmış ikiyi, 1990'ların ortalarında beş yüzü, 2000'lerde üç bini aşmıştır. VAROL, Fatih: "Dünyada Serbest Bölgeler", (Editör: ORTAKARPUZ, Metehan): Küresel Ekonomide Özel Ekonomik Alanlar; Serbest Bölgeler ve Lojistik Köyler, 1. Baskı, Eğitim Yayınevi, Konya 2020, s.50-52, https://www.researchgate.net/publication/350106480_Dunyada_Serbest_Bolgeler (Erişim Tarihi: 22.07.2021)

³⁴ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.61.

³⁵ "Amerika'nın petrol kaynaklarının ileride tükeneceği düşüncesi, gelecek için kaygı yaratmaktadır.". RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.62.

³⁶ Paraguay-Bolivia arasındaki 1932-1935 Chaco Savaşı, petrol kaynaklıdır. HUGHES, Matthew: "Logistics and the Chaco War: Bolivia versus Paraguay, 1932-1935", The Journal of Military History, 69(2), 2005, p.415, <http://www.latinamericanstudies.org/bolivia/chaco-war.pdf> (Erişim Tarihi: 22.07.2021)

³⁷ II. Dünya Savaşında Hitler'in Kırım hareketinin nedenlerinden biri Kafkasya'daki petrol kaynaklarına ulaşmaktır. ÇINAR, Burak: "İkinci Dünya Savaşı'nda Kırım Yarımadası'na Düzenlenen Harekâtlar ve Kırım'ın Stratejik Değeri", Tarih Araştırmaları Dergisi, 38(66), 2019, s.528-564, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/829430> (Erişim Tarihi: 22.07.2021).

³⁸ Süveyş Kanalı'nın millileştirilerek, Sovyetlerle yakın ilişkileri olan Mısır'ın hakimiyetine girmesi, Körfez devletlerinden petrol alan Avrupa devletleri tarafından tehdit algılanmıştır. SÜMER, Gültekin: "Stratejik İşbirliği ve Stratejik Ortaklık Kavramlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış", Ege Akademik Bakış, 10(2), 2010, s.673, <https://ideas.repec.org/a/ege/journl/v10y2010i2p671-698.html> (Erişim Tarihi: 01.01.2021).

³⁹ ABD'nin Irak'a müdahalesi, petrol kaynaklıdır. ALTIOK, Metin: "Uluslararası Sermayenin Krizi, Hegemonya Savaşları ve Türkiye", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 4(12), 2005, s.161, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/69851> (Erişim Tarihi: 11.01.2021).

BM Güvenlik Konseyi, Irak'ta kitle imha silahları üretildiğini kabul etmiş; ABD bölgeye müdahale etmiştir. YEŞİLBURSA, Behçet Kemal: "Geçmişten Günümüze Irak Meselesi", Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, 29(2), 2009, s.1332, <https://www.meridyenmunazara.org/wp-content/uploads/Irak-Genel-Tarih.-O-1.pdf> (Erişim Tarihi: 11.01.2021).

Müdahaleye Avrupa ve uluslararası örgütler sessiz kalmış, ABD'ye açık bir destek gelmemiş, görece tek başına yürüttüğü operasyonda ABD hedefine ulaşmıştır. CORDESMAN, Anthony H.: "The Middle East and War With Iraq", Center for Strategic and International Studies, November 2001, https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/media/csis/pubs/011130_cord%5B1%5D.pdf (Erişim Tarihi: 02.01.2021)

Bu paylaşımı adilane yapmanın yolu kaynakları yönetecek bir dünya hükümeti⁴⁰ kurmaktır⁴¹.

II. Dünya Savaşı'nın ardından Avrupa'da, Russell'in öngörülleri yönünde gelişmeler yaşanmıştır. İki temel hammadde olan kömür-çelik alanındaki faaliyetleri uluslar üstü bir otoritenin yetkisine devretmek üzere Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) kurulmuştur⁴². 1951 Paris Antlaşması⁴³'yla AKTÇ'yi kuran Fransa, Almanya, Belçika, İtalya, Hollanda, Lüksemburg ortak demir-çelik pazarı oluşturarak, Avrupa bütünleşmesi yolunda ilk adımı atmış; böylece tarihte ilk defa devletler, egemenliklerini -kısmen de olsa- uluslar üstü bir yapıya devretmiştir⁴⁴.

Ancak Russell'a göre, uluslar üstü yapının yerine getireceği fonksiyon, kaynakların paylaşımıyla sınırlı olmamalıdır. Devletler, iç egemenliklerini muhafaza edip dış egemenliklerini devretmeli⁴⁵; üyelerinin oy çokluğuyla karar alan yapı, kanun koyucu ve uygulayıcı olmalı⁴⁶; ordu, donanma, kolluk gücüne sahip olmalıdır. Russell, II. Dünya Savaşı'ndan sonra fiilen ve kısmen uygulanan uluslar üstü sistemin çerçevesini 1910'lu yıllarda çizmiştir.

Uluslararası örgütler 20. yüzyıl itibarıyla olgunlaşmış; en belirleyici örnek 1919'da kurulan ve "evrensel" yetkilere sahip ilk örgüt olan Milletler Cemiyeti (MC) olmuştur⁴⁷. MC'nin I. Dünya Savaşı'ndan galip çıkan devletlerin örgütü olduğunu; ilk amacının, barış anlaşmalarıyla kurulan "yeni dünya düzeni" veya statükoyu korumak olduğunu belirtmek gerekir⁴⁸. Devletler arası ilişkiler döneminin, "uluslararası" ilişkilere dönüşmesinin ilk ciddi, somut örneği olan⁴⁹ ve kuruluşunda "dünya hükümeti" benzetmesinin sık yapıldığı⁵⁰ MC, uluslar üstü değil uluslararası nitelikte; kural olarak oybirliğiyle⁵¹ karar alan bir örgüttü. II. Dünya Savaşı'yla dağılan MC, BM'nin öncüsü olmuştur.

BM'nin kurulmasıyla, uluslararası hukukta klasik egemenlik anlayışına getirilen kısıtlamalar daha belirgin hale gelmiştir. Örgütün yürütme organı fonksiyonu yürüten Güvenlik Konseyi, örgütü bağlayan kararlarını oybirliğiyle değil, veto yetkisine sahip devletlerin⁵² oylarının da içinde bulunduğu "oyçokluğu"yla alabilir. Uluslar üstü değil⁵³, uluslararası nitelikte

⁴⁰ RUSSELL, Bertrand: "1958: Only World Government Can Prevent The War Nobody Can Win", Bulletin of the Atomic Scientists, 76(6), 2020, p.359-362, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00963402.2020.1847482> (Erişim Tarihi: 20.06.2020)

⁴¹ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.66.

⁴² T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı: "Avrupa Birliğinin Tarihçesi", <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=105> (Erişim Tarihi: 01.09.2020)

⁴³ AKÇT'nin öncüsü olan Schuman Planı'na göre Fransa ile Almanya, güvenlik ve ekonomi yönünden anahtar konumdaki demir, çelik kaynaklarını birleştirerek, devletler üstü bir otoriteye devredecektir. 1951 Paris Antlaşması'yla Schuman Planı hedefine ulaşılmış; Fransa ve Almanya'nın yanında, Belçika, İtalya, Hollanda, Lüksemburg'un kaynakları birleşmiştir. ÇAYHAN, B. Esra: "Avrupa Güvenlik ve Savunma Politikası ve Türkiye", Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, (3), 2002, s.44, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423868927.pdf> (Erişim Tarihi: 03.01.2021).

⁴⁴ İktisadi Kalkınma Vakfı: "Avrupa Birliği: Tarihçe", https://www.ikv.org.tr/icerik_print.asp?id=28 (Erişim Tarihi: 09.06.2020)

⁴⁵ RUSSELL, Siyasal İdealler, s.112.

⁴⁶ RUSSELL, Siyasal İdealler, s.112.

⁴⁷ DENK, Erdem: Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi, 2. Bası, Siyasal Kitapevi, Ankara 2019, s.23.

⁴⁸ MC'nin, I Dünya Savaşı'nın galip devletlerinin örgütü olduğu söylenebilir. MC'nin kurucu belgesi olan MC Misakı, I. Dünya Savaşı sonrasında Versailles Konferansı'nda hazırlanmış; Almanya'yla ve diğer mağlup devletlerle yapılan barış anlaşmalarına eklenmiştir. Misak, barış anlaşmalarını imzalayan devletler yanında diğer devletlerin de taraf olabildiği bir belgedir. GÖNLÜBOL, Mehmet: Uluslararası Politika: İlkeler-Kavramlar-Kurumlar. 6. Baskı, Siyasal Yayınevi, Ankara 2014, s.509.

⁴⁹ DENK, s.22.

⁵⁰ DENK, s.86,88.

⁵¹ MC kural olarak oybirliğiyle karar almış ancak bazı konularda oyçokluğu ilkesi de benimsenmiştir, bu yönüyle uluslararası örgütlenme pratiğinde yeni ve önemli bir adım atılmıştır. DENK, s.105-107.

⁵² Güvenlik Konseyi'nin beş daimî üyesi olan Çin, ABD, Fransa, Rusya, İngiltere veto yetkisine sahiptir. Belirli konularda on beş üyenin dokuzunun olumlu oyuyla karar alan Güvenlik Konseyi, beş daimî üyeden herhangi birinin olumsuz oy vermesi halinde -diğer on dört üye olumlu oy verse dahi- karar alamaz. Anılan karar alma yöntem, genel hukuk mantığı ve özede "egemen eşitlik", "eşit oy" ilkeleriyle çelişir. DENK, s.76,186.

⁵³ Günöğür'un tanımıyla uluslar üstü örgüt, "bir antlaşmayla kurulan, üyelerinin egemenlik yetkilerinin bir bölümünün kullanımını örgüte devrettikleri, oyçokluğu ile bağlayıcı hukuk normları belirleyebilen, belirlenen bu hukuk normları örgüte üye devletlerin ulusal hukuklarında doğrudan ya da dolaylı biçimde uygulanan ve hukuksal sonuçlar doğuran bir kuruluştur". GÜNÖĞÜR, s.108.

BM organlarının, üye devletleri kendi rızaları dışında yasal zorlama olanağı bulunmadığından BM "uluslar üstü" değil, "uluslararası" niteliktedir. Zira devletlerin, kararı uygulamaya koymaması halinde "uluslararası sorumluluğu" doğmakla beraber; uluslararası örgütler bünyesinde alınan kararlar, üye devletlerin ulusal hukukunda doğrudan

bir kuruluş⁵⁴ olan BM, kural olarak yasama yetkisine de sahip değildir⁵⁵.

AB ise hem uluslar üstü⁵⁶ hem de uluslararası unsurlar içeren hibrit bir yapıdır. AB, üç sütun üzerine kurulmuştur: “Topluluk Alanı”, “Ortak Dışişleri ve Güvenlik Politikası Alanı”; “Adalet ve İçişleri Alanında İşbirliği Alanı”. Konsey, kararlarını, birinci sütunda kural olarak nitelikli çoğunlukla; diğer sütunlarda ise oybirliğiyle alır, bunun yanında kabul edilen normlar üye devletlerin ulusal hukukunda doğrudan uygulanabilir.

Blokların ordu ve donanma gücü hakkında Russell’ın görüşleri şöyledir: “*Uluslararası otoritenin bir ordusu ve donanması olmalı ve bunlar, yeryüzünde var olan tek ordu ve donanma olmalıdır. Zorun tek meşru kullanımı dünyadaki tüm zor miktarını azaltmak için olmalıdır. Dünyanın tek ordu ve donanmasına sahip bir uluslararası hükümet kurulmalıdır.*”⁵⁷

Russell’ın tezinin günümüzdeki en yakın karşılığı BM⁵⁸, NATO⁵⁹, dağılan Varşova Paktı⁶⁰’dır. AB, NATO’ya bağlı veya bağımsız bir AB ordusu kurmayı da tartışmaktadır. Russell, 1958 tarihli çalışmasında, BM’nin, barış veya savaşla ilgili konularda bir dünya hükümetinin işlevlerini üstlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶¹. NATO, BM, Varşova Paktı gibi oluşumlar Russell’ın ifade ettiği dünya ordusu fikrini tam olarak karşılamaz; zira her devlet, realist bir yaklaşımla kendi ordusunu muhafaza etmeyi sürdürmüştür.

Russell’ın uluslar üstü kollukla ilgili görüşleri şöyledir: “*Özel kişilerin zor kullanmasına engel olmak için polise gereksinim olması gibi, devletlerin yasalara uymayan zor kullanımlarına engel olmak için uluslararası polis gücü gerekecektir.*”⁶² Anılan kolluk sisteminin, günümüzde karşılık bulduğunu söylemek zordur. Şöyle ki, BM Antlaşması m.2’de düzenlenen uluslararası düzeyde kuvvet kullanma yasağının istisnası olan⁶³, uluslararası barış ve güvenliği koruma sorumluluğu çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi’ne verilen yetkiler -içişlerine müdahaleyi ve dahası silahlı kuvvet kullanımını içeren zorlama tedbirleri-, Güvenlik Konseyi’nin uluslararası ilişkiler ve hukuk düzleminde “uluslararası şiddet tekeli”yle donatıldığını gösterir⁶⁴. Bu istisna dışında, NATO, BM ve diğer uluslararası örgütlerin, devletlerin ulusal yetki sahasına giren konularda cebri icra yetkisi yoktur; bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Uluslararası Adalet Divanı (UAD) gibi uluslararası mahkemelerin verdiği kararları zorla icra etme yetkisi, dolayısıyla *adli kolluk sistemi* bulunmaz⁶⁵.

V. ÜÇ KUTUPLU DÜNYA DÜŞÜNCESİ

Russell’a göre dünya üç büyük blok şeklinde yapılanmalı, bu bloklar, hammadde ve kaynaklar yönünden kendine yeten büyük coğrafyaları kapsamalıdır. Devletlerin, bloklar şeklinde örgütlenme gereğini idrak edebilmeleri için, I. Dünya Savaşının ardında bir dünya savaşı daha yaşanacağı düşüncesini, Russell şöyle ifade demiştir: “*Ama dünyamızda öyle bir hava esmektedir ki, nefret duyguları kişisel çıkarlardan daha ağır basar görünüyor. Yine öyle görünüyor ki*

yürürlüğe girmez. GÜNUĞUR, s.106.

⁵⁴ GÖNLÜBOL, s.513.

⁵⁵ Bu kuralın istisnası, Antlaşma’nın VII’nci bölümü hükümleri gereğince Güvenlik Konseyi’nin, bir devletin rızası olmadan, onu bağlayacak zorlama tedbirlerine katılması kararı alabilmesidir. Ancak uyumsuzlukların barışçı yollardan çözülmesiyle ilgili konularda Güvenlik Konseyi bağlayıcı karar alamaz, tavsiye kararı alabilir. GÖNLÜBOL, s.514.

⁵⁶ Uluslararasılık, uluslararası ilişkilere, AB’nin kurulmasıyla gelen bir yeniliktir; birlik bünyesinde, oyçokluğuyla karar alınabilmesi ve üye devletlerin ulusal hukukunda doğrudan etki doğurması, uluslararasılık kavramının ayrıntı unsurlardır. GÜNUĞUR, s.108.

⁵⁷ RUSSELL, Siyasal İdealler, s.113.

⁵⁸ BM, uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla galip devletler tarafından 1945’te kurulmuştur.

⁵⁹ 1949’da kurulan NATO, kolektif savunma örgütüdür. Kuruluş amacı II. Dünya Savaşı sonrasında Almanya’nın yeniden silahlanması karşısında bölgeyi korumak; SSCB’ye karşı Avrupa’nın güvenliğini sağlamak üzere ABD ile ilişki ve iş birliğini geliştirmektir. Üye devletler, ortak savunma ilkesiyle hareket etmeyi taahhüt etmiştir.

⁶⁰ 1955 Varşova Paktı, sekiz sosyalist tarafından kurulan, askerî siyasi birliktir. Avrupa’nın siyasi bakımdan iki bloklu yapısı 1989’da SSCB’nin çökmesiyle; askerî bakımdan iki kutuplu yapısı ise 1 Nisan 1991’de Varşova Paktı’nın dağıtılmasıyla ortadan kalkmıştır.

⁶¹ “*The United Nations, or some similar body, must gradually acquire the functions of a world government in all that concerns peace or war.*”. RUSSELL, B., “1958: Only World Government Can Prevent The War Nobody Can Win”, s.361.

⁶² RUSSELL, Siyasal İdealler, s.113.

⁶³ DENK, s.243.

⁶⁴ DENK, s.230.

⁶⁵ CARRUBBA, Clifford James/GABEL, Matthew Joseph: “Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law”, *Theoretical Inquiries in Law*, 14(2), 2013, p.505-542, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/thin14&collection=journals&id=517&startid=517&endid=554> (Erişim Tarihi: 01.10.2020)

insanlar bu nefret ve düşmanlık duygularından ancak bir yakıp yıkma dönemi daha geçirdikten sonra cayabilecektir.”⁶⁶. Russell’in anılan öngörüsü, II. Dünya Savaşı’yla doğrulanmıştır.

Russell’a göre devletlerin, Avrupa, Asya, Amerika kıtalarında kuracakları bloklar, birbirlerine denk ve kapalı, kendini savunacak, diğerine saldırmayı göze alamayacak güç ve dengede olacaktır⁶⁷. Çatışmaların ekonomik nedenleri ortadan kalkacak, bloklar arası ilişkiler azalacak, karşılıklı silahsızlanma anlaşmaları kolaylaşacak, dış güvenlik ihtiyacı azalırken, iç güvenlik/kolluk ihtiyacı artacaktır.

ABD’nin Amerika kıtasında, Rusya’nın Asya kıtasında, Avrupa’da kurulacak bir diğer organizasyonun Avrupa’da bir blok oluşturacağı yönündeki Russell’in öngörülerini⁶⁸ ile günümüzün uluslararası örgüt yapısının birbiriyle örtüşen yönleri, devam eden alt başlıklarda değerlendirilecektir.

A. Amerika Bloku

ABD’nin, kuzey ve güney Amerika kıtasını içine alacak bir blok kuracağı yönündeki Russell’in öngörüsünde isabet olduğu söylenebilir. 1800’lü yılların başlarında ABD’nin, ‘Amerikan dış politikasının anayasası’ kabul edilen ‘Amerika Amerikalılarında’ ilkesi (Monroe Doktrini⁶⁹) ve içine kapanık dış politikası I. Dünya Savaşı’na kadar sürmüştü⁷⁰; bu dönemden sonra ABD, küresel hâkim güç olma yolunda dış politikasını değiştirirken, kendi kıtasıyla da birlik kurmak üzere adımlar atmıştır. Bu adımlara, Amerikan Devletleri Örgütü, NAFTA, USMCA, FTAA örnek verilebilir.

Simon Bolivar’ın Batı yarımküre devletleri arasında birlik kurma çabaları sonucunda 1826’da düzenlenen Panama Kongresi ardından benzer düşüncelerle 1890’da yapılan İlk Amerika Devletleri Uluslararası Konferansı neticesinde Uluslararası Amerika Cumhuriyetleri Birliği kurulmuş; ardından Birlik, Pan-Amerikan Birliği adını almış; akabinde 1948’de Dokuzuncu Uluslararası Amerikan Konferansı’nda bir araya gelen yirmi bir devlet Amerikan Devletleri Örgütü Şartı’nı kabul etmiş, günümüzde otuz beş üyesi bulunan örgüt 1951’de faaliyete geçmiştir⁷¹. Bu süreçte ABD, Batı yarımküredeki devletler arası ilişkileri yeniden yapılandırmaya, ilişkiler ağını, küresel ve bölgesel gelişmelerle şekillenen yeni siyasi, ekonomik, sosyal koşullara uyarlamaya önyak olmuştur⁷².

1994’te yürürlüğe giren NAFTA, ABD-Meksika-Kanada arasında, kuzey Amerika kıtasını kapsayan bir serbest ticaret bölgesi kurmuştur⁷³. Taraf devletler, mal ve hizmet geçişini kolaylaştırmayı, vergi ve gümrük engellerini kaldırmayı, serbest ticaret alanında adil rekabet koşulları sağlamayı, yatırım fırsatlarını arttırmayı, fikri mülkiyet haklarını korumayı hedeflemişlerdir⁷⁴. NAFTA, Temmuz 2020’de yerini USMCA’ya bırakmış⁷⁵; anılan anlaşmayla, ilişkilerin güçlendirilmesinin yanı sıra; ABD, Kanada, Meksika’dan oluşan kuzey Amerika bölgesinin küresel rekabette güçlenmesi; ekonomik büyümenin, istihdamın, refahın artması

⁶⁶ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.64.

⁶⁷ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.74.

⁶⁸ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.63.

⁶⁹ Monroe Doktrini’ne göre Avrupa, Amerika kıtasındaki sömürge faaliyetlerini sonlandırmalıdır; aksi halde ABD bunu düşmanca bir hareket sayacaktır. ARMAOĞLU, s.69-71.

⁷⁰ KOCAKENAR, Mustafa: “Amerikan Dış Politikasında İdealizm Realizm İlişkisi: Çatışma mı İşbirliği mi?”, Türkiye Asya Stratejik Araştırmalar Merkezi, 2015, s.5, [https://tasam.org/Files/Icerik/File/%C3%87at%C4%B1%C5%9Fma_m%C4%B1_%C4%B0%C5%9Fbirli%C4%9Fi_mi_Amerikan_D%C4%B1%C5%9F_Politikas%C4%B1nda_%C4%B0dealizm_Realizm_%C4%B0li%C5%9Fkisi_by_Mustafa_Kocaknar_S.docx_9194f400-8b77-4b7f-9aa3-7411ce9f0bf4_\(1\).pdf_a8eefa47-79c7-43d5-96be-997a9b805ba1.pdf](https://tasam.org/Files/Icerik/File/%C3%87at%C4%B1%C5%9Fma_m%C4%B1_%C4%B0%C5%9Fbirli%C4%9Fi_mi_Amerikan_D%C4%B1%C5%9F_Politikas%C4%B1nda_%C4%B0dealizm_Realizm_%C4%B0li%C5%9Fkisi_by_Mustafa_Kocaknar_S.docx_9194f400-8b77-4b7f-9aa3-7411ce9f0bf4_(1).pdf_a8eefa47-79c7-43d5-96be-997a9b805ba1.pdf) (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

⁷¹ The Official Website of The Organization of American States: “Our History”, http://www.oas.org/en/about/our_history.asp (Erişim Tarihi: 26.07.2021)

⁷² T.C. Dışişleri Bakanlığı: “Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ)”, <https://www.mfa.gov.tr/amerikan-devletleri-orgutu.tr.mfa> (Erişim Tarihi:26.07.2021)

⁷³ The Official Website of The Department of Homeland Security U.S. Customs and Border Protection: “North American Free Trade Agreement”, <https://www.cbp.gov/trade/nafta> (Erişim Tarihi: 11.02.2020)

⁷⁴ NAFTA: North American Free Trade Agreement Article 101, <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mtpiID=122> (Erişim Tarihi: 05.01.2011)

⁷⁵ The Secretariat Canada-Mexico-United State: “Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA)/United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)”, <https://can-mex-usa-sec.org/secretariat/agreement-acuerdo/index.aspx?lang=eng> (Erişim Tarihi: 11.01.2021).

amaçlanmıştır⁷⁶. FTAA ise Amerika kıtası devletlerinin ekonomilerini birleştirmeye yönelik Aralık 1994'te yapılan Amerika Kıtası Zirvesi'nin ürünüdür. Bölgede bulunan devletler, ticaret önündeki engelleri kaldırarak ortak pazar yaratmak; yatırım, hizmet, tarım, fikri mülkiyet, haksız rekabet gibi alanlarda ortak politikalar geliştirmek için müzakereleri tamamlayarak, serbest ticaret anlaşması yapma sürecine girmişlerdir⁷⁷. 2005'te müzakereler tamamlanarak FTAA'nın kurulması hedeflenmiş ancak süreç askıda kalmıştır⁷⁸. Tüm bu gelişmelerden hareketle, Amerika blokunun henüz oluşumunu tamamlayamadığı söylenebilir.

B. Asya Bloku

Russell'ın Asya bloku için öngörülleri şöyledir:

*“Kendileri de gerçekte Asyalı olan; İran'da Moğolistan'da ve Afganistan'da birlik ve egemenlik kurma yönünden şaşılacak bir yetenek örneği veren Rusya'nın Hindistan ve Çin'le sağlam bir dostluk kurmaları düşünülebilir. Bu durumda Asya'nın bütünü ile Avrupa Rusya'sı uluslararası bakış açısından tek ve sağlam bir bütün olma özelliği kazanabilecektir.”*⁷⁹

1958 tarihli çalışmasında ise Russell, doğunun potansiyel gücünü şöyle vurgulamıştır:

*“Avrupa ve Amerika, kendilerini, gücün yegâne sahibi görmeye alışmışlardır; ancak bu uzun süre devam edemeyecek bir durumdur. Asya, dünya nüfusunun yaklaşık yarısına sahiptir ve çok yakında bunu da aşması muhtemeldir. Çok hızlı sanayileşmekte ve artık Batı kültürünün üstünlüğünü kabul etmemektedir.”*⁸⁰

Russell'ın, Asya kıtasında yer alan devletlerin birleşerek Asya bloku kuracağı yönündeki öngörüsünde isabet vardır. 1991'de kurulan Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT), 2001'de kurulan Şanghay İşbirliği Örgütü (ŞİÖ), 1967'de kurulan ASEAN, Asya blokunu kurmaya yönelik adımlar olarak değerlendirilebilir.

Rusya, Ukrayna, Beyaz Rusya Aralık 1991'de BDT Kuruluş Antlaşması'nı imzalamıştır. Bu anlaşmayla dağılan SSCB devletlerinden on biri⁸¹, BDT'ye katılmış, üçü⁸² dışarda kalmıştır⁸³. Topluluğun coğrafi alanı, dünya kara alanının yaklaşık altıda biri büyüklüğündedir; toplam doğal kaynakların yaklaşık dörtte biri, sanayi potansiyelinin yüzde onu bu bölgede bulunur⁸⁴. Ekonomik Birlik Hakkındaki Anlaşma'yla topluluk bünyesinde ortak pazar oluşturma çabaları devam etmektedir. BDT üyesi bazı devletler, çok yönlü iş birliğine farklı yaklaşımları, sorunlara bölgesel çözüm arayışları gibi nedenlerle, farklı uluslararası organizasyonlar kurmuşlardır. Rusya, Beyaz Rusya, Ukrayna, Kazakistan Eylül 2003'te Ortak Ekonomik Alan Anlaşması'nı (OEA) imzalayarak, serbest ticaret bölgeleri kurmayı, ortak ticaret, gümrük politikaları uygulamayı hedeflemiştir. Beyaz Rusya, Kırgızistan, Kazakistan, Tacikistan, Rusya arasında gümrük birliği kurulmasının ardından ortak ekonomik alan yaratmak amacıyla Mayıs 2001'de Avrasya Ekonomik Topluluğu kurulmuştur.

Asya'da blok oluşturmaya, ekonomi ve savunma alanlarında iş birliği sağlamaya yönelik diğer bir adım, ŞİÖ'dür. Şanghay Beşlisi adıyla anılan Çin, Kazakistan, Rusya, Tacikistan, Kırgızistan 2001'de ŞİÖ'yü kurmuş; Özbekistan, Hindistan, Pakistan'ın katılımıyla örgütün üye sayısı sekize ulaşmıştır. ŞİÖ, gözlemci devletlerin de tam üye olması halinde, Asya kıtasının yaklaşık tamamını kapsayacaktır⁸⁵. Dünya petrol kaynaklarının yarısından fazlasına sahip devletlerden oluşan örgüt, önemli bir güç merkezidir. Ağustos 2007'de Rusya devlet başkanı Putin'in, ŞİÖ Bişkek Zirvesi'nde kullandığı *“Tek kutuplu dünya kabul edilemez.”* ifadesi aynı

⁷⁶ T.C. Ticaret Bakanlığı: “ABD-Meksika-Kanada Anlaşması ile Öngörülen Değişiklikler”, <https://ticaret.gov.tr/blog/ulkelerden-ticari-haberler/meksika/abd-meksika-kanada-anlasmasi-ile-ongorulen-degisiklikler> (Erişim Tarihi: 01.01.2021).

⁷⁷ The Official Website of Free Trade Area of the Americas – FTAA: “The Preparatory Process 1994-1998”, http://www.ftaa-alca.org/View_e.asp#STRUCTURE (Erişim Tarihi: 05.01.2021)

⁷⁸ Amerika kıtası devletleri -Küba hariç- arasında ticaret engellerini ortadan kaldırmayı/azaltmayı hedefleyen FTAA'nın kurulmasına yönelik müzakereler sonuca ulaşmamıştır. The Official Website of Free Trade Area of the Americas – FTAA: http://www.ftaa-alca.org/View_e.asp (Erişim Tarihi: 22.07.2021).

⁷⁹ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.76.

⁸⁰ Russell, B., “1958: Only World Government Can Prevent The War Nobody Can Win.”, s.361.

⁸¹ Ermenistan, Azerbaycan, Belarus, Kazakistan, Kırgızistan, Gürcistan, Moldova, Rusya, Tacikistan, Türkmenistan, Ukrayna, Özbekistan. Gürcistan'ın BDT üyeliği 2009'da resmen sona ermiştir.

⁸² Estonya, Letonya, Litvanya.

⁸³ 2014'te Ukrayna'nın, 2005'te Türkmenistan'ın ayrılması sonucunda, topluluğun üye sayısı dokuza düşmüştür.

⁸⁴ HÜSEYNOV, Fuad: “Bağımsız Devletler Topluluğu'nun Oluşumunun Hukuki Boyutları”, AÜHFD, 52(4), 2003, s.388, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/280/2544.pdf> (Erişim Tarihi: 05.02.2020).

⁸⁵ OKYAR, Onur: “Yükselen Güç Çin”, s.63, <https://dokumen.tips/documents/yuekselen-guec-cin.html> (Erişim Tarihi: 11.01.2021).

hususu vurgular niteliktedir. Putin'in ifadesine göre, ŞİÖ'nün amacı, ABD önderliğinde oluşan batı blokuna karşı ayrı bir blok oluşturmaktır; ŞİÖ'nün, Sovyetler Birliği'nin NATO karşısında kurduğu Varşova Paketi'na benzer bir yapıya dönüşmesi olasıdır⁸⁶.

Asya'da yer alan diğer bir uluslararası örgüt, 1967'de Filipinler, Tayland, Malezya, Singapur, Endonezya tarafından kurulan; Myanmar, Bruney Darussalam, Lao PDR, Kamboçya, Vietnam'ın katılımıyla üye sayısı ona ulaşan ASEAN'dır. Dört buçuk milyon kilometre kareyi kapsayan ASEAN'ın hedefleri, üye devletlerinin ekonomik büyümesine ivme kazandırmak; barış ve istikrar sağlamak; sosyal, kültürel gelişimi arttırmak; tarım, ormancılık, enerji, ticaret, turizm, çevre, finans, yatırım, sağlık, işgücü, kırsal gelişim, hukuk, uluslararası suç, yoksullukla mücadele, telekomünikasyon, ulaştırma gibi konularda iş birliği sağlamaktır⁸⁷.

Özetle, Asya'da çeşitli bloklaşma çabaları süregelmele birlikte; Asya devletlerinin tamamını içine alan yekpare bir yapılanma henüz kurulmamıştır.

C. Avrupa Bloku

Bloklaşma çabaları yönünden en ileri yapı, Avrupa'da kurulmuştur. Russell, Avrupa bloku konusunda iki ihtimal üzerinde durmuştur: *İlki* Avrupa'nın ABD ve Rusya arasında ikiye bölünmesidir; *ikincisi* Avrupa devletlerinin birleşerek *'Birleşik Avrupa Devletleri'*ni kurmasıdır.

İkinci ihtimalde Birleşik Avrupa Devletleri, -Cebeli Tarık Boğazı dahil- bütün Akdeniz'i ve Rusya'nın batısından başlayarak -İngiltere dahil- bütün Avrupa'yı içine alacaktır. Russell'a göre bunun için bazı koşullar sağlanmalıdır. Bunlardan biri Manş Denizi'nde tünel yapılmasıdır ki İngiltere ve Fransa'yı birleştiren Manş Tüneli 1994'te faaliyete geçmiştir. Diğer şart Avrupa'nın ekonomik yönden kendi kendine yetmesi; Akdeniz'in Avrupa gölüne dönüşmesi yani İstanbul ile Çanakkale Boğazlarını (Türkiye Devleti'ni⁸⁸) kapsamasıdır. Anılan şartların oluşması halinde Avrupa, ekonomik yönden kendi kendine yeter, kaynak ihtiyaçlarını karşılayabilir bir blok kurabilir⁸⁹.

Russell'ın Avrupa bloku hakkındaki öngörülerinde isabet vardır. Avrupa devletleri, ABD ve Rusya arasında bölünmemiş; kendi içinde eşgüdüm sağlayarak AB'yi, Russell'ın ifadesiyle *'Birleşik Avrupa Devletleri'*ni kurmuştur.

Avrupa bütünleşmesi fikrinin başlangıcından beri, "federasyon" yapısının hedeflendiğini vurgulamak gerekir. II. Dünya Savaşı'nın ardından Avrupa'nın, iki temel sorununa çözüm aradığı görülür: Savaş sonrasının "yıkık Avrupa"sını kendi ayakları üzerine kaldırmak; Doğu'dan gelen "yayılmacı Sovyet tehdidi"ne karşı siyasi, askeri güvenliği sağlamak. ABD ve SSCB gibi iki gücün "siyasal etkinlik alanı" içinde kalan Batı Avrupa devletlerinin, ekonomik, siyasi güçlerini birleştirmek; "egemenlik kısıtlaması" değil "egemenlik devri" suretiyle önemli yetkilerle

⁸⁶ HEPAKTAN, C.Erdem: "Şangay İşbirliği Örgütü (ŞİÖ) ve Türkiye'nin ŞİÖ ile Gerçekleştirdiği Dış Ticaretin Analizi", MCBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, 15(4), 2017, s.398, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/395870> (Erişim Tarihi: 10.08.2021).

⁸⁷ The Official Website of the ASEAN: <https://asean.org/> (Erişim Tarihi 22.07.2021).

⁸⁸ Türkiye-AB ilişkileri, AET-Türkiye arasında 1964'te yürürlüğe giren Ankara Antlaşması'yla başlamış (T.C. Dışişleri Bakanlığı: "Türkiye-AB İlişkileri", <http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ab-iliskileri.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 09.02.2021)); 1971'de Katma Protokol'le başlayan Gümrük Birliği 1996'da tamamlanmış, 2005'te başlayan tam üyelik müzakere süreci, 2019 itibarıyla fiilen durmuştur.

2018'de yapılan Türkiye-AB Varna Zirvesi'nde, Türkiye Devleti'nin önemi ve adaylığı vurgulanmıştır; AB Konseyi Başkanı Donald Task'ın, ortaklık potansiyelini güçlendirmek, zorlukların üstesinden gelmek için diyalog ve istişareleri sürdürmeye hazır olduklarına dair ifadesi şöyledir: "Our meeting today demonstrated that while our relationship is going through difficult times, in areas where we do cooperate, we cooperate well. We reconfirm our readiness to keep up the dialogue and consultations and to work together to overcome current difficulties with a view to unleashing the potential of our partnership." The Official Website of the Council of the EU and the European Council: "EU-Turkey leaders' meeting in Varna (Bulgaria), 26 March 2018 Main Results", <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2018/03/26/> (Erişim Tarihi: 23.07.2021).

Zirve'yi izleyen sene, Türkiye-AB üyelik müzakerelerinin askıya alınmasını öneren Avrupa Parlamentosu'nun Şubat 2019 tarihli karar tasarısı, AB Dışişleri Komisyonu'nda kabul edilmiştir. AB Genel İşler Konseyi kararı şöyledir: "Konsey, Türkiye'nin AB'den uzaklaşmaya devam ettiğini not eder. 26 Haziran 2018 tarihli kararlarını hatırlatan Konsey, bu nedenle Türkiye'nin katılım müzakerelerinin fiilen durduğunu, başka fasılların açılmasının veya kapanmasının değerlendirilmediğini ve AB-Türkiye Gümrük Birliği'nin güncelleştirilmesine yönelik başka bir çalışmanın öngörülmediğini kaydeder." Avrupa Birliği Resmî Web Sitesi: "Genişleme ile İstikrar ve Ortaklık Sürecine İlişkin Konsey Kararları Genel İşler Konsey toplantısı Brüksel, 18 Haziran 2019", <https://www.avrupa.info.tr/sites/default/files/2019-06/rev-Council%20Conclusions-18%20June%202019-TR.pdf> (Erişim Tarihi: 23.07.2021); T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı: "Türkiye Avrupa Birliği İlişkilerinde Önemli Tarihler (1959-2019)", <https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/kronoloji-trkce-ocak2020.pdf> (Erişim Tarihi: 23.07.2021).

⁸⁹ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.77-78.

donatılmış bir örgüt içinde birleşmek üzere akdettikleri antlaşmaların⁹⁰ bu olgunun bilinciyle kaleme alındığı; kurulan örgütün, “uluslar üstü” nitelik kazandığı görülür⁹¹.

Avrupa devletleri, kömür, çelik hammaddelerini uluslar üstü bir yapıyla kontrol etmek amacıyla 1951’de AKÇT’yi ve takiben AB’yi kurarak Avrupa blokunu oluşturmuştur⁹². Birliğe üye yirmi yedi devlet arasında, parasal birlik⁹³ (Euro), gümrük birliği sağlanmış; tarım, sanayi, enerji, balıkçılık, haksız rekabet, dışişleri, güvenlik, adalet, içişleri, kolluk, hukuk iş birliği gibi birçok konuda ortak politikalar benimsemiştir.

Günümüzde AB, şekli yönünden ne konfederasyon ne de federasyon özelliği taşır; ikisi arasında bir yeredir. Uluslararası antlaşmayla kurulan AB bu yönüyle konfederasyona benzese de tüzel kişiliğe sahip olması yönünden konfederasyondan ayrılarak daha ileri bir düzeye ulaşmıştır. AB karar organı, bazı konularda oy çokluğuyla bağlayıcı kararlar alabilse de AB, federasyon değildir; zira AB’nin kurucu antlaşmaları, anayasal değil akdi niteliktedir. Birliğe üye devletler, uluslararası alanda tüzel kişiliklerini korur, dilediğinde birlikten ayrılabilir. AB Antlaşması m.50/1’e göre “Her üye devlet, kendi anayasal kurallarına uygun olarak Birlik’ten çekilmeye karar verebilir”⁹⁴; keza İngiltere, 31.01.2020’de AB’den resmen ayrılmıştır⁹⁵; bu ayrılık kurucu değil, kurulu iktidar faaliyetidir.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Devletler, birçok yönden birbirleriyle ilişki, bağıllık/bağımlılık içindedir. Gerçekten de uluslararası hukuk, varlığını, devletlerin birbirlerine olan ihtiyaçlarına ve bundan doğan bağıllığa borçludur. Devletler ihtiyaçlarını karşılamak için örgütler kurarak egemenliklerini uluslararası hukuk kurallarıyla sınırlar⁹⁶; yahut kendilerini, kurallardan bağışık tutarak ihtiyaçlarını zor kullanma yoluyla karşılar. Russell, tam bu noktada ilk seçeneği inşa edecek bir düzen *ideali* ortaya koymaktadır.

Russell’a göre hammadde ve kaynak ihtiyacından doğan uluslararası uyuşmazlıkları, çatışma, savaş ve eşitsizliklere yol açmadan çözüme kavuşturmanın, böylece uluslararası hukukun sessizliğine ve etkisizliğine son vermenin yolu, dünyanın, her biri kaynak, savunma bakımından kendine yetecek, büyük coğrafi alanları kapsayacak bloklara ayrılmasıdır. Bu bloklar birbirlerine denk ve kapalı; kendini savunacak, diğerine saldırmayı göze alamayacak güç ve dengede olmalıdır⁹⁷. Böylece çatışmaların ekonomik nedenleri ortadan kalkacak, devletler arası ilişkilere, dış güvenliğe, uluslararası hukuka duyulan ihtiyaç son bulacaktır. Bloklar içinde yer almayan devletlerin tehditlere açıklığı, kırılabilirlikleri sürecek; hazırlıklı devletler, lider bloklar içinde yer alacaktır⁹⁸.

Dünyanın Amerika, Avrupa, Asya olmak üzere üç büyük bloka ayrılacağı yönündeki Russell’ın öngörülerinde isabet vardır. II. Dünya Savaşı’nın ardından dünyanın üç bloka ayrılmakta olduğunu⁹⁹; herhangi bir blokta yer almamış, hammadde ve kaynak yönünden zengin devletlerin, bu kaynaklara ihtiyaç duyanların tehdidi altında olduğunu söylemek mümkündür.

Özellikle 2003 II. Körfez Savaşı, güçlü devletlerin, zayıf devletler üzerinde yaratacağı

⁹⁰ AKÇT’yi kuran Paris Antlaşması, AET’yi ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu’nu (AAET) kuran Roma Antlaşmaları.

⁹¹ GÜNUĞUR, s.106-107.

⁹² AKÇT’nin ekonomik alanda ulaştığı başarı, diğer alanlarda entegrasyon ve siyasal bütünleşme fikrine ivme kazandırmış; ekonomik bütünleşmenin ardından AAET ve AET kurulmuş, 1967 Birleşme (Füzyon) Antlaşması’yla AKÇT’nin ve diğer iki topluluğun yürütme organları birleşmiş; 1993’te Maastricht Antlaşması’yla topluluk AB adını almıştır. ÇAYHAN, s.44.

⁹³ AB’ye üye devletlerin tamamı Euro alanında değildir; bkz. The Official Website of The European Union, “What is The Euro Area?”, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/euro-area/what-euro-area_en (Erişim Tarihi: 26.07.2021)

⁹⁴ T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı: “Avrupa Birliği Antlaşması”, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (Erişim Tarihi: 26.01.2021)

⁹⁵ İngiltere, tek pazarın ve gümrük birliğinin tarafı olmaya devam etmektedir. The Official Website of the European Union: “Questions and Answers on the United Kingdom’s Withdrawal from European Union on 3 January 2020”, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_104 (Erişim Tarihi: 26.01.2021)

⁹⁶ ÖZMAN, s.76.

⁹⁷ RUSSELL/RUSSELL, Endüstri Toplumunun Geleceği, s.74.

⁹⁸ YENAL, Serkan: “Savaş Kavramının Dönüşümü: 1. ve 2. Körfez Savaşı Örneğinde Hibrit Savaşların İncelenmesi”, Kara Harp Okulu Bilim Dergisi, 30(1), Haziran 2020, s.101, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1173696> (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

⁹⁹ Gevşek Bölgesel Bloklar hakkında bkz. GIPLIN, Robert: Uluslararası İlişkilerin Ekonomi Politikası, (Çeviren: DURAN, Murat/OKTAY, Selçuk/CEYHAN, M. Kadir/POLAT, Gürkan), Kripto Yayınları, Ankara 2011, s.481-485.

tehdidin ve kaynak çatışmalarının tipik örneğidir¹⁰⁰. ABD'nin, BM kurallarına ve uluslararası hukukun genel ilkelerine *-pacta sunt servanda* (ahde vefa)- uymadığı konusunda görüş birliği vardır¹⁰¹. Yalın ve tipik bir 'güç' mücadelesi niteliğindeki ABD saldırısı¹⁰², karşısında, uluslararası düzeyde etkili bir eylem, söylem bulmamış; uluslararası hukuk *güçlü* karşısında etkisiz kalmıştır. 11 Eylül sonrası süreç göz önüne alındığında, realizm veya Hobbesçu geleneğin, sahnenin merkezinde olmasa da güncel literatürde ve uygulamada hâkim olduğu söylenebilir¹⁰³.

Uluslararası hukukun, *de facto* güçlüyü bağlamadığını, güçlüyü koruduğunu yahut güçlü lehine sessiz kaldığını gösteren örnekler bulmak için, henüz insan haklarının, hukuk devletinin yerleşmemiş olduğu II. Dünya Savaşı öncesine gitmeye gerek yoktur. Yahudi ve Ruanda kıyımlarının ardından, insan hakları hukukunun geliştiği, bireyin uluslararası hukukun süjesi kabul edildiği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS), Soykırım Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu, AİHM'nin UAD'nin Uluslararası Ceza Divanı'nın kurulduğu, BM ve NATO'nun faaliyet gösterdiği dönemlerde dahi, uluslararası hukukun sessiz, mağduriyetlerin adil tazmininde etkisiz kaldığı örneklere rastlamak mümkündür.

BM'nin başta beş daimî üyesi olmak üzere, üye devletlerin, BM Anlaşması'nın pozitif hükümlerine uygun hareket etmediğini ortaya koyan çok sayıda örnek verilebilir: Sovyetler Birliği'nin Afganistan'ı işgali (1979), İsrail'in Filistin'i ve komşu devletlerin bir kısım topraklarını işgali (1967), ABD'nin Irak'ı işgali (2003) bunlardan bazılarıdır. Anılan örneklerdeki tipik saldırganlık durumlarına rağmen BM, uluslararası hukuku ve ortak güvenlik mekanizmalarını uygula(ya)mamıştır¹⁰⁴. Yine Hocalı katliamı, Srebrenitsa soykırımı bunun tipik örnekleridir.

Uluslararası hukukun ve insan hakları hukukunun *de jure* geliştiği II. Dünya Savaşı'ndan sonra, Avrupa'da yaşanmış en büyük katliam ve hukuki düzeyde kabul edilmiş ilk ve tek soykırım olması açısından önem arz eden Srebrenitsa soykırımı¹⁰⁵ karşısında UAD'nin, AİHM'nin verdiği kararlar, uluslararası hukukun etkisizliğini ortaya koymak bakımından incelemeye değerdir. Srebrenitsa'da yaşananlar karşısında devletlerin ve uluslararası örgütlerin sessizliği ile; Srebrenitsa soykırımında sağ kalanların ve ölen yakınlarının adil tazmin talepleri hakkında verilen ulusal ve uluslararası mahkeme kararları birlikte tahlil edildiğinde, uluslararası hukukun etkisizliği görülür.

UAD'nin soykırımı kabul etmesi ancak hiçbir devleti ve uluslararası örgütü sorumlu

¹⁰⁰ YENAL, s.100.

¹⁰¹ "If we examine the literature on putative US ambivalence or hostility toward international law, we find occasional claims that the US has failed to comply with international legal rules that it had accepted as binding, most notably with respect to the use of force (*ius ad bellum*, e.g., the invasion of Iraq in 2003, and other military actions including the mining of Nicaraguan harbors and the invasion of Grenada in the 1980s, the bombing of Kosovo [together with its NATO allies] in 1999, and the use of unmanned aerial vehicles to kill suspected terrorists) and international humanitarian law (*ius in bello*, including the treatment, and suspected torture, of prisoners; the denial of Geneva Convention rights to Taliban and al Qaeda detainees; and the accidental killing of civilians in US military actions around the world)." POLLACK, Mark A.: "Who Supports International Law, And Why?: The United States, The European Union, And The International Legal Order", International Journal of Constitutional Law, 13(4), October 2015, p.873-900, <https://academic.oup.com/icon/article/13/4/873/2450819> (Erişim Tarihi: 05.09.2020)

Uluslararası hukukun ABD'nin çıkarlarını koruduğu hakkında diğer bir çalışma için bkz. PICCONE, Ted: "Why International Law Serves U.S. National Interests". The Justice Stephen Breyer Lecture Series on International Law, April 2017, <https://www.brookings.edu/research/why-international-law-serves-u-s-national-interests/> (Erişim Tarihi: 10.09.2020).

¹⁰² GÖZEN, Ramazan: "Uluslararası İlişkilerde Güç ve Adalet", Muhafazakar Düşünce Dergisi, 4(15), 2008, s.223, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/muhafazakar/issue/55767/763369> (Erişim Tarihi: 13.03.2021).

¹⁰³ BAYLIS, John: "Uluslararası İlişkilerde Güvenlik Kavramı", Uluslararası İlişkiler Dergisi, 5(18), 2008, s.85, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/uidergisi/issue/39260/462353> (Erişim Tarihi: 07.03.2021).

¹⁰⁴ GÖZEN, "Uluslararası İlişkilerde Güç ve Adalet", s.218-219.

¹⁰⁵ Srebrenitsa soykırımı, Yugoslavya iç savaşında, BM'nin Srebrenitsa'yı güvenli bölge ilan etmesine, Hollanda askerlerinin varlığına karşın, Sırp birimlerin saldırısı esnasında yaşanan, binlerce sivil kadın çocuk Bosnalımlı ölümüyle sonuçlanan olaydır.

tutmaması¹⁰⁶; bunun yanında ne UAD¹⁰⁷'nin ne ulusal mahkemelerin¹⁰⁸ ne de AİHM¹⁰⁹'nin soykırım mağdurları lehine maddi/manevi tazminata hükmetmesi dikkat çekicidir. Srebrenitsa soykırımı karşısında uluslararası hukukun ulaştığı sonuç özetle şudur: Soykırım vardır, sorumlu devlet yoktur¹¹⁰; mağdurlar vardır, tazminat yoktur.

Öyle görünüyor ki, anılan örnekler özelinde, *idealizm* iddiasında olan uluslararası örgütlere rağmen ne savaş, eşitsizlik önlenememiş ne de uluslararası hukuk adil tazmin taleplerine karşılık verebilmiştir. Mevcut modernist paradigma, uygulamalar ve buna dayalı kurum, kural ve ilkelerin yarattığı sistem, *ikna edici düzeyde*¹¹¹, anlamlı bir idealizm üretmemiştir¹¹². Bunun yanında 1648'e dayanan Vestfalyan egemen eşitliğin günümüzdeki ana sembolü iddiasında olan BM'nin yapısı ve işlevinin de bu ideali karşılayamadığını¹¹³; BM Güvenlik Konseyinde veto yetkisiyle donatılmış daimî üyelerin sahip olduğu ayrıcalığın "eşitler, daha eşitler, daha da eşitler" sistemi yarattığını not etmek gerekir¹¹⁴.

Anılan örnekler, uluslararası hukukun etkisizliği tezini güçlendirmiştir. Ancak Russell, eşitsizlik, uyumsuzluk, savaşların sebebini, sadece hammadde ve kaynakların paylaşımına bağlayarak yanılmıştır. Ulusçuluk yahut ırkçılık da II. Dünya Savaşı ardından yaşananları açıklamaya yetmez. Srebrenitsa'da Boşnakların, Hocalı'da Azerilerin, II. Körfez savaşında Irak halkının, Çin'de Uygur Türklerinin ölümünün, dahası IŞİD vb. örgütlerin terörünün *tek sebebi* kaynaklara ulaşmak değildir. Ulusçuluk, kaynak ihtiyacı gibi unsurların yanı sıra, örtülü de olsa "din" unsuru¹¹⁵, uluslararası hukukun etkisizliğinde, eşitsizlik ve şiddette belirleyici bir etken

¹⁰⁶ UAD, Bosna Hersek/Sırbistan Karadağ kararında, Srebrenitsa'da Bosnalı Müslüman grubu kısmen yok etme özel kastıyla (*dolus specialis/specifis intent*), VRS örgütü eylemlerinin soykırım niteliğinde olduğuna *ancak* eylemlerin hukuku/fiilen devlete bağlanamayacağından devletin soykırımdan sorumluluğunun doğmayacağına karar vermiştir (UAD Kararı: Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, p.390-395 <http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 01.08.2017). Kararın tahlili için bkz. DEMİR, Hande Seher: Ermeni Meselesinin Hukuki Boyutu, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.370.

¹⁰⁷ UAD'nin, mağdurların adil tazmin talebi hakkındaki kararı dikkat çekicidir. UAD, Sırbistan Karadağ'ın suç engelleme ve suçluları cezalandırma yükümlülüklerini ihlal ettiğine *ancak* maddi tazminatın uygun bir tazmin olmayacağına, *soykırımın varlığı yönünde verilen kararın, başvuranın tatmin talebini zaten karşıladığına* karar vermiştir. (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, p.462-463.) DEMİR, s.370.

¹⁰⁸ UAD kararının ardından, soykırım mağdurları adil tazmin taleplerine devam etmiş; soykırımda yakınlarını kaybedenler tarafından kurulan Srebrenitsa Anneleri Vakfı ve soykırımında hayatta kalan kişiler, 2007'de Hollanda mahkemelerinde, Hollanda ve BM aleyhine dava açarak, tazminat talep etmiştir¹⁰⁸. Hollanda yargısı, Hollanda'nın soykırımı engelleme yükümlülüğünün bulunmadığına, BM aleyhindeki iddialar hakkında yargı yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. AİHM Kararı: Stichting Mothers of Srebrenica and Others/Netherlands, App.No. 65542/12, 11.06.2013, p.54,85.

¹⁰⁹ Soykırım mağdurları AİHM'ye başvurarak BM'ye tanınan yargı bağımsızlığının ve Hollanda yargı kararlarının, AİHS m.6'da korunan mahkemeye erişim haklarını ihlal ettiğini (Stichting Mothers of Srebrenica and Others/Netherlands, p.112); ayrıca Hollanda'nın, tüm suçlamaları yargı bağımsızlığına sahip BM'ye devretmesinin AİHS m.13'de korunan etkili başvuru hakkını ihlal edildiğini iddia etmiştir(p.113). AİHM, BM hakkındaki iddiaları değerlendirmeye yetkili bir yargı mercii'nin bulmadığını kabul etmiş(p.163); ancak BM'ye tanınan yargı bağımsızlığının, mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediğini; eylem ve ihmallerine yönelik iddiaların BM tarafından çözüme kavuşturulmamasının Hollanda'nın sorumluluğunu doğurmayacağını belirterek (p.165) başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. AİHM, BM'nin yargı bağımsızlığına sahip olduğunu (p.147-148.); bu bağımsızlığın meşru bir amaca hizmet ettiğini, oranısız olmadığını (p.169-170.) ifade etmiştir. Karar değerlendirilmesi için bkz. Demir, s.372.

¹¹⁰ Bunun yanında, Bosna-Hersek'te ve özelde Srebrenitsa'da yaşanan olaylarla ilgili suç isnat edilen gerçek kişilerin *bireysel cezai sorumluluğuna* dair yargılama yapan Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1993-2017 yılları arasında yüz altmış bir davaya bakmış, doksan kişi için mahkûmiyet kararı vermiştir. ÇAKIRCA, Burak: "Uluslararası Hukukun Eksik Uygulanışına Bir Örnek: Bosna-Hersek'te Uluslararası Toplumun Müdahaleleri", Akademik İncelemeler Dergisi, 15(2), 2020, s.585, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/790009> (Erişim Tarihi: 24.07.2021).

Bireylerin eylemleri bireysel cezai, hukuki sorumluluk doğururken, idare ve hükümet edenlerin eylemleri devletin soykırımdan sorumluluğunu doğurur; Srebrenitsa soykırımında, bireylerin eylemleri devlete bağlanamayacağına, devletin sorumluluğunun doğmayacağına karar verilmiştir. DEMİR, s.303.

¹¹¹ NATO'nun Kosova'ya müdahalesi gibi olumlu örnekleri not etmek gerekir. 1999'da şiddetlenen Kosova sorunu, Kosova Kurtuluş Ordusu(UÇK) tarafından yürütülen harekatlara Sırbistan'ın sert karşılığı, ardından NATO'nun Sırbistan'a havadan müdahale etmesi, karadan müdahale tehdidi neticesinde, Sırp güçlerinin Kosova'dan çekilmesi ve NATO Barış Gücü'nün Kosova'ya girmesi olayları çerçevesinde cereyan etmiştir. Ardından BM Güvenlik Konseyi, Kosova'da, BM himayesinde bir sivil güvenlik varlığı tesis etmiş; etnik temizlik durmuş, sığınmacılar ve yerinden edilenler geri dönmüştür. BAYILIOĞLU, Uğur: "Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi", AÜHF, 62(2), 2013, s.409-410, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1811/19110.pdf> (Erişim Tarihi: 31.07.2021)

¹¹² GÖZEN, s.125.

¹¹³ Gönlübol'a göre örgütün, "egemen eşitlik" iddiası gerçeklere ters düşmektedir. GÖNLÜBOL, s.514-515.

¹¹⁴ DENK, s.180.

¹¹⁵ Dünyada yükselen islamofobi hakkındaki şu görüşleri belirtmek gerekir:

olarak karşımıza çıkar.

Uluslararası arenada “uluslararası şiddet tekeli”ne sahip BM Güvenlik Konseyi, 1990’lı ve 2000’li yıllarda özellikle Müslüman topluluklar ve/veya Afrikalı mağdurlara yönelik kitlesel kıyımların yaşandığı kriz bölgelerinin birçoğunda, insani müdahale yetkisini kullanmak yerine, sessiz kalmayı veya müdahale etmekte geç kalmayı tercih etmiştir. Konsey, Ruanda kıyımına (1994), Srebrenitsa soykırımına (1992-1995), Çeçenistan’daki etnik temizlik ve devlet terörüne (1994-96;1999-2009), 1991’de Cezayir askeri darbesi sonrası sivillere yönelik devlet terörüne (1991-2002), Suriye’de sivillere yönelik devlet terörüne (2011-) seyirci kalmıştır. Bu insani kriz bölgelerinden -iç savaş gerekçesiyle- uzak duran Konsey, devletler ve/veya paramiliter gruplarca işlenen insanlık suçları karşısında, insani müdahale kapsamında harekete geçebilecekken

Avrupa’da islamofobi araştırmaları yapan, İslam Konferansı Örgütü ve diğer uluslararası kuruluşların raporları, Avrupa ve ABD’de İslam ve Müslümanlara karşı ayrımcılığa, hoşgörüsüzlüğe dayalı yeni bir ırkçılık olan islamofobinin ortaya çıkarak büyümesi konusunda dünyayı uyarmıştır. “*Sadly, in recent years the reports of the Organization of the Islamic Conference and other international organizations, including Western institutions monitoring Islamophobia in Europe, have warned the world of the emergence and continued growth of Islamophobia, a new form of racism in Europe and the United States based on discrimination and intolerance of Islam and Muslims.*”. ESPOSITO, John L./KALIN, İbrahim: *Islamophobia: The Challenge of Pluralism in the 21st Century*, Oxford University Press, New York 2011, p.viii.

ABD ve Avrupa’da yayılan islamofobi konusunda şu ifadeler dikkat çekicidir: Büyük devletler, varlıklarını sürdürmek için şiddete ihtiyaç duyar; modern dönemde bu şiddet ırksal bir karakter kazanmıştır. Bazı akademisyenlere göre islamofobi, biyolojik değil kültürel ırkçılık meselesidir; bedensel farklılıklardan ziyade kültürel (kıyafet, ritüeller, diller vb.) farklılığı hedef alır. 1979 İran devriminden bu yana, ABD dış politikası için Ortadoğu, ABD’ye ve müttefik İsrail’e karşı direnen sorunlu bir bölge kabul edildi. “İslami tehdit” fikri, ABD yönetici seçkinlerin kolektif bilinçaltı haline geldi; Avrupa’da, yeni bir ideolojik düşman inşa etmek için kullanıldı. ABD ve Avrupa’da kök salan “sorun bizim siyasetimiz değil onların kültürüdür” paradigması; Arapların fanatik olduğu, Müslümanlığın şiddete meyilli olduğu ön kabulü üzerine inşa edildi. Bu paradigmanın, Filistin ulusal hareketini, işgale karşı direniş kabul etmemesi doğaldı. “Terörizm”, “aşırılıkçılık”, “radikalleşme” kelimeleri, Müslümanları fanatik şiddetle ilişkilendirmek için seçici kullanıldı; Müslümanlara yönelik şiddet normalleştirildi. ABD islamofobisine göre Müslüman muhalefetin siyasetten arındırılması; “İslam” ile “Batı” arasındaki kültürel çatışmanın doğal gereğidir; Afganistan, Irak, Pakistan, Filistin, Somali, Yemen vb. bölgelerde yaşanan şiddet olağandır. Emperyalist dış politikalara kılıf sağlamak amacıyla, batılı seçkinler tarafından “Müslüman tehdidi” fikri üretildi; bu fikri destekleyen sistematik ve bilinçli raporlar, analizler yayımlandı. Müslüman karşıtı ırkçılık sadece bir dizi fikir değildir; ulusal ve uluslararası uygulamalarla somutlaşmıştır; “Teröre Karşı Savaş” döneminde oldukça etkili şekilde kullanılmıştır. “*All empires require violence to sustain themselves. In modern times, that violence always takes on a racial character.*(p.35) ... *For some scholars, Islamophobia is a matter of cultural racism, as opposed to biological racism; it attaches to signs of cultural difference rather than visible bodily differences.*(p.38) ... *Since at least the 1979 Iranian revolution, the US foreign policy establishment has regarded the Middle East as the most troublesome territory in its mental map of the world, a region where resistance to empire seems to be especially strongly felt, particularly against the US key regional ally, Israel. As such, a belief in an ‘Islamic threat’ has become a kind of collective unconscious of the US ruling elite. In the final years of the Cold War and its aftermath, the European colonial legacies of Orientalism were drawn on as a repository of myths to construct a new ideological enemy (Saïd, 1978). Rather than see the Palestinian national movement as rooted in a struggle against military occupation, it has been more convenient to think that Arabs are inherently fanatical: in other words, the problem is ‘their’ culture, not ‘our’ politics. With the War on Terror, that rhetoric was applied to Muslims as a whole: their religion seen as somehow especially prone to violence. The vocabulary of ‘terrorism’, ‘extremism’ and ‘radicalisation’ is selectively applied in order to system-atically associate Muslims with fanatical violence. The US government’s own violence – torture, drone strikes, military occupations and so on – could then be more easily normalised. The US Islamophobia thus involves, among other things, the depoliticisation of Muslim opposition to empire, a culturalist naturalising of conflict between ‘Islam’ and the ‘West’, and a dehumanising legitimisation of violence against Muslims, producing a vast death toll in Afghanistan, Iraq, Pakistan, Palestine, Somalia, Yemen and elsewhere.*(p.35) ... *On this view, ideas of a Muslim threat have been systematically and consciously circulated by Western ruling elites in order to provide cover for imperialist foreign policies. Prima facie evidence for such an analysis can easily be found in the discourses emanating from neoconservative think tanks and Islamophobic propagandists and their influence on media discourse (Bail, 2012). And it is possible to demonstrate that neoconservatives believe in the need to invent enemies as a way to bind society together, that their alliance with the Israeli right means Islam is a plausible candidate for this role and that their ideas about Islam have been propagated by a US Islamophobia industry funded with at least \$40 million between 2001 and 2009.*(p.39-40) ... *This points to the way that anti-Muslim racism is not just a set of ideas but also inheres in state practices, both domestically and internationally.* (p.43) KUNDNANI, Arun: “Islamophobia as Ideology of US Empire”, (Edited By: MASSOUMI, Narzanin/MILLS, Tom/MILLER, David): *What Is Islamophobia?: Racism, Social Movements and the State*, Pluto Press, London 2017, p.35-48.

While modern racism is of a completely different character than the xenophobic and prejudicial attitudes held in medieval Europe, not least because the modern nation-state has been able to institutionalise racist practices in ways that far exceed those of earlier societies, there are precursors to the current ideological construction of the Muslim as enemy that demonstrate that contemporary Islamophobia is part of a much longer, albeit contradictory, historical lineage. In particular, the idea of Islam as inherently violent, whose origins lie in the Crusades, has been drawn upon quite effectively in the era of the War on Terror.(p.54) KUMAR, Deepa: “Islamophobia and Empire: An Intermestic Approach to the Study of Anti-Muslim Racism”, (Edited By: MASSOUMI, Narzanin/MILLS, Tom/MILLER, David): *What Is Islamophobia?: Racism, Social Movements and the State*, Pluto Press, London 2017, p.49-73.

geçmemiştir. Konsey, 2002’de Doğu Timor’u bağımsızlığa götüren kararları birbiri ardına almış; bu türden bir gayreti, ne Filistin topraklarının İsrail işgalinden, ne de Azeri topraklarının Ermeni işgalinden kurtarılması için göstermiştir. Saldırı/saldırganlık olarak tanımlanabilecek barış ihlâli durumlarında birbirine zıt tutumlar sergileyen Konsey, örneğin 1990’da Irak’ın Kuveyt’i işgalinde derhal toplanıp uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye düşürdüğünden hareketle işgale son vermek amacıyla art arda etkili kararlar alırken; 2006’da İsrail’in Lübnan’a saldırısı karşısında sessiz kalmış akabinde İsrail saldırganlığını açıkça kınamaktan kaçınmış; Etiyopya’nın Somali’yi işgaline seyirci kalmıştır. Barışı tehditten ne anlaşılacağı konusunda, Konsey’in kullandığı, denetlenmesi zor geniş takdir yetkisindeki tutarsızlık, Konsey’in güvenilirliğini zedeleyerek meşruiyetine gölge düşürmektedir.¹¹⁶

Son tahlilde, uluslararası düzeyde kaydedilen, organik ve fonksiyonel gelişmeler, büyük ölçüde Russell’in öngörülerine uygun seyretmiştir. Dünyada blokların kurulması yönünde gelişmeler yaşanmış, kaynakların ortak kullanımı, ortak savunma politikaları, gümrük birlikleri, serbest ticaret bölgeleri gibi konularda devletler arası iş birliği güçlenmiştir. Lakin ulaşılan sonuç, Russell’in umduğu barış, eşitlik idealini sağlamaya yetmemiştir.

Bertrand Russell’in çözüm önerilerinin savaşları sonlandıracağı düşüncesi bir kenarda saklı tutularak, esasen savaşların perde arkası boyutlarının paylaşımından kaynaklanan soruna indirgenerek izah edilemeyecek kadar karmaşık olduğu ifade edilebilir; bunların yanı sıra önerilen federal devlet yapılanmasının çözüm olabileceğini düşünmek, ‘iyimser’ bir yaklaşım olarak da görülebilir.

Kurulan uluslararası örgütlere ve insan hakları antlaşmalarına rağmen, devletleri yöneten beşerî iradenin popülistliği, güç ve egemenlik anlayışları, ulusal çıkarlar, dinî yaklaşımlar, küresel sermayenin amaçları; soykırım, şiddet ve eşitsizlik üretmeyi sürdürmüştür. Uluslararası hukuk uygulayıcılarının, güçlü karşısında sessiz, ‘koruma çemberine girmeyenler’ karşısında etkisiz tutumu günümüzde halen sürmektedir. Bu olgu karşısında;

Realistler şöyle diyecektir:

• *Bu beklenen bir sonuçtur*; zira uluslararası barış, hukuk, eşitlik, paylaşım bir ‘ütopyadır’. Uluslararası organizasyonlar, idealist amaçlara hizmet etmez. Anarşi, bakidir. Kuvvet, mücadele ortamında güç sahibi olmayan yok olur; bardak boştur.

İdealistler ise şöyle diyecektir:

Bu beklenen bir sonuçtur; zira organik ve fonksiyonel yönlerden uluslararası alanda ulaşılan düzey halen ‘ideal’ değildir. Bireylerin, toplumların, devletlerin iş birliğiyle kuracağı uluslararası düzen, kalıcı eşitlik ve barış sağlayabilir; bardak doludur.

¹¹⁶ Tüm paragraf için bkz. ARAL, Berdal: Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik, Seta Yayınları, Ankara 2013, s.18-19

KAYNAKÇA

- AİHM Kararı: Stichting Mothers of Srebrenica and Others/Netherlands, App.No. 65542/12, 11.06.2013.
- ALTIOK, Metin: “Uluslararası Sermayenin Krizi, Hegemonya Savaşları ve Türkiye”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 4(12), 2005, s.151-173. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/69851> (Erişim Tarihi: 11.01.2021).
- ARAL, Berdal: Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Eşitsizlik, Seta Yayınları, Ankara 2013, https://books.google.com.tr/books?id=NoDHAqAAQBAJ&pg=PA17&lpg=PA17&dq=bm+g%C3%BCvenlik+konseyi+cebri+icra+yetkisi&source=bl&ots=Y2gCTlndMR&sig=ACfU3U1aUqXXtRfIRJ11llegvaezAfwL_w&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKewjLnPGZrabyAhXCgf0HHT9kBqIQ6AF6BAgLEAM#v=onepage&q&f=false (Erişim Tarihi: 12.08.2021).
- ARMAOĞLU, Fahir: 20. Yüzyıl Siyasi Tarihi, 14. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2004.
- Avrupa Birliği Resmî Web Sitesi: “Genişleme ile İstikrar ve Ortaklık Sürecine İlişkin Konsey Kararları Genel İşler Konsey Toplantısı Brüksel, 18 Haziran 2019”, <https://www.avrupa.info.tr/sites/default/files/2019-06/rev-Council%20Conclusions-18%20June%202019-TR.pdf> (Erişim Tarihi: 23.07.2021).
- BAYLIS, John: “Uluslararası İlişkilerde Güvenlik Kavramı”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, 5(18), 2008, s.69-85, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/uidergisi/issue/39260/462353> (Erişim Tarihi: 07.03.2021).
- BAYILLIOĞLU, Uğur: “Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi”, AÜHFD, 62(2), 2013, s.407-440, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1811/19110.pdf> (Erişim Tarihi: 31.07.2021).
- CARRUBBA, Clifford James/GABEL, Matthew Joseph: “Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law”, Theoretical Inquiries in Law, 14(2), 2013, p.505-542, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/thinla14&collection=journals&id=517&startid=517&endid=554> (Erişim Tarihi: 01.10.2020).
- CORDESMAN, Anthony H.: “The Middle East and War With Iraq”, Center for Strategic and International Studies, November 2001, https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/media/csis/pubs/011130_cord%5B1%5D.pdf (Erişim Tarihi: 02.01.2021).
- ÇAKIRCA, Burak: “Uluslararası Hukukun Eksik Uygulanışına Bir Örnek: Bosna-Hersek’te Uluslararası Toplumun Müdahaleleri”, Akademik İncelemeler Dergisi, 15(2), 2020, s.561-596, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/790009> (Erişim Tarihi: 24.07.2021).
- ÇAYHAN, B. Esra: “Avrupa Güvenlik ve Savunma Politikası ve Türkiye”, Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, (3), 2002, s.42-55, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423868927.pdf> (Erişim Tarihi: 03.01.2021).
- ÇINAR, Burak: “İkinci Dünya Savaşı’nda Kırım Yarımadası’na Düzenlenen Harekâtlar ve Kırım’ın Stratejik Değeri”, Tarih Araştırmaları Dergisi, 38(66), 2019, s.528-564, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/829430> (Erişim Tarihi: 22.07.2021).
- DEMİR, Hande Seher: Ermeni Meselesinin Hukuki Boyutu, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- DENK, Erdem: Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi, 2. Bası, Siyasal Kitapevi, Ankara 2019.
- ERSOY, Eyüp: “Realizm”, (Derleyen: GÖZEN, Ramazan): Uluslararası İlişkiler Teorileri, 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s.165-196.
- ESPOSITO, John L./KALIN, İbrahim: Islamophobia: The Challenge of Pluralism in the 21st Century, Oxford University Press, New York 2011.
- FALK, Richard A.: Status of Law in International Society, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1970.
- GIPLIN, Robert: Uluslararası İlişkilerin Ekonomi Politikası, (Çeviren: DURAN, Murat/OKTAY, Selçuk/CEYHAN, M. Kadir/POLAT, Gürkan), Kripto Yayınları, Ankara 2011.
- GÖNLÜBOL, Mehmet: Uluslararası Politika: İlkeler-Kavramlar-Kurumlar. 6. Baskı, Siyasal Yayınevi, Ankara 2014.
- GÖZEN, Ramazan: “Uluslararası İlişkilerde Güç ve Adalet”, Muhafazakâr Düşünce Dergisi, 4(15), 2008, s.209-229, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/muhafazakar/issue/55767/763369> (Erişim Tarihi: 13.03.2021).
- GÖZEN, Ramazan (Derleyen): Uluslararası İlişkiler Teorileri, 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.
- GÜNÜĞÜR, Haluk: “Avrupa Birliği Hukukunun Uluslararası (Supranasyonal) Niteliği”, ATAUM Yayınları, 30 Yıl Armağanı, Ankara 2018, s.105-128, <http://ataum.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/209/2018/12/Gunugur-30.-Yil-Armagani.pdf> (Erişim Tarihi: 25.07.2021).
- HEPAKTAN, C.Erdem: “Şangay İşbirliği Örgütü (ŞİÖ) ve Türkiye’nin ŞİÖ ile Gerçekleştirdiği Dış Ticaretin Analizi”, MCBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, 15(4), 2017, s.395-410, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/395870> (Erişim Tarihi: 10.08.2021).
- HOROWITZ, Irving Louis: “Bertrand Russell on War and Peace”, Science&Society, 21(1), Winter 1957, p.30-51, https://www.jstor.org/stable/40400481?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim

- Tarihi: 21.01.2021).
- HUGHES, Matthew: “Logistics and the Chaco War: Bolivia versus Paraguay, 1932-1935”, *The Journal of Military History*, 69(2), 2005, p.411-437, <http://www.latinamericanstudies.org/bolivia/chaco-war.pdf> (Erişim Tarihi: 22.07.2021).
- HÜSEYNOV, Fuad: “Bağımsız Devletler Topluluğu'nun Oluşumunun Hukuki Boyutları”, *AÜHFD*, 52(4), 2003, s.387-401, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/280/2544.pdf> (Erişim Tarihi: 05.02.2020).
- İktisadi Kalkınma Vakfı: “Avrupa Birliği: Tarihçe”, https://www.ikv.org.tr/icerik_print.asp?id=28 (Erişim Tarihi: 09.06.2020).
- KESKİNSOY, Ömer: *Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku*, 5. Bası, Monopol Yayınları, Ankara 2020.
- KOCAKENAR, Mustafa: “Amerikan Dış Politikasında İdealizm Realizm İlişkisi: Çatışma mı İşbirliği mi?”, *Türkiye Asya Stratejik Araştırmalar Merkezi*, 2015, [https://tasam.org/Files/Icerik/File/%C3%87at%C4%B1%C5%9Fma_m%C4%B1_%C4%B0%C5%9Fbirli%C4%9Fi_mi_Amerikan_D%C4%B1%C5%9F_Politikas%C4%B1nda_%C4%B0dealizm_Realizm_%C4%B0li%C5%9Fkisi_by_Mustafa_Kocakendar_S.docx_9194f400-8b77-4b7f-9aa3-7411ce9f0bf4_\(1\).pdf_a8eefa47-79c7-43d5-96be-997a9b805ba1.pdf](https://tasam.org/Files/Icerik/File/%C3%87at%C4%B1%C5%9Fma_m%C4%B1_%C4%B0%C5%9Fbirli%C4%9Fi_mi_Amerikan_D%C4%B1%C5%9F_Politikas%C4%B1nda_%C4%B0dealizm_Realizm_%C4%B0li%C5%9Fkisi_by_Mustafa_Kocakendar_S.docx_9194f400-8b77-4b7f-9aa3-7411ce9f0bf4_(1).pdf_a8eefa47-79c7-43d5-96be-997a9b805ba1.pdf) (Erişim Tarihi: 01.01.2021).
- KUMAR, Deepa: “Islamophobia and Empire: An Intermestic Approach to the Study of Anti-Muslim Racism”, (Edited By: MASSOUMI, Narzanin/MILLS, Tom/MILLER, David): *What Is Islamophobia?: Racism, Social Movements and the State*, Pluto Press, London 2017, p.49-73.
- KUNDNANI, Arun: “Islamophobia as Ideology of US Empire”, (Edited By: MASSOUMI, Narzanin/MILLS, Tom/MILLER, David): *What Is Islamophobia?: Racism, Social Movements and the State*, Pluto Press, London 2017, p.35-48.
- MASSOUMI, Narzanin/MILLS, Tom/MILLER, David (Edited By): *What Is Islamophobia?: Racism, Social Movements and the State*, Pluto Press, London 2017.
- NAFTA: North American Free Trade Agreement Article 101, <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mtpID=122> (Erişim Tarihi: 05.01.2011).
- OKYAR, Onur: “Yükselen Güç Çin”, <https://dokumen.tips/documents/yuekselen-guec-cin.html> (Erişim Tarihi: 11.01.2021).
- VAROL, Fatih: “Dünyada Serbest Bölgeler”, (Editör: ORTAKARPUZ, Metehan): *Küresel Ekonomide Özel Ekonomik Alanlar; Serbest Bölgeler ve Lojistik Köyler*, 1. Baskı, Eğitim Yayınevi, Konya 2020, s.47-66, https://www.researchgate.net/publication/350106480_Dunyada_Serbest_Bolgeler (Erişim Tarihi: 22.07.2021).
- ÖZDEMİR, Haluk: “Uluslararası İlişkilerde Güç: Çok Boyutlu Bir Değerlendirme”, *AÜSBFD*, 63(03), 2008, s.113-144, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/article/42660> (Erişim Tarihi: 13.03.2021).
- ÖZMAN, M. Aydoğan: “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, *AÜHFD*, 21(1), 1964, s.53-121, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/632383> (Erişim Tarihi: 15.12.2020).
- PICCONE, Ted: “Why International Law Serves U.S. National Interests”. *The Justice Stephen Breyer Lecture Series on International Law*, April 2017, <https://www.brookings.edu/research/why-international-law-serves-u-s-national-interests/> (Erişim Tarihi: 10.09.2020).
- POLLACK, Mark A.: “Who Supports International Law, And Why?: The United States, The European Union, And The International Legal Order”, *International Journal of Constitutional Law*, 13(4), October 2015, p.873-900, <https://academic.oup.com/icon/article/13/4/873/2450819> (Erişim Tarihi: 05.09.2020).
- RENAN, Ernest: *Ulus Nedir?*, (Çev. YAVAŞ, Gökçe), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2016.
- RUSSELL, Bertrand: “Bertrand Russell on Essentials for a Stable World”, *Population and Development Review*, 18(3), September 1992, p.549-553, https://www.jstor.org/stable/1973658?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim Tarihi: 20.01.2021).
- RUSSELL, Bertrand/RUSSELL, Dora: *Endüstri Toplumunun Geleceği*, 1. Bası, (Çev. ÖLÇER, Melih), Bilgi Yayınevi, Ankara Mayıs 1979.
- RUSSELL, Bertrand: “Justice in War Time”, *Studies: An Irish Quarterly Review*, 5(19), Sept 1916, p.476-478, https://www.jstor.org/stable/25701056?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim Tarihi: 20.01.2021).
- RUSSELL, Bertrand: “1958: Only World Government Can Prevent The War Nobody Can Win”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, 76(6), 2020, p.359-362, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00963402.2020.1847482> (Erişim Tarihi: 20.06.2020).
- RUSSELL, Bertrand: *Siyasal İdealler*, 1. Bası (Çev. HARMANCI, Mehmet), Say Yayınları, İstanbul Aralık 1996.
- STIGLITZ, Joseph E.: *Küreselleşme Büyük Hayal Kırıklığı*, (Çeviren: TAŞÇIOĞLU, Arzu/VURAL Deniz),

- Alfa Yayım, İstanbul 2018.
- SÜMER, Gültekin: “Stratejik İşbirliği ve Stratejik Ortaklık Kavramlarına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, Ege Akademik Bakış, 10(2), 2010, s.671-698, <https://ideas.repec.org/a/ege/journal/v10y2010i2p671-698.html> (Erişim Tarihi: 01.01.2021).
- T.C. Dışişleri Bakanlığı: “Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ)”, <https://www.mfa.gov.tr/amerikan-devletleri-orgutu.tr.mfa> (Erişim Tarihi:26.07.2021).
- T.C. Dışişleri Bakanlığı: “Türkiye-AB İlişkileri”, <http://www.mfa.gov.tr/turkiye-ab-iliskileri.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 09.02.2021).
- T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı: “Avrupa Birliği Antlaşması”, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (Erişim Tarihi: 26.01.2021).
- T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı: “Avrupa Birliğinin Tarihçesi”, <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=105> (Erişim Tarihi: 01.09.2020).
- T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı: “Türkiye Avrupa Birliği İlişkilerinde Önemli Tarihler (1959-2019)”, <https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/kronoloji-trkce-ocak2020.pdf> (Erişim Tarihi: 19.01.2021).
- T.C. Ticaret Bakanlığı: “ABD-Meksika-Kanada Anlaşması ile Öngörülen Değişiklikler”, <https://ticaret.gov.tr/blog/ulkelerden-ticari-haberler/meksika/abd-meksika-kanada-anlasmasi-ile-ongorulen-degisiklikler> (Erişim Tarihi: 01.01.2021).
- The Official Website of Free Trade Area of The Americas – FTA: http://www.ftaa-alca.org/View_e.asp (Erişim Tarihi: 22.07.2021)
- The Official Website of Free Trade Area of The Americas – FTA: “The Preparatory Process 1994-1998”, http://www.ftaa-alca.org/View_e.asp#STRUCTURE (Erişim Tarihi: 05.01.2021).
- The Official Website of The ASEAN: <https://asean.org/> (Erişim Tarihi 22.07.2021).
- The Official Website of The Council of the EU and the European Council: “EU-Turkey leaders' meeting in Varna (Bulgaria), 26 March 2018 Main Results”, <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2018/03/26/> (Erişim Tarihi: 23.07.2021).
- The Official Website of The Department of Homeland Security U.S. Customs and Border Protection: “North American Free Trade Agreement”, <https://www.cbp.gov/trade/nafta> (Erişim Tarihi: 11.02.2020).
- The Official Website of The European Union: “Questions and Answers on the United Kingdom’s Withdrawal from European Union on 3 January 2020”, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_104 (Erişim Tarihi: 26.01.2021).
- The Official Website of The European Union, “What is The Euro Area?”, https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/euro-area/what-euro-area_en (Erişim Tarihi: 26.07.2021).
- The Official Website of The Organization of American States: “Our History”, http://www.oas.org/en/about/our_history.asp (Erişim Tarihi: 26.07.2021).
- The Secretariat Canada-Mexico-United State: “Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA)/United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)”, <https://can-mex-usa-sec.org/secretariat/agreement-accord-acuerdo/index.aspx?lang=eng> (Erişim Tarihi: 11.01.2021).
- UAD Kararı: Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), General List No. 91, 26.02.2007, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 01.08.2017).
- YENAL, Serkan: “Savaş Kavramının Dönüşümü: 1. ve 2. Körfez Savaşı Örneğinde Hibrit Savaşların İncelenmesi”, Kara Harp Okulu Bilim Dergisi, 30(1), Haziran 2020, s.85-110, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1173696> (Erişim Tarihi: 02.01.2021).
- YEŞİLBURSA, Behçet Kemal: “Geçmişten Günümüze Irak Meselesi”, Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, 29(2), 2009, s.1315-1343, <https://www.meridyenmunazara.org/wp-content/uploads/Irak-Genel-Tarih.-O-1.pdf> (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA NİŞANIN BOZULMASINDA MANEVİ TAZMİNAT

NON-PECUNIARY DAMAGES FOR BREACH OF ENGAGEMENT CONTRACT IN LIGHT OF THE
COURT OF CASSATION JURISPRUDENCE

Eda ŞAHİN ŞENGÜL* & Damla Özden ÇELT**

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.935346>

Makale Bilgi

Gönderi: 09/05/2021
Kabul : 08/09/2021

Anahtar Kelimeler

Nişanlanma,
Nişanın Bozulması,
Kişilik Hakkının
İhlali,
Kusur,
Manevi Tazminat.

Article Info

Received: 09/05/2021
Accepted: 08/09/2021

Keywords

Engagement,
Breach of Engagement
Contract,
Violation of Personality
Right,
Fault,
Non-Pecuniary Damages.

Özet

Karşılıklı evlenme vaadi ile kurulan nişan akdinin bozulmasına, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.120, 121 ve 122. maddelerinde bazı sonuçlar bağlanmıştır. Bunlar sırasıyla maddi tazminat, manevi tazminat ve hediyelerin geri verilmesi istemleridir. Nişanın hangi sebeple veya kimin kusuru ile sona erdiği önemli olmaksızın, tarafların birbirlerine veya ana baba ya da onlar gibi davrananların nişanlılara verdikleri alışılmışın dışındaki hediyelerin geri istenmesi mümkündür. Maddi ve manevi tazminat istemleri ise hediyelerin geri verilmesinden farklı düzenlenmiştir. Tazminat talep edilebilmesi için öncelikle nişanın bozma yoluyla sona erdirilmiş olması gerekir. Nişan bozma dışında bir yolla sona ererse tazminat talep edilemez. Ayrıca nişanın haklı bir sebep olmaksızın bozulması veya karşı tarafın kusurunun nişanın bozulmasına sebep olması aranır. Her ne kadar doktrinde davacının kusursuz mu olması gerektiği yoksa davalıya göre daha az kusurlu olmasının yeterli mi olduğu tartışılmaktaysa da Kanunda açıkça davalının kusurlu olması gerektiği belirtilmiştir. Tüm bu koşulların yanı sıra manevi tazminat talep edilebilmesi için davacının nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğramış olmalıdır. Bu kapsamda çalışmamız Yargıtay kararları ışığında nişanın bozulmasında istenebilecek manevi tazminatın koşullarını ve kapsamını incelemeyi amaçlamaktadır.

Abstract

Consequences of the dissolution of the engagement contract which is concluded upon mutual promises to marry are provided in the articles of 120, 121 and 122 of the Turkish Civil Code (TCC) numbered 4721. These consequences are return of gifts, pecuniary and non-pecuniary damages. When the engagement is-for whatever reason-ended, ordinary gifts exchanged between the parties or given by the parents of other party and others pretend to be parents to the fiancées can be claimed back. In the TCC the requirements to claim pecuniary and non-pecuniary damages are different from those for reclaiming gifts. First, in order to claim damages, there must be a breach of engagement contract. If engagement is terminated for reasons other than the breach, damages cannot be claimed. Moreover, the party must terminate the engagement without good cause or by fault. Although the TCC clearly states that the party from whom non-pecuniary damages are sought must be at fault, it has been debated in the literature whether the claimant must be without fault, or it suffices that the claimant is less faulty. In addition to these requirements, in order to claim non-pecuniary damages, the fiancée's personality rights must be violated due to the breach of the engagement. In this context, this study seeks to examine the requirements and scope for a claim for non-pecuniary damages in light of the decisions of the Turkish Court of Cassation.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: Although engagement is a common practice before getting married, each country has a different attitude towards it. While some countries regulate the engagement and its related consequences in their laws, some have not. Articles between 118 and 123 of the Turkish Civil Code (TCC) provides detailed provisions for the engagement, i.e. the consequences of the breakdown of the engagement and the statute of limitations on litigation rights arising from the termination of the engagement. Consequences set forth in the articles of 120, 121 and 122 of the TCC for the dissolution of engagement contract that is entered into with the mutual promise to marry. These consequences respectively are return of gifts, pecuniary and non-pecuniary damages. This study aims to analyse the requirements and scope for a claim for non-pecuniary damages, which is one of the legal consequences of the breach of the engagement contract, in light of the TCC and decisions of the Court of Cassation. In this respect, first the existence of a valid engagement, which is a pre-condition for the claim for non-pecuniary damages, then the criteria for such a claim pursuant to the article 121 of the TCC and decisions of the Court of Cassation are evaluated.

Literature Review: This study scrutinises the claim for non-pecuniary damages for the breach of the engagement contract as regards the sources available in the Turkish legal doctrine and decisions of the Court of Cassation, and touches upon the Swiss and German laws, which do not have a rule specific for a claim for non-pecuniary damages for the breach of the engagement but govern the mutual promise to marry, i.e. the engagement contract. Similarly, this study explains the law as regards the promise to marry in England and Wales, which first regulated the engagement as a legal institution, but abandoned this approach later. Although the breakdown of engagement is generally addressed in family law books, in order to shed light on the debates and the differences of opinion between the literature and the Court of Cassation the claim for non-pecuniary damages for the breach of the engagement contract is analysed with respect to the recent decisions of the Court of Cassation.

Methodology and Findings: This study examines primarily the literature as well as the relevant Court of Cassation case law. The debates and opinions in the literature on non-pecuniary damages for the breach of the engagement contract are evaluated in light of the cases decided by the Court of Cassation.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: Fiancées can end their engagement relationship at any time without the obligation to provide any justification. Breaking the engagement means ending the engagement unilaterally by one of the fiancée. This is an indispensable right given to the betrothed parties and it is impossible to decide otherwise. Unlike Swiss law, the article 121 of the TCC provides that the party whose personal right is violated by the breach of the engagement contract can claim an appropriate amount of money as non-pecuniary damages from the defective party. Regarding non-pecuniary damages, the legislator has referred to the discretionary power of the judge at many points. In this sense, the exercise of the discretion plays an important role in awarding non-pecuniary damages on the one hand, and not making it a means to force marriage on the other.

The claim for non-pecuniary damages due to the breakdown of the engagement contains many controversial issues. The fact that the engagement is not subject to strict conditions as it is in marriage, terms of the material and formal conditions of the engagement give rise to discussions as to when there is a valid engagement contract between the parties. In order to claim non-pecuniary damages, there must be a valid engagement contract in the first place. A valid engagement contract entails the following conditions: a promise to marry between people of different sex should be made with a mutual declaration of will, the promise should be serious enough for the conclusion of the engagement, those who made the promise should be capable of entering into an contract, in other words, the parties should have the ability to make a legal agreement, there should be no obstacle to marriage and engagement should not be sham. The law does not stipulate a form requirement regarding the validity of the engagement. However, the Court of Cassation requires the certain rituals in place for the existence of a valid engagement contract, otherwise rules the engagement contract invalid. One can find the Court of Cassation's approach inappropriate, as seeking a form that is not provided for by the law and that proves to be heavy and uncertain, and consequently creating an important obstacle for the exercise of the rights related to the consequences of the breakdown of the engagement.

After establishing the existence of a valid engagement, it should be examined whether the engagement was terminated by breach. The article 121 of the TCC provides that in order for the claim for non-pecuniary damages, the engagement is terminated no other reason than the breach of the engagement contract. If the engagement ends because of death or declaration of presumed death, article 121 of the TCC does not apply. If engagement is terminated by the breach of the engagement contract, another condition must be satisfied for the TCC to be applied. It is that the plaintiff's personality right has been violated because of the breach of the engagement contract. The severity of the moral destruction experienced, in other words, whether an exorbitant damage occurred or not is important in terms of

determining the amount of the compensation. The Court of Cassation emphasises that it is not possible to award moral damages with respect to the article 121 of the TCC if there is usual pain and anguish resulting from the termination of the engagement. Thus, even if the other party is at fault, the claim for moral damages requires the violation of personality values. The Court of Cassation decides that the personality rights are violated in cases where, such as, the chance of marriage is diminished, the virginity is lost, the duty of fidelity is breached, personal secrets, letters and pictures are shared without consent, and unfair rumours are circulated about the plaintiff.

If the conditions of the claim for non-pecuniary damages are satisfied, the award can only be the payment of some money. The judge determines the amount of compensation, taking into account the nature of the incident in breaking the engagement, the effects of this incident on the fiancée, and the social and financial conditions of the parties. The parties to the case for non-pecuniary damages are the former engaged couple; the plaintiff will be the fiancée who is without fault or less faulty, and the defendant be the fiancée who is at fault in breaking the engagement. The plaintiff, who claimed moral damages, must establish that there exists a valid engagement, the engagement is terminated by the breach of the engagement, the breakdown cannot be justified or the counterparty has been at fault in breaking the promise, the personal rights were breached as a result of the breach, and there is a causal link between the damage incurred and the breach. The claim for compensation for the moral damage incurred due to the breach of the engagement within the scope of the article 123 of the TCC is subject to a one-year limitation period and the case must be filed within one year from the breakdown.

I. GİRİŞ

Evlenmek isteyen tarafların, evlenme öncesi nişanlanmaları yaygın bir uygulama¹ olsa da her ülkenin nişanlanma karşısındaki tutumu farklıdır². Bazı ülkeler nişanlanmayı ve buna bağlı sonuçları hukuklarında düzenlerken, bazıları bu kurumu hukuki düzenleme altına almamıştır. Örneğin, ne İngiltere³ ne de Fransa (Fransız Medeni Kanunu, C. civ.) nişanlanmayı düzenlemiştir⁴. İngiltere’de 1970 yılına kadar nişanlanma icra edilebilir bir sözleşme olarak görülmekte ve haklı bir sebep olmaksızın nişanlanmayı sona erdiren kimseye karşı dava açılarak tazminat istenebilmekteydi⁵. Ancak Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 söz konusu dava hakkını ortadan kaldırmış, buna sebep olarak da dava edilmekten korkan bir kimsenin evlenmeye zorlanabileceğini ve bunun da kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürmüştür⁶. Bu düzenleme sonrası şu anki hukuk kapsamında İngiltere’de nişanlı çiftler, evli olmayan çiftler olarak değerlendirilmektedirler⁷. Alman Medeni Kanunu (BGB)⁸ ve İsviçre Medeni Kanunu’nda (ZGB)⁹ ise nişanlılık hukuki bir kurum olarak kabul edilmiş, nişanlılığın devamı, sona ermesi ve sona ermesine bağlanan hukuki sonuçlar düzenlenmiştir¹⁰.

Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu (TMK) m.118-123 arasında nişanlanma müessesesine yer verilmiş, söz konusu maddelerde nişanlanma, nişanlılığın hükümleri, nişanın bozulmasının sonuçları olan maddi ve manevi tazminat ile hediyelerin geri verilmesi ve nişanlılığın sona ermesinden doğan dava haklarına ilişkin zaman aşımı hususları düzenlemiştir.

Çalışmada, TMK düzenlemeleri ve Yargıtay kararları ışığında nişanın haksız bozulmasının hukuki sonuçlarından biri olan manevi tazminat talebi incelenmektedir. İlk olarak, nişanın bozulması dolayısıyla uğranılan manevi zararın hangi koşulların gerçekleşmesi durumunda istenebileceği açıklanacaktır. Bu kapsamda, öncelikle manevi tazminatın hukuki niteliği tartışılacak, sonrasında manevi tazminat davalarında en çok ileri sürülen iddialardan biri olan taraflar arasında geçerli bir nişanlanmanın olup olmadığı hususu incelenecek ve geçerli bir nişanlanmanın varlığı tespit edildikten sonra bu nişanın bozma yoluyla sona erdirilmesi üzerinde durulacaktır. Manevi tazminat talep edebilmenin diğer bir koşulu olan nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkının saldırıya uğramış olması ve talebin yöneltileceği tarafın kusurlu olması gerektiği hususları ele alındıktan sonra manevi zararın tazmini meselesine geçilecektir. Bu bölümde manevi zararın kapsamı, manevi tazminat davasının tarafları, ispat külfeti ve zaman aşımı meseleleri incelenip son olarak manevi tazminat talebinin mirasçılar tarafından ileri sürülmesi ve hayatta bir üçüncü kişiye devri hususları ele alınacaktır.

II. NİŞANIN BOZULMASINDA MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİNİN KOŞULLARI

A. Genel Olarak

Nişanın bozulması, nişanlılardan biri tarafından tek taraflı olarak nişanın sona erdirilmesi anlamına gelmektedir¹¹. Nişanlılar, herhangi bir gerekçe gösterme zorunluluğu olmaksızın nişanlılık ilişkisine diledikleri zaman son verebilirler. Bu hak nişanlılara tanınan vazgeçilmez, aksine anlaşma yapılması mümkün olmayan bir haktır¹². Haklı bir sebep ya da diğer nişanlıya yükletilebilecek bir kusur bulunsun ya da bulunmasın, bozma iradesinin yöneltilmesi ile nişanlılık ilişkisi sona erer. Zira haklı bir sebebin yahut karşı tarafa yöneltilebilir kusurun var olup olmadığı

¹ HERRING, Jonathan: Family Law, Harlow 2017, s.123.

² DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.13.

³ HERRING, s.123.

⁴ ABİK, Yıldız: “Nişanlanma ve Nişanlılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(2), 2005, s.68; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul 2020, s.24.

⁵ HERRING, s.123.

⁶ Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970, s.1; HERRING, s.123.

⁷ HERRING, s.123.

⁸ İlgili hükümler için bkz. BGB §1297-§1302.

⁹ İlgili hükümler için bkz. ZGB Art. 90-93.

¹⁰ DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s.13; Avusturya Medeni Kanunundaki (ABGB) hükümler için bkz. §45-46; İtalyan Medeni Kanunu’nda nişanlanmaya ilişkin hükümler bulunduğu dair bkz. ABİK, s.68.

¹¹ TEKİNAY, Selahattin S.: Türk Aile Hukuku, 7.B., Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s.24; SİRMEN, Lale: “Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ellinci Yıl Armağanı, 1, 1977, s.365; AKINTÜRK/ATEŞ, s.45; ABİK, s.99; KESKİN, A. Dilşad: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.200.

¹² KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.23.

meselesi yalnızca tarafların tazminat yükümlülüğü bakımından önem ihtiva eder¹³. Hediye gerisi geri verilmesini düzenleyen TMK m.122’de de bu anlamda nişanlılığın evlilik dışında herhangi bir sebeple sona ermesi yeterli bulunmuş ve sona ermenin nedeni veya kimin kusurlu olduğu ile ilgilenilmeksizin nişanlılık süresince verilen alışılmışın dışındaki hediyelerin geri istenebileceği öngörülmüştür. Buna karşılık maddi ve manevi tazminat talepleri bakımından bir tarafın kusurlu olması gerekmekte, talep kusurlu tarafa yöneltilmektedir. Nitekim, TMK m.120 ‘maddi tazminat’ başlığı altında, nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde diğer nişanlının ve onun ana ve babası veya onlar gibi davranan kimselerin dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebileceklerini belirtmektedir. Bu kapsamda talep edilen tazminat, malvarlığı zararlarını karşılamak içindir¹⁴. Nihayet nişan, haklı bir sebep olmaksızın veya nişanlılardan birinin kusuru yüzünden bozulmuş ve sadece malvarlığı değerleri değil, şeref, haysiyet, namus ve itibar gibi kişilik hakları da saldırıya uğramışsa TMK m.121 kapsamında manevi tazminat talebi gündeme gelebilecektir¹⁵. TMK m.121 “Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.” şeklindedir¹⁶.

Bu noktada, TMK’da yerini bulan nişanın bozulması dolayısıyla istenebilecek manevi tazminatın hukuki niteliği üzerinde durmak gerekir¹⁷. TMK m.24 ve 25’te hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırı ve söz konusu saldırı karşısında açılacak davalar düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.49 ve devamı maddelerde haksız fiil sorumluluğu ve tazminat ile m.56’da yaşama hakkıyla beden bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan manevi zararların giderilmesi yer almaktadır¹⁸. TBK m.58 ise kişilik değerlerini koruyan genel bir düzenleme olup TMK ve TBK’da özel olarak sayılan haller dışındaki manevi zararların tazminini amaçlamaktadır.¹⁹ Söz konusu maddeler göz önüne alınarak nişanın bozulması sonucu istenen manevi tazminatın niteliği ile ilgili doktrinde tartışma mevcuttur²⁰. Bir görüş nişanın bozulmasını haksız fiil olarak değerlendirmekte ve TMK’da öngörülen manevi tazminatın da bu haksız fiilin yaptırımını olduğunu savunmaktadır²¹.

Bizim de katıldığımız diğer görüş ise nişanlanmanın aile hukukuna ilişkin bir sözleşme olması dolayısıyla tazminat talebinin dayanağının sözleşme olduğunu savunmaktadır²². Bu anlamda kişilik hakkı ihlal edilen nişanlıya Aile Hukuku temelinde özel bir koruma bahşedilmiştir. TMK m.121’in olmadığı bir ihtimalde kişilik hakkı ihlal edilen nişanlı, TBK m.114/II’nin yaptığı atıf gereği, TBK m.58’e göre manevi tazminat talebinde bulunulabilecektir²³. Kanun koyucu, nişanlanma sözleşmesinin ihlalden kaynaklanan manevi tazminat taleplerini TMK m.121’de bağımsız ve özel bir hükümle düzenlemiştir²⁴. Bu haliyle TMK m.121, hem TBK m.58’in hem de TMK m.24 ve 25’te ifadesini bulan kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğunu ve bu kapsamda manevî tazminat istenebileceğini düzenleyen hükümlerin özel

¹³ KOÇ, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s.84; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.32-33; KESKİN, s.200; Kusurun ağır olması aranmaz, bkz. ÜNAL, Mehmet: “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (35)1, 1978, s.433.

¹⁴ SİRMEN, s.359.

¹⁵ SİRMEN, s.359; ABİK, s.136.

¹⁶ Alman hukukunda 1998 yılını kadar §1300 BGB’de nişanın bozulması haline özgü manevi tazminata yer verilmişken, bu hüküm 1 Temmuz 1998 tarihi itibarı ile yürürlükten kaldırılmıştır. §1298 BGB’de yapılan tazminat talebine ilişkin düzenleme ise yalnızca malvarlığına ilişkin kayıpları tazmine yöneliktir. Manevi zarar bu hüküm kapsamında talep edilemez. Manevi zararın tazmini ancak haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde, §823 BGB ye göre talep edilir, bkz. MüKoBGB/ROTH, 8. Aufl. 2019, BGB §1298, N.7; ZGB’de ise maddi-manevi tazminata ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş, ancak Art.92’de nişanı bozan taraf aleyhine, diğer tarafın evlilik amacıyla ve iyi niyetle yapmış olduğu, hakkaniyet sınırlarını aşmayan masrafları için, makul ölçüde bir katkı yükümlülüğü (*Beitragspflicht*) öngörülmüştür.

¹⁷ Manevi tazminat kavramı ve tarihçesine için bkz. ÜNAL, s.397 vd.

¹⁸ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.882.

¹⁹ EREN, s.882.

²⁰ SİRMEN, s.360; KESKİN, s.200; ÜNAL, s.408.

²¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.38.

²² ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.109; Sirmen, s. 360; ÜNAL, H. Tamer: “Nişanlılığın Hukuki Niteliği”, Terazi Hukuk Dergisi, 11(118), 2016, s.141.

²³ SİRMEN, s.360; Kişilik hakkına saldırının aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi halinde sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin yarışacağı yönünde bkz. HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.28; KESKİN, s.201.

²⁴ SİRMEN, s.360; KILIÇOĞLU, s.30.

bir uygulamasıdır²⁵.

Gerçekten de TMK m.121'e göre nişanın bozulması ve diğer tarafın kusuru manevi tazminat talebi için yeterli olmayıp ancak kişilik haklarının ihlali söz konusu ise manevi tazminat istenebilecektir²⁶. Zira TMK, manevi tazminat için kişilik hakkının saldırıya uğramasını aramaktadır.

Bir diğer deyişle, her nişanın bozulması nişanlılardan birinin kişilik hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez, dolayısıyla manevi tazminat talebine olanak vermez²⁷. Yargıtay da çeşitli kararlarında salt nişanın bozulmasının manevi tazminat istemine cevaz vermeyeceğini ifade etmektedir²⁸. Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre²⁹;

"...Manevi tazminat, haksız bir eylemin yarattığı üzüntünün, duyulan elem ve acıların giderilmesini amaçlayan bir ödüncüdür. Manevi zarar, mal varlığına dokunmayan, yaşam, sağlık, namus, sır, aile mahremiyeti gibi mal varlığı harici varlıklarda meydana gelen azalma olup, bu zarar manevi tazminatla giderilmeye, azaltılmaya çalışılmıştır. Nişanın bozulmasının, taraflarda değişik şiddet ve ölçülerde de olsa üzüntü yaratması ve menfaatleri haleldar etmesi doğaldır. Doğal olan bu üzüntü ve menfaat ihlali manevi tazminata esas alınmaz. Ne var ki, davacı nişanın bozulması nedeniyle, fahiş bir zarara uğramış ve bu sebeple kişilik hakları da saldırıya uğramış ise bu durumun ispatı halinde manevi tazminata hükmedilebilir..."

Sonuç olarak, TMK m.121'in haklı bir sebep olmaksızın veya diğer nişanlıya yükletilebilecek bir kusur dolayısıyla nişanın bozulmasının diğer tarafın kişilik haklarını da ihlal etmesi halinde manevi tazminat talebine olanak verdiğinin kabulü gerekir. Buna istinaden aşağıdaki bölümde TMK m.121'e göre manevi tazminatın şartları incelenecektir.

B. Manevi Tazminat Talebi İçin Aranılan Şartlar

1. Geçerli Bir Nişanlanmanın Varlığı

Manevi tazminat, TMK m.121 gereği nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafça istenebileceği için her şeyden önce taraflar arasında geçerli bir nişanlanma ilişkisinin kurulmuş olması gerekmektedir³⁰. Geçerli bir nişanlanma yoksa TMK m.121 kapsamında manevi zararın tazmini de istenemez.

a. Farklı Cinsten Kimselerin Evlenme İradesi Açıklaması

Geçerli bir nişanlanmanın varlığı için öncelikle taraflar arasında karşılıklı evlenme vaadinde bulunmuş olmalı (TMK m.118/I) ve söz konusu vaadi verenler ayrı cinsten olmalıdır³¹. Türk hukukunda evlenme, farklı cinsten olanlar arasında yapılabilir (TMK m.134 ve 136)³². Nişanlanma da bir evlenme vaadi olduğu için ancak farklı cinsten olanlar arasında vuku

²⁵ ŞİRMEN, s.361.

²⁶ HATEMİ, s.29; KESKİN, s.202.

²⁷ HATEMİ, s.29.

²⁸ Yargıtay HGK, E.2006/3-533, K.2006/566, T.20.09.2006 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.01.2021); Yargıtay 3.HD., E.2019/2076, K.2019/9756, T.05.12.2029 (www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 26.04.2021); Yargıtay 3.HD. E.2016/19432, K.2018/5848, T.24.05.2018 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.04.2021).

²⁹ Yargıtay 3.HD, E.2016/21667, K.2017/11157, T.6.7.2017 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 20.01.2021). Burada Yargıtay'ın hala 743 Sayılı Medeni Kanun m.85/I'de ifadesini bulan fahiş zarardan söz etmesi isabetli değildir. Değerlendirme için bkz. 2.3. Tazminat Talep Eden Nişanlının Kişilik Haklarının Saldırıya Uğraması. Söz konusu davada mahkeme "... davalının nişan töreni öncesinde davacının basenlerini kontrol edilmesine izin vermemesi halinde nişanın yapılmayacağını söylediği, davalının isteği üzerine bir sonraki gün kuaförde ... davalının kardeşinin davacının basenlerini kontrol ettiği, bu olayların etkisinde kalan davacının aynı gün nişanı bozmak zorunda kaldığı, davalının davranışlarının davacıyı küçük düşürücü, kişilik haklarına zarar verici nitelikte bulunduğu, davacının üzüntü duymasına eden olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, bu kapsamda davalının davacıya yönelik eylemleri sonucu manevi tazminatın yasal koşulları oluşmuştur." diyerek manevi tazminat talebini kabul etmiştir. Yargıtay 3.HD'nin kişilik hakkının ihlal edilmediği ve fahiş bir zararın bulunmadığı yönündeki kararı için bkz. Yargıtay 3.HD, E.2013/20270, K.2014/1180, T.29.01.2014 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 20.01.2021).

³⁰ ŞİRMEN, s.361; ÖZTAN, s.110; ABİK, s.137.

³¹ ÖZTAN, s.47; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.15; ERGÜN, Zafer: Boşanma Davaları, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.1; Yargıtay'a göre "Nişan, evlenme yaşına gelmiş kız ve erkeğin aileleri ile yakın dostları tarafından yörenin örf ve adetleri doğrultusunda evleneceklerine ilişkin bir çeşit söz vermedir." bkz. Yargıtay 3.HD, E.2016/12231, K.2018/2059, T.5.3.2018; Yargıtay 3.HD, E. 016/22515, K.2018/9548, T.04.10.2018 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.01.2021).

³² Aynı cinsten kimseler evlenirse bu evliliğin yokluk yaptırma tabi olacağına ilişkin bkz. HATEMİ, s.10 vd.; AKINTÜRK/ATEŞ, s.38; ŞAHİN, Mustafa: "İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m.16/I, 118/II)", Ankara Barosu Dergisi, 72(4), 2014, s.89; Almanya'da 1 Ekim 2017'de aynı cinsten kişiler için evlenme

bulabilir³³. Hem karşılıklı evlenme vaadi hem de bu vaadin farklı cinsten olanlar arasında gerçekleşmesi durumunda nişanlanmanın varlığından söz edilebilir³⁴.

Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, nişanlanmanın kadın ve erkek arasında karşılıklı birbirine uygun irade beyanı ile kurulmuş bir aile hukuku sözleşmesi olduğu³⁵ ve bu nedenle de irade beyanının yokluğunun nişanlanma sözleşmesinin de yokluğu anlamına geleceğidir³⁶. Bir diğer deyişle, nişanlanma tek taraflı bir hukuki muamele olmadığı³⁷ için yalnızca bir tarafın evlenme vaadinde bulunması nişanlanmanın oluşması bakımından yeterli değildir³⁸. Taraflardan birisinin irade beyanı eksikse nişanlanma yoktur ve böyle bir durumda nişanın bozulması söz konusu olamayacağı için TMK m.121 kapsamında manevi tazminat da istenemeyecektir³⁹.

Nişanlanma için iki tarafın da nişanlanmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması gerektiği Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Örneğin Yargıtay, TMK m.121 kapsamında önüne gelen bir davada, taraflar arasında nişanlanmaya yönelik bir irade bulunmadığına, zira tarafların uzun süren birlikteliklerinin evlenme amacı ile yapılmadığı için nişanlanma olarak nitelenemeyeceğine hükmetmiştir⁴⁰. Benzer şekilde Yargıtay’a göre, tarafların nişanlandıktan sonra düğün yaparak gayri resmi olarak bir araya gelip uzun süre birlikte yaşamaları, nişan ve yasal olarak korunması gereken bir birliktelik değildir ve bu kapsamdaki manevi tazminat taleplerinin haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlık olarak nitelendirilerek genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemelerinde çözülmesi gerekir⁴¹.

Geçerli bir nişanlanmanın varlığı için incelenmesi gereken bir diğer husus da nişanın belirli bir şekle uyularak yapılmasının gerekli olup olmadığıdır⁴². TMK m.118/I nişan sözleşmesinin konusu belirtmekte, fakat sözleşmenin şekli hakkında bir düzenleme içermemektedir⁴³. TMK’da nişanlanma için özel bir şekil şartı getirilmediğinden doktrinde evlenme vaadini içeren irade beyanının sözlü veya yazılı açıklanması gibi açık ya da zımni olarak ifade edilmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Ülkemizde nişanlanma genellikle merasim ve yüzük takılması şeklinde

hakkını öngören Yasa (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*) kabul edilmiş, §1353 BGB hükmü evlilik aktinin farklı veya aynı cinsten iki kişi arasında kurulabileceği şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre nişanlanmaya ilişkin hükümlerin aynı cinsten kişiler arasında yapılan nişanlanmalar bakımından uygulanmasına engel yoktur. İsviçre’de ise “Herkes için evlilik (*Ehe für alle*)” Yasası 2020 Aralık ayında parlamentoda kabul edilmiş, 10 Nisan 2021’e kadar yasa karşıtı 50.000 üzerinde (59.000 civarı) imza toplanmış, böylece söz konusu yasaya ilişkin genel referanduma gidilmesi gündeme gelmiştir.

³³ Nişanlanma sonrası taraflardan biri cinsiyetini değiştirirse nişanlılık kendiliğinden geçersiz olacaktır, KILIÇOĞLU, s.24; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.18. ÖZTAN’a göre ise bu durumda nişan akdi butlanla sakat olur, ÖZTAN, s.58.

³⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.15.

³⁵ SİRMEN, s.361; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.15. Nişanlanmanın hukuki niteliğiyle ilgili tartışma için bkz. İNAL, s.120 vd.; ABİK, s.71-76.

³⁶ HATEMİ, s.9.

³⁷ HATEMİ, s.9; AKINTÜRK/ATEŞ, s.34.

³⁸ SİRMEN, s.361; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.16.

³⁹ SİRMEN, s.362.

⁴⁰ İlgili karar, “*tarafların iradelerinin nişanlanma ve akabinde de evlenmeye yönelik olmadığı, tamamen her iki tarafın hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın uzun yıllar rızaları ile iş ilişkisi sonucu gönül eğlendirme ve sevgili ilişkisi yaşayarak beraber oldukları, tarafların gönül ilişkisi yaşarken beraber sosyal ortamlara girdikleri, alkol aldıkları, eğlendikleri, tatil yaptıkları, yiyip içtikleri, fotoğraf çektikleri ve beraber yaşadıklarının anlaşıldığı, nişanlanmak maksadı ile birbirlerine taktı, nişan alyansı, saat, ziynet eşyası almadıkları, nişan yaptıklarını 3. kişilere de duyurmadıkları, alenileştirmedikleri, yaşanan birlikteliğin evlenme amacı ile yapılmış olmadığı, harcanan giderlerinde nişan giderleri olmadığı, rızaya dayalı alışverişler olduğu, maddi, manevi tazminatın şartlarının oluşmadığı*” şeklindedir. Yargıtay 3.HD, E.2015/17061, K.2016/11295, T.27.09.2016 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.01.2021); Aynı yönde bkz. Yargıtay 13.HD.,E.2006/355, K.2006/6349, T.24.04.2006, hediyeğin geri verilmesine ilişkin olarak açılan davada Yargıtay “*Tarafların iki sene nikahsız yaşamaları bu birleşmenin kanuni ve medeni evlenmeye tekaddüm eden bir nişanlanma mahiyetinde olmadığını göstermektedir*” ifadesine yer vererek yapılan harcamaların meşru olmayan bir amacın elde edilmesi amacı güttüğüne ve BK m.65 gereği geri istenemeyeceğine hükmetmiştir (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.01.2021).

⁴¹ Yargıtay HGK, E.2009/3-174, K.2009/235, T.03.06.2009; Yargıtay 17.HD, E.2014/18192, K.2014/17997, T.08.12.2014; Yargıtay 3.HD, E.2016/20043, K.2018/7249, T.27.06.2018; Yargıtay 20.HD, E.2016/14512, K.2017/826, T.06.02.2017 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.02.2021); Gayri resmi evliliklerin nişanlanma sayılamayacağı yönünde kararlar için bkz. YAVUZ, Nihat: Öğreti ve Uygulamada Nafaka, Nişan ve Eşlerin Katkı Payı ile İlgili Davalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.939-943.

⁴² SİRMEN, s.362; HATEMİ, s.14; AKINTÜRK/ATEŞ, s.35; ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019, s.24; KILIÇOĞLU, s.16.

⁴³ TEKİNAY, s.10.

⁴⁴ SİRMEN, s.361; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.16; ÖZTAN, s.34-37; AKINTÜRK/ATEŞ, s.34; ABİK, s.77; KILIÇOĞLU, s.16.

gerçekleşse de ne merasim yapılması ne de nişan yüzüğü takılması nişanın varlığı ya da geçerliliği bakımından aranan şartlar değildir⁴⁵. Önemli olan, dürüstlük kuralları uyarınca taraflarda nişanlanma iradesinin varlığına ve aralarında nişanlanma hususunda karşılıklı anlaşma bulunduğu hükmedilebilmesidir⁴⁶. Bu yönde bir hüküm verilebiliyorsa nişanlanma akdinin meydana geldiği kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay 3. Hukuk Dairesi önüne gelen somut olayda, birlikte nikah günü alan davacı ve davalının arasında “Nişanın hukuken geçerli olması için belli bir ritüel içinde yapılmış olması, nişanın duyurulması (ilan edilmesi) ve aile bireylerinin şahitliği çerçevesinde yapılması gerektiği...” gerekçesi ile geçerli bir nişanlanmadan söz edilemeyeceği yönünde oldukça tartışmalı bir karar vermiş ve davacının taleplerini reddetmiştir⁴⁷. Kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olmasına ve somut olayda nişanlanmayı ispatlayan güçlü delillerin (nikâh gününün alınması, davetiyelerin basılması, nikah şekeri hazırlanması vb.) varlığına karşın Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karara katılmak mümkün değildir.

Nişanlanmanın geçerli olabilmesi için ayrıca evlenme vaadinin bizzat nişanlıların kendileri tarafından yapılmış olması gerekir⁴⁸. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması yoluyla gerçekleştirilen bir hukuki işlem olan nişanlanma sözleşmesinin kanuni yahut iradi temsilci vasıtasıyla kurulması mümkün değildir⁴⁹. Ancak haberci (beyan aracı) vasıtasıyla nişanlanma geçerlidir, zira haberci, kendisine bildirilmiş olan iradeyi değiştirmeden karşı tarafa iletmektedir⁵⁰.

Son olarak, geçerli bir nişanlanmanın varlığı bakımından irade açıklamasının şarta veya vadeye bağlanıp bağlanamayacağı hususuna değinmek gerekir. Evlenme şarta bağlı olarak yapılamaz, fakat nişanlanma geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak gerçekleştirilebilir yeter ki bu şart ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına ve hukuka aykırı olmasın⁵¹. Tarafların nişanlılık ilişkisinin ileri bir tarihte başlamasını kararlaştırmaları da mümkündür⁵². Ancak nişanlanan taraflar nişanın belirli bir süre sonunda sona ereceğini kararlaştırırlarsa burada ciddi bir evlenme vaadi olmadığından nişanlanma da yoktur⁵³. Böyle bir durumda nişanın bozulmasından kaynaklanan manevi tazminat talebi de ileri sürülemez.

b. Kesin Evlenme Engelinin Bulunmaması

Kesin olmayan evlenme engelleri⁵⁴ taraflar arasında geçerli bir nişanlanma yapılmasını etkilemez⁵⁵. Ancak nişanlanmanın geçerliliği, nişanlanacaklar arasında kesin bir evlenme engelinin bulunmaması şartına bağlıdır⁵⁶. Kesin evlenme engelleri, bu engellere rağmen yapılan bir evliliğin mutlak butlanla sakat olması sonucunu doğurur⁵⁷. Kesin evlenme engellerinden ilki TMK m.125’te düzenlenmiştir. Bu hükme göre ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez. TMK m.129 ise hısımlığı düzenlemiş olup üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenmenin yasak olduğunu belirtmiştir. Aralarında kesin evlenme engeli bulunan nişanlılar arasında yapılan nişanlanma kesin

⁴⁵ TEKİNAY, s.18; KILIÇOĞLU, s.17; SİRMEN, s.362; ÖZTAN, s.35; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.16; AKINTÜRK/ATEŞ, s.34-35; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1960, s.44; ERDEM, s.24.

⁴⁶ ÖZTAN, s.35.

⁴⁷ Yargıtay 3.HD., E.2016/12231, K.2018/2059, T.05.03.2018; Somut olayda mahkeme, davacı ile davalı arasındaki ilişkiyi gayri resmi bir araya gelme olarak nitelendirilmiştir. Kararın değerlendirmesi için bkz. BURCUOĞLU, Haluk: “Nişanlanmada Şekil Konusu ve Yargıtay İçtihadı”, Prof. Dr. Necla GİRİTLİOĞLU’na Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.213 vd.; AKKANAT ÖZTÜRK, Elif Beyza: ‘Karar İncelemesi: Nişanlanma Sözleşmesinin Şekli’, <https://blog.lexpera.com.tr/karar-incelemesi-nisanlanma-sozlesmesinin-sekli/>, (Erişim Tarihi: 22.04.2021).

⁴⁸ ÖZTAN, s.38; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.17; AKINTÜRK/ATEŞ, s.35.

⁴⁹ HATEMİ, s.9.

⁵⁰ ÖZTAN, s.48; HATEMİ, s.9; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.17; AKINTÜRK/ATEŞ, s.35.

⁵¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.23-24; ABİK, s.85-87; AKINTÜRK/ATEŞ, s.36.

⁵² KILIÇOĞLU, s.18; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.24. Aksi yönde bkz. ABİK, s.87-88.

⁵³ KILIÇOĞLU, s.18; ABİK, s.88; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.24.

⁵⁴ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.123-124 uyarınca bazı bulaşıcı hastalıklar ve TMK m.132 gereğince bekleme süresidir.

⁵⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s.7; ABİK, s.89. Kadımlar için getirilmiş olan ve kadınların yeniden evlenmesini bekleme süresine bağlayan TMK m.132 hükmü kesin olmayan evlenme engeli olduğundan, bekleme süresi dolmadan yapılan bir nişanlanma geçerlidir, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.21.

⁵⁶ SİRMEN, s.364; KILIÇOĞLU, s.24; ABİK, s.88; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.20; AKINTÜRK/ATEŞ, s.37.

⁵⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.57.

hükümsüzlükle sakattır⁵⁸. Nişanlanma, bir evlenme vaadi olduğu için kesin evlenme engelleri hem bu vadin yerine getirilmesini imkânsızlaştırır hem de böyle bir vaadi kanuna, ahlaka ve adaba aykırı hale getirir⁵⁹.

Önceki evliliği düzenleyen TMK m.130 ise yeniden evlenmek isteyen kimsenin önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorunda olduğunu hüküm altına almıştır⁶⁰. Bu noktada, nişanlanma akdi yapanlardan birinin evli olması durumunda söz konusu nişanlanmanın akibetinin ne olacağı ile ilgili Yargıtay kararlarına değinmekte fayda vardır. Yargıtay bir kararında, yerinde olarak, TMK m. 118'e göre nişanlanmanın, evlenme vaadiyle gerçekleşeceğini, gerçekte evli olan bir kimsenin bir başkası ile yeniden nişanlanma akdi yapamayacağını, şayet böyle bir akit yapılmışsa, bu akdin geçersiz olacağını ve yasal anlamda nişan akdi olarak kabulünün mümkün olmadığını belirtmiştir⁶¹. Benzer bir diğer kararında ise yerel mahkemenin boşanma davası süren evli bir kimsenin bir başkası ile 'nişanlanmasına' ve söz konusu 'nişanlanma' sonucu boşanma davası sonuçlandıktan sonra tarafların bir süre birlikte yaşamalarına ve daha sonra ayrılmalarına nişanın bozulması hükümlerini uygulayan kararını bozmuştur. Bozma kararında Yargıtay, nişanlanmanın evlenme vaadiyle olacağına dikkat çektikten sonra, nişanlanma tarihinde davacının bir başkasıyla evli olduğunu ve bu nedenle yapılan nişanlanma akdinin geçersiz olduğuna hükmetmiş, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra tarafların karı-koca gibi birlikte yaşamalarını da değerlendirilip bu eylemin haksız fiil niteliğinde olduğunu, dolayısıyla uyuşmazlık bakımından Aile Mahkemesi tarafından yargılama yapılamayacağını ifade etmiştir⁶².

c. İki Kere Nişanlanma ve Bunun Nişan Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi

İkinci nişanlanma da nişanlanmanın geçerliliği bakımından incelenmesi gereken bir husustur. Bir görüş, nişanlanmanın tarafların kişisel statülerinde bir değişiklik yapmadığından bahisle nişanlıyken ikinci kez nişanlanan kimsenin ikinci nişanının da geçerli olduğunu ileri sürer⁶³. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise nişanlı bir kimsenin nişanı bozmak suretiyle tekrar nişanlanabileceğini savunur⁶⁴. Nişanlıyken ikinci kez nişanlanmak isteyen taraf, söz ve davranışlarıyla ilk nişanı bozduğunu açıklamışsa, ilk nişan bozulmuştur ve ikinci nişanlanma geçerlidir⁶⁵. Ancak bir kimse aynı anda iki nişanlılığı birlikte yürütmek üzere nişanlandıysa,⁶⁶ bir diğer deyişle, ikinci kez nişanlanan taraf, ilk nişanı da devam ettirmek istemekte ve iki kişiye birden evlenme vaadinde bulunmaktaysa,⁶⁷ ikinci nişanlanma ahlaka aykırı olduğundan TBK m.27 gereği hükümsüzdür⁶⁸. İyiniyetli ikinci nişanlı şartların varlığı halinde ancak TBK m.58'e göre manevi tazminat isteminde bulunabilir⁶⁹. Bu durumda ikinci nişanlanma geçerli olmadığında TMK m.121'e göre manevi tazminat talep edilemez.

d. Muvazaalı Nişanlanmalar

Muvazaalı (danişıklı) olarak yapılan nişanlanmalar da hükümsüzdür⁷⁰. Zira burada taraflar gerçekte nişanlanma sözleşmesi yapma yönünde bir iradeleri olmamasına rağmen üçüncü kişilere karşı kendilerini nişanlı gibi göstermektedirler⁷¹. Muvazaalı nişanlanmaların yapılmasının ardında yatan pek çok neden olabilir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.248(a) gereği taraflardan birinin nişanlısı tanıklıktan çekinebilir. Muvazaalı nişanlanma, söz konusu

⁵⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.21.

⁵⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.21.

⁶⁰ SİRMEN'e göre, iyiniyetli olan ve nişanlısının hâlihazırda evli olduğunu bilmeyen taraf TBK'daki haksız fiil hükümlerine başvurarak uğradığı manevi zararın tazminin talep edebilir. SİRMEN, s.364.

⁶¹ Yargıtay 3.HD, E.2012/18775, K.2012/23545, T.14.11.2012 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.03.2021).

⁶² Yargıtay 3.HD, E.2013/15535, K.2014/884, T.23.01.2014 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.03.2021).

⁶³ ÖZTAN, s.50; ABİK, s.89.

⁶⁴ KILIÇOĞLU, s.16; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.21.

⁶⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.21.

⁶⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.21.

⁶⁷ SİRMEN, s.364.

⁶⁸ TEKİNAY, s.20; SİRMEN, s.364; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.22; AKINTÜRK/ATEŞ, s.39.

⁶⁹ SİRMEN, s.364.

⁷⁰ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin/ÖZAKMAN, Cumhuriyet/SARIAL, Enis: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.31; ABİK, s.83; TEKİNAY, s.13; HATEMİ, s.17; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.21.

⁷¹ ABİK, s.83; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.21.

tanıklıktan çekinme hükmünden yararlanmak için gerçekleştirilmiş olabilir⁷². Bir diğer örnek ise tarafların nişanlanmak istemediklerine ilişkin iradelerini birbirlerine açıklamalarına rağmen evlilik dışı birlikte yaşamayı üçüncü kişilere karşı nişanlıymışlar gibi göstermeleri olabilir⁷³. Muvazaalı nişanlanmalar sonucunda da nişanın bozulması dolayısıyla manevi tazminat istemek mümkün değildir.

e. Nişanlanma Ehliyeti

Nişanlanmanın geçerliliği bakımından tartışılması gereken bir diğer husus nişanlanma ehliyetidir. Söz konusu ehliyet “*ayrı cinsten iki kişinin, yani bir kadın ile bir erkeğin aralarında bir nişanlanma sözleşmesi yapabilme yeteneğine hukuken sahip bulunmaları*” olarak tanımlanmaktadır⁷⁴. TMK’da böyle bir ehliyet özel olarak düzenlenmediği⁷⁵ için genel kurallardan hareketle belirleme yapılması gerekmektedir⁷⁶.

Doktrinde ve uygulamada, geçerli bir nişanlanma akdinin kurulabilmesi için tarafların TMK m.13 kapsamında ayırt etme güçlerinin olması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷. Nişanlanma tarafların evlenme vaadine yönelik irade beyanlarını karşılıklı olarak açıklaması ile kurulur, irade beyanının varlığı için kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmaları aranır⁷⁸. Dolayısıyla, tam ehliyetli kimselerin TMK m.10 gereği serbestçe nişanlanmaları mümkündür⁷⁹. Sınırlı ehliyetli, bir diğer deyişle kendisine yasal danışman atanmış kimseler de tam ehliyetliler gibi nişanlanabilirler, yasal danışmanın iznine ihtiyaç duymazlar⁸⁰. Tam ehliyetsizlerin herhangi bir hukuki işlem yapmaları olanaksız olduğundan TMK m.15 uyarınca nişanlanmaları da mümkün değildir⁸¹. Nişanlanma, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için tam ehliyetsizlerin yasal temsilcileri onların adına nişanlanma akdi yapamaz⁸². Kaldı ki, tam ehliyetsizler, TMK m.125 uyarınca evlenemeyecekleri için nişanlanmaları evlenme imkânsızlığı sebebiyle de geçersiz olacaktır⁸³.

Bu noktada akla, ayırt etme gücünün geçici kaybedildiği anda yapılan nişanlanmanın geçerli olup olmadığı sorusu gelmektedir. Söz konusu soruya ilişkin doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, bu duruma ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden bir kimsenin yaptığı evlenme sözleşmesinin geçerliliğini düzenleyen TMK m.148 hükmü kıyasen uygulanmalıdır⁸⁴. Böylece nasıl geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kişi evlilik sözleşmesiyle bağlı olmak istemediğinde onu (nisbi butlan kapsamında) feshedebiliyorsa nişanlanma sözleşmesini de feshedebilmelidir. Ancak bu görüşü savunanların gözden kaçırdığı bir husus vardır, o da TMK m.148 hükmünün evlenmenin şekle ve merasime bağlı olması nedeniyle getirilmiş istisnai bir hüküm olmasıdır. Hâlbuki nişanlanma bakımından böylesine bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur⁸⁵. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, ayırt etme gücünün geçici kaybedildiği anda açıklanan irade beyanı, geçerli bir irade beyanı değildir⁸⁶. O halde ortada TMK m.148 gibi iptali istenebilecek bir sözleşme yoktur. Ayırt etme gücünün bulunmadığı anda yapılan nişanlanma kesin hükümsüz olup, bu nişanlanmadan dönülmesine lüzum bulunmamaktadır⁸⁷. Ayırt etme gücünü tekrar kazanan kimse nişanlanmayı kabul ederse, ayırt etme gücü yokken yaptığı nişanlanma sağlık kazanmaz, aksine nişanlanma, ayırt etme gücünün bulunduğu ve nişanlanmanın kabul edildiği o anda gerçekleşmiş olur⁸⁸.

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların (sınırlı ehliyetsizlerin) nişanlanmaları bakımından TMK m.118/II “*Nişanlanma, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça küçüğü veya*

⁷² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.21.

⁷³ ÖZTAN, s.51.

⁷⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, s.31.

⁷⁵ TMK’da nişanlanma için belirli bir yaş sınırı da belirlenmemiştir. AKINTÜRK/ATEŞ, s.38; ŞAHİN, s.89.

⁷⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, s.31; ŞAHİN, s.88.

⁷⁷ ÖZTAN, s.38; SİRMEN, s.363; ABİK, s.78; HATEMİ, s.12; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.18.

⁷⁸ ÖZTAN, s.38-39.

⁷⁹ ÖZTAN, s.39; SİRMEN, s.363; AKINTÜRK/ATEŞ, s.31; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.18.

⁸⁰ TMK m.429 gereği bu kimselerin hangi işlemler için yasal danışmandan izin almaları gerektiği düzenlemiş olup nişanlanma bunlardan biri değildir, ABİK, s.78-79. Aynı görüşte bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s.31.

⁸¹ ÖZTAN, s.40; AKINTÜRK/ATEŞ, s.33; ABİK, s.79; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.18.

⁸² ÖZTAN, s.40; AKINTÜRK/ATEŞ, s.33; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.18.

⁸³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.18.

⁸⁴ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V.: Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965, s.25; SAYMEN/ELBİR, s.47.

⁸⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.18-19.

⁸⁶ KOÇ, s.29-30; ÖZTAN, s.40; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.19.

⁸⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.19. Aynı görüşte bkz. ABİK, s.88.

⁸⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.19.

kısıtlıyı bağlamaz.” şeklindedir⁸⁹. Bu hüküm de doktrinde bir takım fikir ayrılıklarına sebep olmuştur. Bir görüş, hükmün lafzından hareket ederek, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasını alana dek nişanlanma ile bağlı olmadığını⁹⁰, diğer nişanlı tam ehliyetli ise nişanlanmanın onun bakımından geçerli olduğunu, yasal temsilcinin onayı alınca sınırlı ehliyetsizler bakımından da geçmişe etkili olarak nişanlanmanın hüküm ifade edeceğini ileri sürmektedir⁹¹. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise nişanlanmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan hareket ederek nişanlanmanın geçerliliği bakımından yasal temsilcinin izninin/onayının alınmasının gerekli olmadığını, TMK m.118’in yalnızca sınırlı ehliyetsizleri nişanlanmanın mali sonuçları bakımından korumak için getirilmiş olduğunu savunmaktadır⁹². Bu görüş uyarınca yasal temsilcinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen bir nişanlanma geçerlidir, nişanlanma taraflara yüklediği hak ve yükümlülükler bakımından iki taraf için hüküm ifade eder, ancak nişanlanmanın mali sonuçları bakımından sınırlı ehliyetsizlerin sorumlu olabilmesi yasal temsilcinin rızasının alınmasıyla olur. Sınırlı ehliyetsizin nişanlandığı kimse tam ehliyetli ise o, nişanlısının sınırlı ehliyetsiz olduğunu bilse de bilmese de nişanlanmanın mali sonuçları ile bağlıdır⁹³. Fakat tam ehliyetli nişanlı, nişanlanmaya sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisi tarafından uygun bir süre içinde icazet verilmesini talep edebilir ve icazet bu süre içinde verilmezse nişanı bozabilir (TMK m.451/II)⁹⁴.

f. Evlenme Vaadinde Bulunurken Uğranılan İrade Sakatlığı Halleri

Evlenme bakımından irade sakatlığı hallerini düzenleyen TMK (m.149-150-151), nişanlanma bakımından böyle bir düzenleme yapmamıştır. O nedenle evlenme vaadine ilişkin irade beyanının yanılma, aldatma veya korkutma gibi irade sakatlığı hallerinden biri ile sakatlanması durumunda nişanlanma sözleşmesinin akıbeti hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, nişanlanmadaki irade sakatlığı hallerine TBK 30 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁵. Söz konusu hükümlerin uygulanması, işlemle baştan beri bağlanılmaması ve nişanın geriye dönük olarak bozulması sonucunu doğurur⁹⁶. Kanaatimizce bu sonuç nişanlanmanın mahiyeti ile bağdaşmaz. Diğer görüş ise nişanlanmadaki irade sakatlığı hallerine, evliliğin nisbi butlanına uygulanan TMK m.149-151 hükümlerinin uygulanmasını savunmaktadır⁹⁷. Bu halde nişan ileriye dönük olarak bozulmaktadır. Bu hükümlerin uygulanması da nişanlanmanın mahiyetine uygun değildir, çünkü evlenmenin irade sakatlığı sebebiyle butlanında dava açmak gerekirken nişanlanma bakımından davaya lüzum yoktur.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, nişanlanmadaki irade sakatlığı halleri, TMK m.120 kapsamında nişanı bozmak için haklı bir sebep oluşturur⁹⁸. Söz konusu irade sakatlığı hallerinden birinin var olduğunu takdir etmek hakimın yetkisindedir⁹⁹. Yanılma, aldatma ya da korkutma altında nişanlanma akdini gerçekleştiren kimse, yanılma ve aldatmayı öğrenmesinden veya korkutmanın etkisinin geçmesinden itibaren derhal karşı tarafa nişanı bozduğunu bildirmelidir¹⁰⁰. Bu kapsamda, ‘derhal’ harekete geçme aranır zira TBK m.39 (bir yıllık) ya da TMK m.152’de (altı ay ve beş yıllık) yer alan sürelerin nişanın bozulmasına uygulanması doğru olmaz¹⁰¹. Sonuç olarak, irade sakatlığı sebepleriyle nişan karşı tarafa derhal bildirilmek suretiyle haklı olarak bozulursa diğer nişanlı TMK m.121’e istinaden manevi tazminat isteyemez, fakat TBK m.58’e göre manevi tazminat isteminde bulunabilir¹⁰². Yanılma ve aldatmayı öğrenmeden ya da korkutmanın ortadan kalkmasından sonra derhal nişanı bozduğunu karşı tarafa bildirmeyen

⁸⁹ Hükümde geçen ‘bağlamaz’ ifadesinin eleştirisi ve bunun İsviçre Medeni Kanunu Art.90’da olduğu gibi ‘yükümlü olmaz (nicht verpflichtet)’ şeklinde çevirisinin yapılmadığına ilişkin açıklama için bkz. ŞAHİN, s.90 vd.

⁹⁰ ABİK, s.79.

⁹¹ VELİDEDEOĞLU, s.25; TEKİNAY, s.14; AKINTÜRK/ATEŞ, s.32; SİRMEN, s.363; ÖZTAN, s.41 vd.

⁹² SAYMEN/ELBİR, s.46-47; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.19; ŞAHİN, s.102.

⁹³ FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s.31; TEKİNAY, s.15; ÖZTAN, s.45; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.20.

⁹⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.20.

⁹⁵ VELİDEDEOĞLU, s.30; HATEMİ, s.16 vd.

⁹⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.23.

⁹⁷ ÖZTAN, s.53; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.23.

⁹⁸ TEKİNAY, s.20; ABİK, s.84; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s.30; ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir M./GÖKYAYLA, Emre K.: Medeni Hukuk, Giriş – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Ankara 2000, s.718; ÖZTAN, s.53; AKINTÜRK/ATEŞ, s.39; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.23.

⁹⁹ ÖZTAN, s.52.

¹⁰⁰ ÖZTAN, s.53.

¹⁰¹ TEKİNAY, s.20; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s.30; SİRMEN, s.364; HATEMİ, s.17; KÖPRÜLÜ, Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipler – Kişinin Hukuku – Aile Hukuku, İstanbul 1970-1971, s.475; ÖZTAN, s.53; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.23.

¹⁰² SİRMEN, s.364.

nişanlı, daha sonra bu halleri ileri sürerek nişanı bozmak isterse artık bu haklı nedenle bir bozma olmayacak ve diğer nişanlının TMK m.121'e istinaden manevi tazminat istemesi mümkün olacaktır¹⁰³.

g. Evlenme Vaadinin Ciddiyeti

Nişanlanma, taraflar arasında ancak ciddi bir evlenme vaadi varsa geçerlidir¹⁰⁴. Örneğin, piyeste oyuncuların birbirlerine rol icabı evlenme vaadinde bulunmaları onların nişanlandığı anlamına gelmez¹⁰⁵. Tek taraflı ve kasti olarak ortaya çıkan irade uyumsuzluğunda olarak karşımıza çıkan latife beyanı veya zihni kayıt halinde ise karşı taraf bu uyumsuzluğu öngörebiliyorsa nişanlanma meydana gelmez¹⁰⁶. Ancak ciddi olmadığı karşı tarafça anlaşılmaz ya da hal ve şartlara göre karşı tarafın bunu anlaması kendisinden beklenemezse, ciddi olmayan veya gerçekte istenmeyen bir vaat de nişanlanma ilişkisinin doğumuna sebep olur¹⁰⁷. Bu halde korunan karşı tarafın güvenidir. Vaadi ciddi olmayan veya latife beyanında bulunan tarafın her zaman nişanı bozma hakkı vardır, fakat nişanı bozduğu takdirde bunun sonuçlarına katlanması gerekir¹⁰⁸. Dolayısıyla şartları varsa, nişanın haksız bozulması sebebiyle kendisinden maddi ve manevi tazminat talep edilebilir.

Sonuç olarak, TMK m.121 kapsamında manevi tazminat isteyen taraf, öncelikle geçerli bir nişanlanmanın varlığını ispat etmelidir. Ancak bundan sonra nişanın bozulması yüzünden manevi tazminat talebi gündeme gelebilecektir. Bu kapsamda nişanın bozulması hususu üzerinde durmak gerekmektedir.

2. Nişanın Bozulması

Manevi tazminat istenebilmesi için TMK m.121 gereği nişan, bozma yoluyla sona erdirilmiş olmalıdır. Bu sebeple, nişanlılığı sona erdiren bozma dışındaki ölüm, gaiplik, ehliyet kaybı gibi haller TMK m.121'in uygulanmasına mahal vermez¹⁰⁹. Nişanlılardan birinin tek taraflı irade açıklamasıyla nişanlılık ilişkisine son vermesi nişanı bozma (nişandan dönme) olarak adlandırılır. Burada tek taraflı,¹¹⁰ karşı tarafa varması gereken, herhangi bir şekle tabi olmayan, değiştirici yenilik doğurucu hak niteliğinde bir irade açıklaması bulunmaktadır¹¹¹.

Nişanı bozma, sözlü veya yazılı irade açıklamasıyla yapılabileceği¹¹² gibi açık veya örtülü bir irade beyanıyla da yapılabilir¹¹³. Örtülü olarak nişanı bozmaya örnek olarak nişanlının görüşmeyi reddetmesi ya da tamamen ziyaretleri ve iletişimi kesmesi, başka biriyle nişanlanması veya evlenmesi, haber vermeden ve adres bırakmadan başka bir şehre ya da ülkeye taşınması gösterilebilir¹¹⁴. Nişan, haklı bir sebep olup olmamasına bağlı olmaksızın bozulabilir¹¹⁵ ve bozulduktan sonra bundan dönmek mümkün değildir. Bozma, her iki tarafı da nişanlı statüsünden çıkarır ve birbirlerine karşı olan bağılıklarını ve yükümlülüklerini ortadan kaldırır¹¹⁶.

Nişanlılık ilişkisine haklı bir sebep bulunsun veya bulunmasın tek taraflı irade açıklaması ile son verilebilir. Bu durum nişanlanmanın evlenmeye zorlama imkânı vermemesinin doğal bir sonucudur¹¹⁷. Haklı sebep¹¹⁸ bulunmaması,¹¹⁹ yani haksız yere nişanın bozulması tazminat yükümlülüğü bakımından belirleyicidir, değilse haklı bir sebep olsun ya da olmasın tek taraflı irade beyanıyla nişanlılık ilişkisi ortadan kalkar¹²⁰. Haklı bir sebep olmaksızın veya taraflardan birine yükletilebilen bir kusur yüzünden nişanın bozulması yalnızca tazminat talebinin gündeme

¹⁰³ SİRMEN, s.364.

¹⁰⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.17.

¹⁰⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.17.

¹⁰⁶ ÖZTAN, s.50; ABİK, s.82; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.22.

¹⁰⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.17-22; ABİK, s.82; AKINTÜRK/ATEŞ, s.45.

¹⁰⁸ ÖZTAN, s.51; HATEMİ, s. 17; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.17.

¹⁰⁹ KILIÇOĞLU, s.33.

¹¹⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, s.45.

¹¹¹ KILIÇOĞLU, s.23; ABİK, s.99.

¹¹² AKINTÜRK/ATEŞ, s.45.

¹¹³ SİRMEN, s.365; ABİK, s.99; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.30.

¹¹⁴ SİRMEN, s.365; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.30.

¹¹⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s.45; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.31.

¹¹⁶ Bozma ile nişan kesin olarak sona erdiği için bundan sonra taraflar, nişanlılık ilişkisine devam etmek isterlerse buna yönelik irade açıklamaları ile yeni bir nişanlanma gerçekleşir. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.31.

¹¹⁷ Aynı yönde bkz. ÖZTAN, s.110.

¹¹⁸ Haklı sebep örnekleri için bkz. TEKİNAY, s.38-39; ABİK, s.101; ERGÜN, s.8; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.31-32.

¹¹⁹ Nişanın bozulmasında haklı sebep olmamasının hukuka aykırı davranışa karşılık geldiği ile ilgili bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan, "Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXW(II), 2016, s.761.

¹²⁰ ABİK, s.99; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.30.

getirilebilmesi bakımından önemlidir¹²¹. Bu kapsamda TMK’da maddi ve manevi olmak üzere iki tür tazminat öngörülmüş, manevi tazminat talebi bakımından ise ayrıca davacının bozma nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğramış olması koşulu aranmıştır.

3. Tazminat Talep Eden Nişanlının Kişilik Haklarının Saldırıya Uğraması

743 sayılı Medeni Kanun’un (MK) nişanın bozulmasında manevî tazminat istemini düzenleyen 85. maddesi ‘ağır manevi zarar’ bulunması halinde nişanlının söz konusu tazminat talep edebileceğini düzenlemiştir¹²². Buna göre, MK m.85 “*Bir taraf kendi kusuru olmaksızın nişanın bozulmasından şahsen fahiş bir surette mutazarrır olmuş ise, hakim onun zararı manevisini telafi için münasip bir tazminat hükmedebilir.*” şeklindeydi. Söz konusu düzenleme hem kişilik hakkı ihlali halinde genel olarak manevi tazminat istemini düzenleyen TMK m.25 (MK m.24a) hem de TBK m.58’deki manevi tazminat düzenlemelerinden ‘ağır manevi zarar’ kriterini araması nedeniyle farklılaşmaktaydı¹²³. Bu farklılık TMK m.121 kaleme alınırken dikkate alınmış ve ortadan kaldırılmıştır. TMK m.121’in gerekçesine göre¹²⁴;

“Yürürlükteki maddede manevî tazminatın koşulları Borçlar Kanunumuzun 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki hükmüne paralel olarak kaleme alındığından, manevî tazminat ‘şahsen fahiş bir surette mutazarrır olma’ koşuluna bağlanmıştır. Oysa Borçlar Kanunu’nun 49 uncu maddesinde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle manevî tazminatta ‘zararın ve kusurun ağırlığı’ koşulu kaldırılmıştır. Bu değişikliğe rağmen niteliği ve amacı aynı olan bu maddedeki manevî tazminatın ağır zarar koşuluna bağlı tutulması haklı ve yerinde görülmemiştir...”

Bu kapsamda TMK m.121 ‘ağır manevi zarar’ ibaresini içermemekte ve nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat talep edebileceğini belirtmektedir. Talep için kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı bir saldırı yeterlidir¹²⁵. Yargıtay’a göre¹²⁶;

“Kişilik değerlerinde oluşan manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Objektif eksilmeden ise, sadece o kişi için değil; toplumdaki diğer bireylerin de aynı zarara (duruma) düşmeleri anlaşılmaktadır. Yasalar manevi tazminat verilebilecek olguları sınırlandırmıştır. Bunlar, kişinin ve ailenin onur ve saygınlığına yönelik suçlar (TCK m.125), kişilik değerlerinin zedelenmesi (TMK m.24), isme saldırı (TMK m.26), nişan bozulması (TMK m.121), evlenmenin feshi (TMK m. 174), babalığın benimsenmemesi (TMK m.286), bedensel zarar ve öldürme (TBK m.56) ile kişilik haklarının zedelenmesidir (TBK m. 58). TMK m.24 ve TBK m.58. maddede belirtilen kişisel çıkarlar; kişilik haklarıdır. Kişilik hakkı ise kişisel varlıkların korunmasıyla ilgilidir. Kişisel varlıklar, insanın insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimdir.”

Kısacası, kişilik hakları ihlâl edilmiş olan nişanlı bundan dolayı manevî bir zarara uğradığı için tazminat istemektedir¹²⁷. Zira Yargıtay bir diğer kararında da objektif eksilmeye değindikten sonra aşağıdaki şekilde bir hüküm kurmuştur¹²⁸;

“Manevi zararın tazmin edilebilmesi için objektif unsur yanında bir de sübjektif unsurun gerçekleşmesi gerekir. Sübjektif unsur ise, zarar görenin söz konusu ihlal sonucu kişiliğinde, manevi varlığında objektif olarak meydana gelen bu eksilmeyi yaşamayı, duyması, onu hissetmesi, bunun sonunda da acı, elem, ızdırap duymasıdır. Sübjektif unsur yoksa manevi zarar da yoktur.”

Kişilik hakkına herhangi bir zarar vermeyen, ancak haklı bir sebebe de dayanmayan nişanın bozulması halinde manevi tazminata hükmedilemez. Örneğin Yargıtay, yerel mahkemenin verdiği manevi tazminat kararını bozarken davacının, davalı tarafın nişan tepsisine konulan muzların renklerinin bozulmasını sebep göstererek nişanı böyle sudan bir sebeple bozmasının kendisini son derece üzdüğüne ve insan içine çıkılmaz hale getirdiğine ilişkin iddiasını değerlendirmiş ve söz konusu olayın manevi zararın esaslı unsurunu teşkil eden kişilik

¹²¹ AKINTÜRK/ATEŞ, s.51; haklı sebep olmaksızın nişanın bozulmasında, manevi tazminat talebi için kusur unsurunun gerçekleştiği yönünde bkz. ÜNAL, s.417.

¹²² HATEMİ, s.30; YAVUZ, s.915.

¹²³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.38.

¹²⁴ https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_1.pdf (Erişim Tarihi: 21.01.2021) (Gerekçe) TMK m.121.

¹²⁵ Örneğin, nişanın bozulması sebebiyle nişanlının evlenme şansı azalmış ve nişanlı bu yüzden yoğun bir elem ve ızdırap yaşamışa kişilik hakkına yapılan bu saldırının hukuka aykırı olduğu kabul edilir, ÖZTAN, s.112.

¹²⁶ Yargıtay 3.HD, E.2016/10803, K.2017/17635, T.14.12.2017 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 21.01.2021).

¹²⁷ SİRMEN, s.371.

¹²⁸ Yargıtay HGK’nın ‘şahsen zarar’ kavramını kullandığı karar ve değerlendirmesi için bkz. ERGÜN, s.7; Yargıtay 3.HD, E.2013/20270, K.2014/1180, T.29.1.2014 (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html, Erişim Tarihi: 21.01.2021).

değerlerindeki objektif eksilme noktasına ulaştığını kabul etmenin mümkün olmadığını belirtmiştir¹²⁹. Benzer şekilde Yargıtay, yalnızca nişanlılığın uzun sürmüş olmasının manevi tazminat talebini haklı göstermeyeceğini de ifade etmiştir¹³⁰.

Manevi tazminat talepleri bakımından terk edilen tarafın içine düştüğü ruhi elem ve teessürün tespiti önemlidir¹³¹. Kişilik hakkının koruduğu bir kişilik değerinin ihlali¹³² nişanlanma sözleşmesinin yapıldığı sırada veya nişanlılık devam ederken ya da nişanın bozulması sırasında ortaya çıkan olaylar dolayısıyla gerçekleşebilir¹³³. Ayrıca nişanın bozulması yüzünden oluşan manevi zararın dava açıldığı sırada hala devam etmesi gerekmez, giderilmemiş olması kaydıyla önceden çekilmiş olan acı, üzüntü, elem bakımından manevi tazminat talep edilebilir¹³⁴. Kaldı ki, nişanlının manevi tazminat istemesi için söz konusu kişisel zararın manevi tazminat istemeyi haklı kılacak ölçüde olması beklenir¹³⁵. Nişanın bozulmasından kaynaklanan her manevi acı tazminat istemek için yeterli değildir, tazminat talebini haklı gösterecek nispette bir manevi acı olması gerekmektedir¹³⁶. Örneğin, nişanın bozulmasının diğer nişanlının onur ve şerefine yaralaması ile onu küçük düşürmesi bu kapsamda düşünülebilir¹³⁷. Genellikle nişanlılar arasındaki cinsi münasebet doğmasının ardından erkek nişanlının nişanı bozması, manevi tazminat ödenmesi sonucunu doğurmaktadır¹³⁸. Nişanlılığın bir gereği olan sadakat yükümüne aykırı hareket ederek başka ilişkiler kurmak,¹³⁹ nişanlıya karşı onur kırıcı davranışlarda ya da eylemlerde bulunmak, fiziksel şiddet uygulamak¹⁴⁰ veya nişanlıyla arasındaki samimi ilişkiyi ifşa etmek ve yazılan mesajları/mektupları üçüncü kişilerle paylaşmak suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal etmek manevi tazminat ödenmesini gerektirir¹⁴¹. Benzer şekilde, davalı nişanlının evlenmemeye kesin kararlı olmasına rağmen nişanı devam ettirmesi ya da nişanlılıktan doğan görevlerini ihlal etmesi ile davacı nişanlının kendisine veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlemesi halinde manevi tazminata hükmettirebilir¹⁴².

Yargıtay manevi tazminat taleplerini değerlendirirken çevrenin büyüklüğünü ve küçüklüğünü de dikkate almaktadır. Küçük bir çevrede yalnızca nişanın bozulması bile manevi tazminat ödenmesini gerektirebilir,¹⁴³ zira bu durum diğer tarafın evlenme şansını azaltıp onu küçük düşürerek kişilik haklarına saldırı oluşturur¹⁴⁴. Ancak Yargıtay çevrenin küçüklüğünü değerlendirirken olaya özgü inceleme yapmaktadır. Örneğin, yine küçük bir çevrede (köyde) gerçekleşen bir olayda davacının nişan bozulduktan sonra bir ay içinde tekrar nişanlandığı, dolayısıyla köyde nişanın bozulmasının yeniden nasip çıkmasını etkilemediği dikkate alınarak manevi tazminat talebi reddedilmiştir¹⁴⁵.

Manevi tazminat istenmesine sebebiyet veren olay nişanlının sağlığını bozan ya da tehlikeye düşüren bir olay olabilir. Nişanın bozulması ile hastalık arasında uygun illiyet bağı bulunmak koşuluyla nişanlılık ilişkisinin bozmayla sona ermesi nişanlının depresyona girerek uzun süre tedavi edilmesini gerektirmişse manevi tazminata hükmedilebilir¹⁴⁶.

¹²⁹ Yargıtay 3.HD, E.2016/10803, K.2017/17635, T.14.12.2017 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.01.2021).

¹³⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.39; Aksi yönde bkz. ERGÜN, s.8.

¹³¹ Örneğin, bir tarafın bozulan nişan yüzünden ileriye ait umutlarını yitirip yitirmedigine bakılır, ÖZTAN, s.112.

¹³² HATEMİ, s.29-30.

¹³³ SİRMEN, s.366.

¹³⁴ SİRMEN, s.372.

¹³⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.39.

¹³⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.39; Objektif teoriyi benimseyen yazarlara göre kişilik hakkına saldırı, manevi tazminata hükmedilebilmesi için yeterlidir, bkz. KESKİN, s.108 vd.; ERLÜLE, Fulya: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay’ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt I, 22(3), 2016, s.1114.

¹³⁷ ABİK, s.137; ÖZTAN, s.111; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.39.

¹³⁸ ABİK, s.138; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.39; HATEMİ, s.27-30.

¹³⁹ Yargıtay 3. HD, E. 2012/11315, K. 2012/16191, T. 27.06.2012 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.01.2021).

¹⁴⁰ HATEMİ, s.27.

¹⁴¹ SİRMEN, s.366-367; ÖZTAN, s.111.

¹⁴² ÖZTAN, s.111-112.

¹⁴³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.39.

¹⁴⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, s.56.

¹⁴⁵ Yargıtay HGK, E.2006/3-533, K.2006/566, T.20.09.2006 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.01.2021).

¹⁴⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.39.

4. Kusur

a. Tazminat Talep Edilen Nişanlı Bakımından

Manevi tazminat ödemesi gereken nişanlının kusurlu olması gerektiği TMK m.121’de açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, TMK m.121’in uygulama alanı bulabilmesi için nişanı bozan ya da bozulmasına neden olan tarafın kusurlu olması şarttır¹⁴⁷. Söz konusu kusur, haklı sebep olmaksızın nişanı bozma, kusuru ile nişanın karşı tarafça bozulmasına sebebiyet verme veya nişanı bozma tarzı bakımından kusurlu olma şeklinde kendini gösterir¹⁴⁸. Bir diğer deyişle, haklı nedene dayanmadan nişanı bozan¹⁴⁹ veya nişanlılığa ters düşen davranışları ile karşı tarafın haklı olarak nişanı bozmasına neden olan taraf kural olarak kusurludur¹⁵⁰. Bu kapsamdaki kusurun ağır olması gerekmez,¹⁵¹ kötüniyetle hareket etme şart olmamakla birlikte hafif nitelikteki bir ihmal de sorumluluğa yol açabilir¹⁵². TMK m.121, kusurun özel bir ağırlıkta olmasını aramamış, ihmali yeterli görmüştür. Kusurun ağırlığı, manevi tazminatın miktarı hesaplanırken dikkate alınır¹⁵³. Son olarak, manevi tazminata hükmedilebilmesinde kusur şartı arandığı için davalının nişanı bozduğu veya bozulmasına neden olduğu anda temyiz kudretine sahip olması da gereklidir¹⁵⁴.

b. Tazminat Talep Eden Nişanlı Bakımından

Öncelikle TMK m.121 manevi tazminat talep eden nişanlının kusursuz olması gerektiğini belirtmemekte, yalnızca talep edilen taraf bakımından kusurlu olma şartını aramaktadır¹⁵⁵. Buna rağmen doktrinde tazminat talep eden nişanlının kusuru noktasında görüş ayrılığı söz konusudur. Bir görüş, manevi tazminat talep eden nişanlının kendisinin de nişanın bozulmasında kusurlu olması halinde tazminat isteyemeyeceğini, davacının mutlaka kusursuz olması gerektiğini ileri sürer¹⁵⁶. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise MK m.85’e dayanarak manevi tazminat istenebilmesi için davacının nişanın bozulmasında kusursuz olması gerektiğini, ancak TMK m.121’in manevi tazminat talep eden nişanlı bakımından bu kriteri aramadığını, dolayısıyla artık davacı nişanlının kusursuz olmasının gerekmediğini, onun kusurunun diğer nişanlıninkinden daha az olmasının yeterli olduğunu savunur¹⁵⁷. Bu kapsamda ‘davacının kusuru, davalı nişanlının kusurundan daha az olmalı’ ifadesinden anlaşılması gereken davacının kusurunun diğer tarafın kusurlu davranışı ile manevi tazminat arasındaki illiyet bağına kesecek ağırlıkta olmamasıdır¹⁵⁸. Davacının -davalıya nazaran daha az olan- kusuru tazminat miktarının indirimi noktasında hesaba katılır¹⁵⁹.

III. MANEVİ ZARARIN TAZMİNİ TALEBİ

A. Manevi Tazminatın Kapsamı

Nişanın bozulması sebebiyle öngörülen manevî tazminatta, davacının kişisel hakları ihlâl edildiği için çektiği acı ve ıstırapı malvarlığında bir artış sağlamak suretiyle gidermek amaçlanır¹⁶⁰. Taraflar manevi tazminatın miktarında anlaşılırsa dava açılmasına lüzum olmaz, ancak çoğunlukla anlaşma sağlanamaz ve kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın dava açması gerekir¹⁶¹. Bu davada zarar gören nişanlı, TMK m.121’e göre kendisine manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir. TMK m.121’in açık ifadesi neticesinde hakim manevi tazminat olarak bir miktar paraya hükmetmek yerine verebileceği başkaca bir karar yoktur¹⁶².

¹⁴⁷ ÖZTAN, s.89; ABİK, s.139.

¹⁴⁸ SİRMEN, s.370; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.40.

¹⁴⁹ ABİK, s.139.

¹⁵⁰ SİRMEN, s.370.

¹⁵¹ ABİK, s.139; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.40.

¹⁵² Hafif kusura örnek olarak evlenmeye engel bir hastalığa yakalanmasına rağmen nişanlılık ilişkisini devam ettiren nişanlının durumu verilebilir, SİRMEN, s.369. Aynı yönde bkz. ABİK, s.139; KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAAĞA, Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması – Bilimsel Görüşler Yargı İçtihatları, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2011, s.238.

¹⁵³ ÖZTAN, s.113.

¹⁵⁴ SİRMEN, s.370.

¹⁵⁵ ÖZTAN, s.113.

¹⁵⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, s.55. Aynı yönde bkz. KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s.238.

¹⁵⁷ ÜNAL, s.434; KILIÇOĞLU, s.34; ÖZTAN, s.113; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ; ABİK, s.140; ERGÜN, s.7.

¹⁵⁸ KOÇ, s.119; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.40. Davacının kusuru nişanın bozulmasını haklı gösterecek derecede olmamalıdır, ÖZTAN, s.113.

¹⁵⁹ ÖZTAN, s.113.

¹⁶⁰ SİRMEN, s.373.

¹⁶¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.40.

¹⁶² Hakim, TBK m.58’i uygulayarak özür dilenmesine veya kararın yayınlanmasına hükmedemez. MK m.85’te ‘münasip bir tazminata’ hükmedilmesinden söz edildiğinden para dışında başka tazmin hallerine de imkân olduğu

Hakim, TMK m.4 kapsamında tarafların sosyo-kültürel ve toplumsal durumlarını göz önüne alarak tazminat miktarını belirler¹⁶³. Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği üzere hakim, “nişanı bozmadaki olayın niteliğini, bırakılan nişanlı üzerinde bu olayın yaptığı etkileri, tarafların sosyal ve mali durumlarını göz önünde bulundurarak manevi tazminatın miktarını serbestçe takdir eder.”¹⁶⁴. Somut olayın özelliklerine göre uygun miktardaki tazminat saptanırken TMK m.5'in yaptığı yollama ile TBK m.51-52 de dikkate alınır¹⁶⁵. TBK m.51 uyarınca tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyen hakim, TBK m.52'deki koşulları nazara alarak tazminat miktarında indirimde gidebilir¹⁶⁶.

Manevi tazminata toptan olarak hükmedilir; irat şeklinde ödenmesine (TMK m.176/II) ya da taksitlere bölünmesine karar verilemez¹⁶⁷. Para olarak miktarına karar verilen manevi tazminata, zarar verici olayın (nişanın bozulmasının) meydana gelmesinden itibaren yasal faiz işler,¹⁶⁸ fakat yasal faiz için de davacının ayrıca talepte bulunması gerekir¹⁶⁹.

B. Manevi Tazminat Davasının Tarafları, İspat Külfeti ve Zamanaşımı

Yukarıda sayılan şartlar gerçekleştiğinde TMK gereğince kişilik hakları saldırıya uğrayan nişanlı manevi tazminat talep edebilir¹⁷⁰. TMK m.121 kapsamında açılacak bir manevi tazminat davasının taraflarının eski nişanlı çift olması gerekir¹⁷¹. Kusursuz veya az kusurlu olan nişanlı davacı, tam veya daha fazla kusurlu olan nişanlı ise davalı olacaktır. TMK m.120'de düzenlenen maddi tazminattan farklı olarak¹⁷² m.121'deki manevi tazminat istemi yalnızca nişanlılara tanınmış bir haktır¹⁷³. Dolayısıyla, zarara uğrayan nişanlının bizzat kendisi diğer nişanlıya karşı manevi tazminat davası açabilir; onun yerine veli ya da vasisi böyle bir istemde bulunamaz¹⁷⁴. Bu noktada ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar ile tam ehliyetsizlerin durumuna değinmek gerekir. Manevi tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan TMK m.16/I gereği sınırlı ehliyetsiz nişanlı yasal temsilcisinden izin almadan bu davayı bizzat açabilir¹⁷⁵. İstisna olarak ise zarar gören nişanlı tam ehliyetsizse onun adına yasal temsilcisinin dava açabileceğini kabul etmek gerekir. Zira örneğin, nişanın bozulmasının yarattığı acı ve üzüntü nişanlılardan birinin ayırt etme gücünü kaybettiren bir hastalığa tutulmasına yol açmışsa onun yasal temsilcisinin manevi tazminat davası açamayacak olması hak ve adalete uygun düşmeyecektir¹⁷⁶.

Belirtildiği üzere, davalı taraf tam ya da daha fazla kusurlu olan eski nişanlı olacaktır. TMK m.121 kusurlu eski nişanlı dışındaki kişilere karşı dava açılmasına izin vermemektedir. Ancak koşulları oluştuysa genel hükümlere dayanılabilir ve örneğin TMK m.25 ve TBK m.58 kullanılarak nişanın bozulmasını teşvik eden kimselere karşı dava açılabilir¹⁷⁷.

Manevi tazminat talebinde bulunan davacı, geçerli bir nişanlanmanın varlığını, bu nişanın bozma yoluyla sona erdirildiğini, bozmanın haklı bir sebebe dayanmadığını veya karşı tarafın kusuruna istinaden nişanı bozduğunu, bozma sonucu kişilik haklarının saldırıya uğradığını, nişanı bozan tarafın kusurlu olduğunu,¹⁷⁸ TBK m.50 gereği uğradığı zarar ile miktarını ve nişanın bozulmasıyla uğradığını ileri sürdüğü manevi zarar arasında uygun illiyet bağının (sebep-sonuç

yönünde bkz. YAVUZ, s.915; AKINTÜRK/ATEŞ, s.56; ABİK, s.140; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.41; KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s.239.

¹⁶³ ÖZTAN, s.114.

¹⁶⁴ Yargıtay HGK, E.1956/6, K.1956/6058, T.12.12.1956 (AKINTÜRK/ATEŞ, s.6).

¹⁶⁵ KILIÇOĞLU, s.35.

¹⁶⁶ ABİK, s.140. Bir lira tutarındaki bir manevi tazminatın kınama amacı taşıdığı ve nişanın bozulması dolayısıyla istenebilecek manevi tazminatın amacına uygun olmadığına ilişkin bkz. SİRMEN, s.373-374.

¹⁶⁷ ÖZTAN, s.117; ABİK, s.141.

¹⁶⁸ KOÇ, s.111; ABİK, s.141.

¹⁶⁹ ÖZTAN, s.117; ABİK, s.141.

¹⁷⁰ Manevi tazminat davası tek başına ya da maddi tazminat davasıyla birlikte açılabilir, ÖZTAN, s.109.

¹⁷¹ SİRMEN, s.374; AKINTÜRK/ATEŞ, s.56.

¹⁷² Maddi tazminat talep hakkı nişanlılardan başka nişanlıların ana ve babaları ile onlar gibi hareket eden insanlara da tanınmıştır (TMK m.120).

¹⁷³ Yargıtay 3.HD, E.2012/11315, K.2012/16191, T.27.06.2012 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 21.01.2021); DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.38; ÖZTAN, s.110.

¹⁷⁴ SİRMEN, s.374; ABİK, s.142; AKINTÜRK/ATEŞ, s.56; KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s.238.

¹⁷⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s.56; ÖZTAN, s.115; ABİK, s.142; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.40.

¹⁷⁶ ÖZTAN, s.115; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.40. Aynı yönde bkz. FEYZİOĞLU, s.74; VELİDEDEOĞLU, s.40; KOÇ, s.111; SİRMEN, s.374; ABİK, s.142.

¹⁷⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.40.

¹⁷⁸ ÖZTAN, s.117; ABİK, s.146.

ilişkisinin) bulunduğunu¹⁷⁹ ispatlamalıdır. Ancak somut olayın özellikleri ve yaşam deneyimleri haklı bir sebep olmaksızın bozulan nişan yüzünden nişanlının manevi zarara uğradığını gösteriyorsa davacıdan bu yönde bir delil sunması beklenmeyebilir¹⁸⁰. Örneğin, uzun süredir nişanlı olan ve çevrelere birbirlerini bu şekilde tanıtan taraflardan biri nişanlılık ilişkisi devam ederken diğer nişanlıya haber vermeksizin aniden başka biriyle evlenirse bu durumda büyük hayal kırıklığı yaşayan davacının manevi zarara uğradığı kabul edilmeli, başkaca bir delile ihtiyaç duyulmamalıdır¹⁸¹. Davalı ise nişanın karşı tarafın kusuruna istinaden bozulduğunu ya da bozmanın kişilik haklarına hukuka aykırı bir saldırı oluşturmadığını ispat etmedikçe tazminat ödemekten kurtulamaz¹⁸².

Son olarak, nişanlılığın herhangi bir nedenle sona ermesinden doğan dava hakları, TMK m.123 gereği sona ermenin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar¹⁸³. Bir yıllık süre maddi ve manevi tazminat yanında hediyelerin geri verilmesini de kapsar¹⁸⁴. Her ne kadar TMK m.123 zamanaşımı süresinin başlangıcı için nişanın sona ermesini esas almışsa da doktrinde zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiği hususu tartışmalıdır¹⁸⁵. Bu tartışma TMK'nın bozulmanın hangi tarihte öğrenilmiş olduğuna önem vermemesinden kaynaklanmaktadır. TMK m.123'ün gerekçesi bu hususa değinmiş ve "*Maddede zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması, sona erme sebebinin öğrenilmesine tabi olmayıp bu süre sona ermeden işlemeye başlayacaktır. Bu yolla tarafların 'sona ermeyi daha geç öğrenmiş oldukları' iddiasıyla yıllar sonra bu tür davalarla karşı karşıya getirilmesi yerinde görülmemiştir.*" ifadesini kullanmıştır¹⁸⁶.

Nişan açık bir irade beyanıyla bozulmamışsa zamanaşımı için nişanın bozulma tarihini dikkate almanın hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkaracağı da savunulmaktadır¹⁸⁷. Bu kapsamda *Tekinay*, örnek olarak nişanlılardan birinin eğitim için yerleştiği şehirde başka biriyle evlenmesini ve bunu nişanlısından saklamasını vermektedir. Yazara göre, hileli hareketlerle zamanaşımı süresini dolduran kimsenin bundan faydalanması TMK m.2/II uyarınca hakkın kötüye kullanımı olup böyle bir durumda bir yıllık süre nişanın bozulduğunu öğrenme tarihinden itibaren başlamalıdır¹⁸⁸. Nişanın bozulduğundan haberi olmayan taraf için TMK m.123 uyarınca zamanaşımının işlemeye başlama zamanının hak ve adaletle bağdaşmayan sonuçlar doğuracağından bahisle, açık bir irade beyanıyla, bir mesaj veya bir mektupla ya da yüz yüze bozulan bir nişan için zamanaşımı süresinin nişanın bozulmasından itibaren işlemesi gerektiği, fakat bozma bir haberciyle bildirilmiş ya da örtülü bir beyanla ifade edilmişse, öğrenme tarihinin esas alınmasının uygun olduğu ileri sürülmektedir¹⁸⁹. Kanaatimizce sosyal medyanın da sık kullanıldığı günümüz teknolojik koşullarında böyle bir örneğin olma ihtimali oldukça azalmıştır. Yalnızca bu örnek özelinde olmamakla birlikte, geçmiş zamanlara kıyasla artık örtülü bir beyanla da olsa bir kimsenin nişanın bozulduğunu öğrenmesi ile nişanın bozulduğu tarih arasında hakkı kaybı yaratacak derecede uzun bir zaman farkı olma olasılığı yok denecek kadar azdır. Bu nedenle, TMK m.123'ün lafzının aynen uygulanmasında bir sakınca olmadığı kanaatindeyiz.

C. Manevi Tazminat Talebinin Mirasçılar tarafından İleri Sürülmesi ve Hayatta Bir Üçüncü Kişiye Devri

Medeni Kanunumuzun nişanın bozulmasında manevi tazminatı düzenleyen 121. maddesi söz konusu tazminat talebinin temlik edilip edilemeyeceği veya mirasçılara intikali hususlarını düzenlememiş,¹⁹⁰ bunu genel hüküm niteliğindeki TMK m.25/IV'in uygulamasına bırakmıştır¹⁹¹. Gerekçede TMK m. 25'te mirasçılara intikal ve devir konuları düzenlendiğinden TMK m.121 için

¹⁷⁹ KILIÇOĞLU, s.34-35.

¹⁸⁰ KILIÇOĞLU, s.34.

¹⁸¹ KILIÇOĞLU, s.34.

¹⁸² ÖZTAN, s.117.

¹⁸³ ZGB m.93 de aynı düzenlemeyi içermektedir.

¹⁸⁴ SİRMEN, s.377; AKINTÜRK/ATEŞ, s.57.

¹⁸⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s.57.

¹⁸⁶ Gerekçe, TMK m.123.

¹⁸⁷ TEKİNAY, s.57; ABİK, s.146; SİRMEN, s.377.

¹⁸⁸ TEKİNAY, s.57.

¹⁸⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s.57. Aynı yönde bkz. ABİK, s.146-147.

¹⁹⁰ MK m.85, TMK m.121'den farklı olarak bu hususu düzenlemiş, manevi tazminatın mirasçıya intikal etmeyeceğini, ancak miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dava ikame olunmuş ise mirasçılara intikal edeceğini öngörmüş idi.

¹⁹¹ KILIÇOĞLU, s.35; YAVUZ, s.916.

bu konuların tekrar kaleme alınmasının uygun görülmediği belirtilmiştir¹⁹². TMK m.25/IV “Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.” şeklindedir. Maddede geçen ‘ileri sürme’ kavramı bunun mutlaka dava yoluyla yapılmış olması gerektiği anlamına gelmez. İspat edilmesi koşuluyla kişilik hakları saldırıya uğrayan nişanlının ölmeden önce herhangi bir şekilde manevi tazminat talep etme yönündeki iradesini açığa vurması yeterlidir¹⁹³. Bu durumda tazminat yükümlüsü öldüğünde ödeme yükümlülüğü mirasçılara geçer¹⁹⁴.

Manevi tazminat isteme hakkı olan nişanlının bu hakkını hayattayken bir üçüncü kişiye devretmesi TMK m.25/IV uyarınca söz konusu talebin karşı tarafça kabul edilmiş olmasına bağlıdır. Zira talep kabul edildiğinde bu kişi varlığından çıkarak, bir malvarlığı hakkı niteliğine haiz olur ve devri mümkün olan her malvarlığı hakkı gibi üçüncü kişilere devredilebilir¹⁹⁵.

IV. SONUÇ

Çalışmamız pek çok tartışmalı hususu bünyesinde barındıran nişanın bozulmasında manevi tazminat konusunu Yargıtay kararları ışığında incelemiştir. Kanun koyucu burada mehaz İsviçre Medeni Kanunu’ndan ayrılarak, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak öngörülen genel manevi tazminat talebi ile yetinmemiş, nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan nişanlıya yönelik özel bir manevi tazminat hükmü ihdas etmeyi tercih etmiştir.

Bu kapsamda TMK m.121’e göre, bozmadan kaynaklanan manevi tazminat talebinin ileri sürülebilmesi bakımından ilk olarak taraflar arasında geçerli bir nişanlanma kurulmuş olmalıdır. Geçerli bir nişanlanma için ayrı cinsten kimseler arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla evlenme vaadinde bulunulmuş olmalı, söz konusu vaat ciddi olmalı, vaatte bulunanların nişanlanma ehliyeti bulunmalı, bir diğer deyişle taraflar hukuken nişanlanma sözleşmesi yapabilme yeteneğine sahip bulunmalı, nişanlanacaklar arasında kesin bir evlenme engeli bulunmamalı ve nişanlanma muvazaalı (danişıklı) olarak yapılmamalıdır. Kanunda nişanlanmanın geçerliliğine ilişkin bir şekil şartı ise öngörülmemiştir. Ancak Yargıtay geçerli bir nişanlanma için belirli ritüellerin yapılması gerektiğini belirtmekte, aksi durumda geçerli bir nişanlanmanın varlığından söz edilemeyeceğine hükmetmektedir. Kanaatimizce Yargıtay’ın bu kararı yerinde değildir, çünkü kanunda öngörülmemiş, ağır ve sınırları belirli olmayan bir şekil şartının aranması, nişanlanmanın sonuçlarına ilişkin hakların kullanılması bakımından önemli bir engel oluşturur.

Geçerli bir nişanlanma sözleşmesi yapıldığı tespit edildikten sonra nişanın bozma yoluyla sona erdirilip erdirilmediği hususu incelenmelidir. Zira TMK m.121 uyarınca manevi tazminat talebinin öne sürülebilmesi için nişanın bozma yoluyla sona erdirilmiş olması gerekmektedir. Nişan, bozma dışındaki ölüm, gaiplik, ehliyet kaybı gibi hallerle sona ermişse TMK m.121 uygulanmaz. Nişan bozma yoluyla sona erdiyse TMK m.121’in uygulama alanı bulabilmesi için bir diğer şart da nişanın bozulması yüzünden davacının kişilik hakkının saldırıya uğramış olmasıdır. Bir diğer deyişle, bozma nedeniyle davacının kişilik değerlerinde objektif bir eksilme meydana gelmelidir. Manevi tazminat ile amaçlanan söz konusu eksilmeyi gidermektir. Kişilik hakkının koruduğu bir kişilik değeri, nişanlanma sözleşmesinin yapıldığı sırada veya nişanlılık devam ederken ya da nişanın bozulması sırasında ortaya çıkan olaylar dolayısıyla ihlal edilmiş olabilir. Kişilik hakkı ihlal edilen tarafın ayrıca kusursuz olması gerekmez, kendisi davalıdan daha az kusurlu da olsa manevi tazminat isteminde bulunabilir yeter ki onun kusuru diğer tarafın kusurlu davranışı ile manevi tazminat arasındaki illiyet bağına kesecek ağırlıkta olsun. Davalının ise kusurlu olması gerekmektedir. Söz konusu kusur, haklı sebep olmaksızın nişanı bozma, kusuru ile nişanın karşı tarafça bozulmasına sebebiyet verme veya nişanı bozma tarzı bakımından kusurlu olma şeklinde olabilir. Yargıtay birçok kararında salt nişanın bozulması ile yaşanan elem, acı ve ıstırapın kişilik hakkının ihlalden bahsetmek için yeterli olmadığını yerinde bir şekilde vurgulamıştır. Bu sonuç nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi gerçeği ile de uyumludur. Nişan bir tarafın kusuru ile sona erse dahi manevi tazminat talebinde bulunmak için ikinci aşamada diğer tarafın kişilik değerlerinin ihlal edilip edilmediği tespit edilmelidir. Kusurun varlığı ve kişilik değerinin ihlal edilmiş olduğu tespitinin ardından, yaşanan manevi yıkımın ağırlığı, bir diğer ifade ile fahiş bir zarar doğup doğmadığı hususu ise yalnızca tazminatın miktarını tayin bakımından esas alınmalıdır.

¹⁹² Gerekçe, TMK m.121.

¹⁹³ ÖZTAN, s.116; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.41; YAVUZ, s.916.

¹⁹⁴ ÖZTAN, s.116.

¹⁹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.41.



Yukarıdaki koşulları sağlayan eski nişanlı manevi zararının giderimi için kendisine tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir. Hakim, tazminat miktarını nişanlı bozmadaki olayın niteliğini, bırakılan nişanlı üzerinde bu olayın yaptığı etkileri, tarafların toplumsal, sosyal ve mali durumlarını göz önünde bulundurarak takdir eder. Manevi tazminat davasının tarafları eski nişanlı çifttir; davacı kusursuz ya da az kusurlu olan nişanlı, davalı ise kusurlu olan nişanlıdır. Manevi tazminat isteminde bulunan davacı, talep hakkı için aranan şartların varlığını ispat yükü altındadır. Talebin tabi olduğu zamanaşımı süresi TMK m.123'e göre, sona ermeden itibaren bir yıldır. Son olarak, TMK m.25/IV gereğince manevî tazminat talebi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez ve mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.


KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız: “Nişanlanma ve Nişanlılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(2), 2005, s.2-89.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt, Beta Basım Yayın, İstanbul 2020.
- AKKANAT ÖZTÜRK, Elif Beyza: “Karar İncelemesi: Nişanlanma Sözleşmesinin Şekli”, <https://blog.lexpera.com.tr/karar-incelemesi-nisanlanma-sozlesmesinin-sekli/> (Erişim Tarihi: 22.04.2021).
- BURCUOĞLU, Haluk: “Nişanlanmada Şekil Konusu ve Yargıtay İçtihadı”, Prof. Dr. Necla GİRİTLİOĞLU'na Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ERGÜN, Zafer: Boşanma Davaları, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Nişanın Bozulmasında Maddi Tazminat”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXW(II), 2016, s.757-771.
- ERLÜLE, Fulya: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay'ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt I, 22(3), 2016, s.1087-1117.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin/ÖZAKMAN, Cumhur/SARIAL, Enis: Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.
- HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- HERRING, Jonathan: Family Law, Harlow 2017.
- İNAL, H. Tamer: “Nişanlılığın Hukuki Niteliği”, Terazi Hukuk Dergisi, 11(118), 2016, s.119-142.
- KESKİN, A. Dilşad: Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KOÇ, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002.
- KÖPRÜLÜ, Bülent: Medeni Hukuk – Genel Prensipler – Kişinin Hukuku – Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1970-1971.
- KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması – Bilimsel Görüşler Yargı İçtihatları, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2011.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- ROTH, Andreas: in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familien Recht I, §1297-1588, 8. Auflage, C.H.Beck Verlag, München 2019.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1960.
- SİRMEN, Lale: “Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ellinci Yıl Armağanı, 1, 1977, s.359-379.
- ŞAHİN, Mustafa: “İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk Hukukunda Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük ve Kısıtlıların (Sınırlı Ehliyetsizlerin) Nişanlanma Ehliyeti (TMK m.16/I, 118/II)”, Ankara Barosu Dergisi, 72(4), 2014, s.83-104.
- TEKİNAY, Selahattin S.: Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- ÜNAL, Mehmet: “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (35)1, s.397-437, 1978.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V.: Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965.
- YAVUZ, Nihat: Öğreti ve Uygulamada Nafaka, Nişan ve Eşlerin Katkı Payı ile İlgili Davalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir M./GÖKYAYLA, Emre K.: Medeni Hukuk – Giriş – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.

GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA SAHİBİNİN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE SECURE ELECTRONIC SIGNATURE OWNER

Mehmet Emin ÖZGÜL*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.884252> 

Makale Bilgi

Gönderi: 18/01/2021
Kabul : 18/03/2021

Anahtar Kelimeler

Güvenli Elektronik
İmza,
Dijital İmza,
Elektronik Sertifika
Hizmet Sağlayıcısı,
Elektronik İmza
Sahibi,
Sertifika Mali
Sorumluluk Sigortası.

Article Info

Received: 18/01/2021
Accepted: 18/03/2021

Keywords

Secure Electronic
Signature,
Digital Signature,
Electronic Certificate
Service Provider,
Electronic Signature
Owner,
Certificate Liability
Insurance.

Özet

2004 yılında yürürlüğe giren Elektronik İmza Kanunu ve ardından gelen diğer hukuki düzenlemelerle birlikte, elektronik imza kullanımı giderek yaygınlaşmış hem kamuda hem de özel sektörde sıklıkla kullanılmaya başlamıştır. Güvenli elektronik imza, özellikle pratikliği ve güvenilirliği sebebiyle tercih edilen bir imza yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem Borçlar Kanun'unda hem de Elektronik İmza Kanun'unda, güvenli elektronik imza, kural olarak el ile atılan imzaya hukuken eşdeğer sayılmıştır. Bunun için güvenli elektronik imzanın Kanunla belirlenen özellikleri taşıması gerekir. Çalışmamızda bu özelliklerden genel olarak bahsedilmiştir. Kullanımı yaygın olan güvenli elektronik imza türünde, imza sahibi kimselerin çoğunlukla sözleşmelerin içeriğine dikkat etmeyebileceği, mevzuattaki düzenlemelerden de haberdar olmayabilecekleri göz önünde bulundurulmuş ve konunun derli toplu işlenmesine çalışılmıştır. İmza sahibi olan kişilerin hakları ve yükümlülükleri sınıflandırılarak, belli başlıklar altında incelenmiş, dolaylı olarak güvenli elektronik sertifika hizmetini sağlayanların da hak ve yükümlülüklerinden bahsedilmiştir. İmza sahibinin ve sertifika hizmeti verenlerin yükümlülüklerini yerine getirmesinin önemine dikkat çekilmeye çalışılmış, bu yolla hukuki sorunların azalacağına ve bu imza türüne olan güvenin artacağı inancıyla konu incelenmeye çalışılmıştır. Halihazırda var olan eksiklikler ve sorunlar tespit edilmeye çalışılarak, imza sahibi olanlarda veya edinmeyi düşünenlerde farkındalık oluşturulması hedeflenmiştir.

Abstract

With the Electronic Signature Law enacted in 2004 and other legal regulations that followed, the use of electronic signatures has become increasingly widespread. It has been used frequently in both the public and private sectors. Secure electronic signature emerges as a preferred signing method, especially due to its practicality and reliability. In both the Code of Obligations and the Electronic Signature Law, a secure electronic signature has been deemed legally equivalent to a manual signature as a rule. For this, the secure electronic signature must have the characteristics specified by the Law. In our study, these features are generally mentioned. Regarding the use of secure electronic signature, it has been taken into consideration that the signatories may not pay attention to the content of the contracts and they may not be aware of the regulations in the legislation, thus this issue has been dealt with in a tidy manner in our study. The rights and obligations of the signatories are classified and examined under certain headings, and indirectly, the rights and obligations of signatories are mentioned. The importance of the signatory and certificate service providers fulfilling their obligations has been tried to be highlighted, with the belief that legal problems pertaining will decrease and the trust in this signature type will increase. By identifying some existing deficiencies and problems, it is aimed to raise awareness among those who have secure electronic signatures or those who think to acquire them.

I. GİRİŞ

Teknolojide yaşanan hızlı gelişme beraberinde birçok yeni kavramı hayatımıza yerleştirdiği gibi, 1900'lü yılların sonunda, 2000'li yılların başında dijital imza ve elektronik imza kavramları konuşulmaya, tartışılmaya ve kanunlaştırma çalışmaları yapılmaya başlanmıştır. Teknolojide yaşanan bu hızlı gelişmelere, hukuk düzeni de hızla ayak uydurmaya çalışmış ve 2004 yılında ülkemizde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu yürürlüğe girmiştir. Ardından yönetmelikler, genelgeler ve tebliğlerle ve bunlarda ihtiyaca göre yapılan değişikliklerle bugüne kadar gelinmiş, biyometrik yöntemler, farklı şifreleme teknikleri ve farklı elektronik imza türlerinden en kullanışlı olanı ve yeterli güvenlik özelliklerini barındıran yani güvenli elektronik imza, belli istisnalar dışında bütün hukuki işlemlerde kullanılmaya başlanmış ve el ile atılan imzaya eşdeğer sayılmıştır. Güvenli elektronik imza hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanını ilgilendiren boyutuyla, dinamik bir alan olan teknolojideki değişimle ilgili teknik yönüyle, birçok bilimsel çalışmaya konu olmaktadır. Uygulamada yaşanan tecrübelerin ve konuyla ilgili yargı kararlarının artmasıyla birlikte, bu konuda hem hukuki düzenlemelerde değişiklikler olabilecek hem de yapılan bilimsel çalışmalar artabilecektir. Güvenli elektronik imza sahibi kişilerin hak ve yükümlülükleri konusunda var olan durumun tespiti, imza sahiplerinin ve sertifika sağlayıcıların bu konuya dikkatlerinin çekilmesi gerekliliği böyle bir çalışma yapılma ihtiyacını hissettirmiştir.

II. ELEKTRONİK İMZA KAVRAMI VE GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZANIN TANIMI

Elektronik imza, genel anlamda, sayısal ve biyometrik¹ sembollerden oluşan bir imza olarak tanımlanabilir². 5070 sayılı “Elektronik İmza Kanun’unun 3/b maddesinde elektronik imza: “Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri” olarak tanımlanmaktadır. Bu imza ya doğrudan elektronik ortamda oluşturulmakta ya da sonradan elektronik ortama aktarılabilen

¹ “Biyometrik özellikler belirli kişiye özgü parmak izi, ses, retina, imza ve yazı dinamikleri gibi fiziksel ve tipik davranış özelliklerini ifade eder.” Bkz. ERBAYRAKTAR, Burcu: Güvenli Elektronik İmza, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016, s.31; SAĞLAM, İpek: Elektronik Sözleşmeler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.155, dn.442; ÇETİN, Ayten/ÇİTLİ, Zehra Cahide: “Elektronik Sigortacılıkta E-İmza”, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü E-Dergisi, (3), 2012, s.5; YARDIM, Mehmet Ertan: Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medeni Usul Hukukumuzda Etkileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.4,8; “Biyometrik, kullanıcının fiziksel ve davranışsal özelliklerini tanıyarak kimlik saptamak üzere geliştirilmiş bilgisayar kontrollü, otomatik sistemler için kullanılan genel bir terimdir.” Bkz.SADAY, Taha/AKHAN, Nurdan: “Bilgisayar Destekli Kimlik Tespit Sistemlerinde Biyometrik Yöntemlerin Değerlendirilmesi”, <https://ab.org.tr/ab03/tammetin/46.pdf>, s.1 vd. (Erişim Tarihi: 20.02.2021); “Hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, elektronik ortamda bu imzaların tamamının dijital olarak (1 ve 0 şeklinde) ifade edileceği gözden kaçırılmamalıdır. Kişinin biyometrik özellikleri kullandığı için biyometrik imzalama yönteminin güvenliği tam olarak sağlayacağı düşünülse de, bunların dahi taklit edilmesinin mümkün olduğu, güvenlik için kimlik doğrulama yanında başka fonksiyonların bulunması gerekir.” bkz. SARIAKÇALI, Turgay: İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.65, dn.17; ayrıca bkz. ŞENOCAK, Zariye: “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50(2), 2001, s.99 vd.; biyometrik imzanın bir başka tanımı, oluşturulma, doğrulanma ve nitelikli elektronik imza ile karşılaştırılması ile ilgili bilgiler için bkz. ŞİMŞEK, Merve Melis/ÖZCAN Tuğba/ERGUN, Tamer/ÇELİK, Vural: “Elektronik İmza Seviyeleri”, Bilgi Yönetimi Dergisi, 2(2), 2019, s.141.

² Elektronik imza aslında dijital imzayı ve biyometrik imzayı da içeren ve elektronik ortamla ilgili imzaları kapsayan genel bir terimdir. Elektronik imza kanununda tercih edilen yöntem bakımından, bu imza için “dijital imza” kavramının kullanılmasının daha uygun olduğu söylenebilir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.293; ORER, Gürsel: Elektronik İmza ve Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.38; YILMAZ, Mustafa: “Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdari Yargılama Hukukunda Delil Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz Armağanı, (22), 2016, s.3438,3840; ANTALYA, O. Gökhan: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.335; elektronik imza türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TURAN, Metin: Bilişim Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.146-147; SAĞLAM, s.155 vd.; ORTA, Mesut: “Türkiye’de Elektronik İmza Uygulaması”, Elektrik Mühendisliği Dergisi, (430) Eki, 2007, s.5; EREN; Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.317; ERTURGUT, Mine: “Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza”, Bankacılar Dergisi, (48), 2003, s.68; ERTURGUT, Mine: “Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı”, ESHS, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 2004, s.100; ÇETİN/ÇİTLİ, s.2; YARDIM, s.4; biyometrik yöntemle hazırlanmış imzanın kullanılmamasının sebebinin, donanım pahalılığı, sistemlerin birbirleriyle problemsiz eşgüdümlü işleyişinin yeterince sağlanamaması ve bu teknolojinin halen gelişmekte olması olabileceği yönünde bkz. SADAY/AKHAN, s.1.

ve eklendiği veri üzerinde kimlik doğrulama işlevi görmektedir³. Elektronik imza çoğu zaman bir tür sayısal şifreleme sistemi kullanılarak atılmakta⁴ ve bu esnada kişinin el ile attığı imza kullanılmamaktadır⁵.

Kanunda aranan koşulları taşıyan elektronik imza, kural olarak el ile imza ile aynı hukuki geçerliliğe sahip olmaktadır. Bu imza ile belgeler bilgisayar ortamında imzalanabilmekte, sözleşmeler taraflar bir araya gelmeksizin yapılabilen⁶, zamandan tasarruf, hız, kırtasiyecilikten kurtulma ve bürokrasiden uzaklaşma sağlanmaktadır⁷. Kamuda hizmetlerin daha çabuk ve verimli olmasını sağlamak için, zamanla E- devlet uygulamalarında da bu imzanın kullanımı yaygınlaşmaktadır. Örneğin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun 445. maddesine göre *Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)* ile güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilen, harç ve avans ödenebilmekte, dava dosyaları incelenebilmektedir⁸. Elektronik imza artık resmi yazışmalarda da yaygın olarak kullanılmaktadır. Resmi yazışmalarda uygulanacak usul ve esaslara ilişkin çıkarılan Yönetmelik'in "Belgenin elektronik ortamda gönderilmesi ve alınması" başlıklı 30. maddesinde güvenli elektronik imzanın resmi yazışmalarda kullanılabilmesi ve bunun usulü düzenlenmektedir⁹. Bilişim teknolojilerindeki son gelişmelerle birlikte, Türk vergi hukukunda da "e-defter", "e-belge", "e- kayıt", e-beyanname, e-fatura, e-tebligat gibi kavramlara yer verilmiş, bu işlemler güvenli elektronik imza ile yapılmaya başlanmış ve vergi kanunlarında ilgili değişiklikler yapılmıştır¹⁰. Ayrıca elektronik noterlik işlemlerindeki hızlı gelişme neticesinde, bu alanda da gereken hukukî alt yapıyı oluşturma ihtiyacı doğmuş, Noterlik Kanunu'na eklenen 198/A maddesiyle, elektronik noterlik işlemleri de yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur¹¹.

Elektronik İmza Kanun'unda, "elektronik imza" ve "güvenli elektronik imza" kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır. Elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı sonuçları doğurabilmesi için, güvenli elektronik imza niteliğini kazanmış olması gerekir¹². Zira elektronik imza türleri içinde güvenilir, yaygın ve hukuki kabul gören yöntem, güvenli elektronik imzadır¹³. Borçlar Kanun'umuzun 15. maddesinde ancak güvenli elektronik imzanın, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağından bahsedilmektedir. Güvenli elektronik imzanın, Elektronik İmza Kanun'unda, özelliklerinden yola çıkılarak yapılmış bir tanımlı bulunmaktadır. Kanunun 4. maddesine göre, "sadece imza sahibine bağlı ve onun tasarrufunda olan, güvenli imza oluşturma aracı ile üretilen, nitelikli sıfatına haiz elektronik sertifikaya dayanarak kimlik tespiti sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan yapılabilecek değişikliklerin tespitini sağlayan elektronik imzaya, güvenli elektronik imza" denir. Bu imza, 1999/93 sayılı 13 Aralık 1999 tarihli elektronik imzaya ilişkin Avrupa Birliği Çerçeve Yönergesinde¹⁴ "gelişmiş elektronik

³ ORER, s.37; ANTALYA, s.336; SARIKAYA, Kemal Sacid: Elektronik İmza Güvenliği ve Güvenlik Standartları Çerçevesinde Düzenleyici Yaklaşımlar, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005, s.13.

⁴ REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.93; ANTALYA, s.336; SÖZER, Bülent: Elektronik Sözleşmeler, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.127; KURŞAT, Zekeriya: "Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasının Etkisi", İÜHFM, LXXV(1), 2017, s.422-423.

⁵ Ekranı elle atılan imzanın Elektronik İmza Kanunu'na tabi olmadığı yönünde bkz. KURŞAT, s.423.

⁶ Elektronik imzanın sözleşme hukuku açısından önemli bir enstrüman olduğu, sözleşmelerde ispat vasıtası, daha yüksek güvenlik ve doğruluk sağlama ve uyarı fonksiyonları da içermesi bakımından önem taşıdığına ilişkin bkz. BOZKURT, Kutluhan/GRUBHOFER, Gregor: "Die Elektronische Signatur In Der Türkei", Ankara Law Review, 2(1), s.64; "Elektronik imza esasen el yazısı ile atılan bir imzanın tüm yasal işlevlerini yerine getirdiğinden hatta bazı durumlarda daha fazla koruma sağladığından önceden var olan kanuni belirsizliği giderebilir ve internet kullanımına olan güveni sürdürülebilir şekilde güçlendirebilir." Bkz. DREIER, Thomas: Internetrecht, Vorlesungen, <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/HOEREN/INHALTE/lehre/lehrematerialien.htm>, (Erişim Tarihi: 11/02/2021), s.75.

⁷ ORER, s.33.

⁸ ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.2218.

⁹ Resmi Yazışmalarda Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik için bkz. 10/06/2020, 31151 sayılı Resmi Gazete; idari işlemlerde güvenli elektronik imzanın kullanımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, s.3444 vd.

¹⁰ YILMAZ, s.3449; BIÇKİN, İnci: "Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (63), 2006, s.118; elektronik imzanın idare hukukunda uygulama alanları için bkz. YILMAZ, s.3448 vd.

¹¹ ÖZBEK, s.2220.

¹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.294; EREN, s.317-318; ANTALYA, s.336.

¹³ ERTURGUT, s.70; YILMAZ, s.3444.

¹⁴ "1999/93/EC Direktifinde yapılan bazı tanımlamaların ihtiyaca tam olarak cevap verememesi üzerine 2014 yılında eIDAS tüzüğü oluşturularak, 1999/93/EC Direktifinin yerini almıştır. eIDAS tüzüğüne ülkemizde henüz bir karşılığı bulunmamaktadır." Bkz. ŞİMŞEK/ÖZCAN/ERGÜN/ÇELİK, s.138; eIDAS'ın Alman Elektronik İmza

imza” olarak ifade edilen imzadır¹⁵. Gelişmiş elektronik imza kavramı, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanun’unda yer almamaktadır¹⁶.

Güvenli Elektronik İmza, Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı (ESHS) kurumdan temin edilmektedir. Kamu kurumlarında kullanılan elektronik imza için, kamu kurumu niteliğindeki Kamu Sertifikasyon Merkezi kurulmuştur. Kamu Sertifikasyon Merkezi, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na (TÜBİTAK) bağlı Bilişim ve Bilgi Güvenliği İleri Teknolojiler Araştırma Merkezi (BİLGEM) bünyesinde, elektronik sertifika hizmeti sağlamak üzere kurulmuştur. Ayrıca özel şirketler de elektronik imza sertifika hizmet sağlayıcısı olarak çalışmaktadır. Kamu kurumları için elektronik imza, yalnızca Kamu SM (Kamu Sertifikasyon Merkezi)den temin edilmekte; bu merkez aynı zamanda diğer özel şirketlere de kök sertifika hizmeti vermektedir¹⁷.

A. Güvenli Elektronik İmzanın Özellikleri

1. İmza Sahibine Bağlı Olma- Güvenli Kimlik Tespiti

İmza sahibi, ESHS’nin kendisine tahsis etmiş olduğu nitelikli sertifika ile bir oluşturma verisine sahip olan gerçek kişiyi ifade etmektedir¹⁸. Güvenli elektronik imzadan bahsedebilmek için bir elektronik sertifika hizmetinin sağlanması gerekir¹⁹. Bunun için gerekli teknik yeterliliğe sahip, kanunen yetkilendirilmiş kurumlar tarafından bu hizmetin verilmesi gerekir. Bu hizmete duyulan ihtiyacın temelinde, imza sahibinin kimliğini güvenilir biçimde tespit etmek ve bu yolla elektronik işlemlerde güvenilirliği sağlamak vardır²⁰. Güvenlik altyapısının kilit noktasını ESHS oluşturur²¹. ESHS’nin sertifika verme işi dışında, kimlik denetimi, imza anahtarının²² kişiye özgülenmesi, liste hizmet verme, bloke hizmeti verme, zaman damgası verme gibi güvenliği destekleyici görevleri vardır²³.

Elektronik İmza Kanun’unun 3/c maddesine göre elektronik imzayı kullanan mutlaka bir gerçek kişidir. Genel hükümler çerçevesinde, tüzel kişiler adına, gerçek kişiler tarafından elektronik imzanın kullanılabileceği kabul edilmektedir²⁴. Gerçek kişiler, elektronik imza sahibi olabilmek için, sertifika hizmet sağlayıcı bir şirket ile sözleşme yapmak zorundadır. Bu sözleşmeye göre, güvenli elektronik imzayla ilgili sertifika sağlayanlar, temel olarak, imza anahtar çiftini üreterek imza sahibine teslim edecek, gizli anahtara karşılık gelen açık anahtarın²⁵ imza sahibine özgülediğini nitelikli sertifika ile kamuya açıklayacaktır²⁶. ESHS sıfatı taşıyan kişi, şirket ya da kurum, elektronik imzanın atılması, yönetimi, gizliliği ile ilgili üzerine düşenleri yerine getirecek ve bunun karşılığında ücret alacaktır²⁷. Bu sözleşme ile birlikte sürekli bir borç ilişkisi kurulmakta, sadece sertifikanın düzenlenmesi ve ücretin ödenmesiyle borç ilişkisi sona ermemektedir²⁸. Veri bütünlüğünün sağlanması, kişisel bilgilerin gizliliğinin ve inkâr

Kanununa göre öncelik taşıdığı, kanundaki, eIDAS a yönelik düzenleme olmayan hallerin, yeni bir güvenlik hizmetleri yasası ile düzenlenmesi gerekliliğine ilişkin bkz. HOEREN, Thomas: *Internetrecht-Vorlesungen*, Münster, 2018, <https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/Skript-Internetrecht-Maerz-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 08/02/2021), s.383-384.

¹⁵ ŞENOCAK, s.109; YILMAZ, s.3443.

¹⁶ ERTURGUT, s.70; YILMAZ, s.3442; gelişmiş elektronik imza ile nitelikli elektronik imza arasındaki farklar için bkz. ŞİMŞEK/ÖZCAN/ERGÜN/ÇELİK, s.139-140; YILMAZ, s.3441-3442.

¹⁷ ORER, s.106.

¹⁸ ERBAYRAKTAR, s.55.

¹⁹ BOZKURT/GRUBHOFER, s.64.

²⁰ ANTALYA, s.336; ERTURGUT, ESHS, s.104.

²¹ ERTURGUT, ESHS, s.106.

²² “Şifreleme ve şifre çözmede kullanılan, genelde rastgele bitlerden oluşan veri kümesine anahtar denir. Şifrelemede anahtar seçimi ve uzunluğu güvenlik açısından önemli bir rol oynamaktadır. Ayrıca gizli tutulması gereken bir anahtarın korunması da şifreli verilerin çözülememesi için kritik bir öneme sahiptir.” Bkz. SARIKAYA, s.5; ayrıca bkz. DREIER, s.74.

²³ ERTURGUT, ESHS, s.106,119.

²⁴ ORER, s.56; ERBAYRAKTAR, s.55; temsil yetkisinin elektronik imza ile kullanılması ve olası sorunlara ilişkin bkz. SARIAKÇALI, s.76, dn.38.

²⁵ Asimetrik şifreleme de denilen bu yöntemle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.294-295; SARIKAYA, s. 7 vd.; SARIAKÇALI, s.66 vd.; DREIER, s.74.

²⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.294 vd.; ANTALYA, s.337; ERBAYRAKTAR, s.57; SARIKAYA, s.7 vd.; DREIER, s.74.

²⁷ YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu”, AÜEHFD, VIII(3-4), 2004, s.267.

²⁸ YILDIRIM ve ORER bu sözleşmenin kendine özgü sözleşme (sui generis) niteliğinde olduğu görüşündedir. Sözleşme bünyesinde çeşitli sözleşmelere ait unsurlar bulunmakla birlikte, kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler

edilmezliğin sağlanması gibi edimler, sürekli bir borç ilişkisinin varlığını gösteren edimlerdir²⁹. Nitelikli elektronik sertifika, sertifika sağlayıcı tarafından, resmî belgelere dayalı olarak eşleştirilerek imza sahibine verilir. Bu sertifikanın sadece imza sahibi kişiye özel ve onun tarafından kullanıldığını gösterir şekilde hazırlanması şarttır³⁰. Güvenli elektronik imza, imza sahibi (güvenli elektronik sertifika sahibi) tarafından gönderilen verilerin, kesinlikle o kişi tarafından gönderildiğini gösterecek bir altyapı ile hazırlanmalıdır.

2. Veri Bütünlüğünü Sağlama (İntegrity)

Verinin gönderildiği andan itibaren içeriğinin hiçbir şekilde değişmediği, mesajın hiçbir şekilde alıcının dışında hiç kimse tarafından açılmayacağı ve göndericinin de bu aşamadan sonra artık mesajı değiştiremeyeceği durumda, elektronik imzanın bütünlük kazandığından bahsedilir³¹. Güvenli elektronik imza, açık anahtarlı şifrelemeye³² dayandığı için imzalı veride yapılacak en ufak bir değişiklik, imzanın bozulmasına neden olacaktır³³. Güvenli elektronik imzada gönderimden sonra, imzalanan verinin içeriğinin başkaları tarafından değiştirilmesi mümkün değildir. Güvenli elektronik imza, el yazısı ile imzada olduğu gibi metnin sonuna atılmamaktadır. İmza ile en küçük boşluğa kadar metnin tamamı şifrelendiğinden, metnin tamamının üstüne atılmış bir imza söz konusu olmaktadır³⁴. Dolayısıyla metinde meydana gelecek en küçük değişiklik bile kolaylıkla tespit edilebilmekte, el ile atılan yani ıslak imzaya göre çok daha güvenilir bir imza söz konusu olmaktadır³⁵.

3. Kişisel Bilgilerin Gizliliğini Sağlama (Confidentiality)

Elektronik İmza Kanunu'nun 6/b-c maddesinde de düzenlendiği üzere elektronik imza oluşturma verileri, araç dışına hiçbir biçimde çıkarılmamalıdır ve verilerin gizliliği sağlanmalıdır. Aksi halde güvenli elektronik imzadan bahsedilemez. İmza araçlarında kayıtlı imza oluşturma verilerine ve bağlantılı kişisel bilgilere, üçüncü kişiler tarafından kesinlikle ulaşılamamalıdır. Güvenli elektronik imzadan bahsedebilmek için, imza sahibi dışındaki kişilerce kullanımı önleyen, imzanın taklidini engelleyen bir sistem kullanılması gerekir. Bu sistem, kişisel bilgilerin üçüncü kişilerce elde edilmesini var olan teknik imkanlar bakımından imkânsız kılmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki elektronik imza sahibi, sahip olduğu imza anahtarı ile şifresini üçüncü kişilere karşı korumak zorundadır³⁶. Bu durum ilerde yükümlülükler kısmında incelenecektir.

4. İnkâr edilmezliği sağlama (Non repudiation)

Güvenli elektronik imza ile gönderilen verilerin hem gönderici hem de alıcı tarafından inkâr edilememesi gerekir. Bu durum teknik birtakım imkanların kullanılmasıyla sağlanabilmektedir. Elektronik imzanın doğrulanması ve bu yolla inkâr edilmezliğinin sağlanması için kullanılan doğrulama araçları yazılım ya da donanım şeklinde olabilir. Elektronik İmza Kanun'unun 7. maddesine göre, güvenli elektronik imzanın doğrulanmasında kullanılan araçlar, bu doğrulamanın yapılmasında kullanılan verileri, hiçbir farklılık ve değişiklik yapmadan, doğrulama yapan kimseye sunmalıdır. Doğrulama araçlarının sahip olması gereken en önemli özelliklerden biri de doğrulama ile ilgili şartlara etki edecek değişiklikleri fark edip, haber verebilmesidir. Şu hâlde saydığımız verilerin güvenilir biçimde doğrulanması yapılabiliyorsa, imzanın inkâr edilmezliği de sağlanmaktadır. Ancak inkâr edilmezlik özelliği kazanan imza, güvenli elektronik imza niteliğine sahip olabilir. Tüm bunlara rağmen imzanın inkâr edilmek istenmesi halinde³⁷, konunun teknik boyutu nedeniyle hâkimin, tarafları dinledikten sonra, kendisinde kanaat oluşturacak başka yöntemlere başvurması gerekebilecektir. Nitekim 6100

ait unsurları da barındırmakta, sertifika sağlayıcısının yükümlülükleri, sertifika geçerlilik süresince veya geri alınmaya kadar devam etmektedir. Bkz. YILDIRIM, s.269; ORER, s.135-136.

²⁹ YILDIRIM, s.267.

³⁰ ORER, s.44.

³¹ ANTALYA, s.337; BİÇKİN, s.114.

³² "Açık anahtar, imzaya güvenen tarafça dijital imzanın doğrulunu denetlemek için kullanılan anahtardır." bkz. YARDIM, s.14; ayrıca bkz. KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.295-296 .

³³ KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.296; ŞİMŞEK/ÖZCAN/ERGÜN/ÇELİK, s.142.

³⁴ ORER, s. 50; SÖZER, s.127 vd.; RÜSSMANN, Helmut: "İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat(Alman Hukukuna Göre)"(Çeviren: Muhammet ÖZEKES), Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir, 2002, s.343.

³⁵ RÜSSMANN, s.346; ORER, s.50; şifreleme ve imzanın oluşumu ile ilgili teknik bilgi için SÖZER, s.123 vd.

³⁶ ÖZBEK, s.2253.

³⁷ Güvenli elektronik imzanın inkâr edilebileceği, inkâr edilmesinin önlenmesinin hukuki açıdan mümkün olmayacağına ilişkin bkz. YARDIM, Mehmet Ertan: "Güvenli Elektronik İmzanın İnkârı", (imza inkârı), Türk Hukuk Dünyası Dergisi, Mayıs 2007, s.103.

sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun "güvenli elektronik imzalı belgenin inkârı" başlıklı 210. maddesindeki düzenlemede bu yöndedir.

B. Güvenli Elektronik İmzanın Hukuki Niteliği

Borçlar hukuku bakımından imza, kural olarak borç altına giren kimsenin el yazısıyla atılmalıdır³⁸. Ancak Borçlar Kanun'unun 15. maddesine göre güvenli elektronik imza, el ile atılan imza ile hukuki yönden aynı değere sahiptir³⁹. Aynı şekilde Elektronik İmza Kanun'unun 5. maddesindeki düzenleme "güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur" şeklindedir. Ancak resmî şekle tabi olan sözleşmelerin, örneğin taşınmaz satış sözleşmesinin güvenli elektronik imza ile yapılması mümkün değildir. Aynı şekilde özel merasime tabi olan hukukî işlemlerin örneğin evlilik sözleşmesinin bu yolla yapılması mümkün değildir⁴⁰. Güvenli elektronik imza ile resmi vasiyetname ya da el yazılı vasiyetname düzenlenemez⁴¹. Elektronik İmza Kanun'unun ilk halinde tüm teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı düzenlenirken, Kanunda 15/7/2016 tarihli ve 6728 sayılı Kanun'un 45 inci maddesiyle değişiklik yapılmış ve banka teminat mektuplarının güvenli elektronik imza ile düzenlenmesinin yolu açılmıştır⁴². Şu hâlde güvenli elektronik imza, yazılı şekle bağlı sözleşmelerde kullanılabilir, resmi şekle bağlı sözleşmelerin kurulmasında ve özel merasime bağlı hukukî işlemlerde kullanılamaz⁴³. Banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri ise güvenli elektronik imza ile yapılamaz.

Özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri arasında yapılacak yazılı şekle bağlı sözleşmelerde de güvenli elektronik imzanın kullanılması mümkündür⁴⁴. Bu sözleşmelerde borç altına giren taraf veya taraflar imzayı atmalıdır⁴⁵. Sözleşme ile her iki taraf da borç altına giriyorsa, sözleşmenin tamamlanması için her iki tarafın da metni imzalaması ve karşı tarafa göndermesi gerekir⁴⁶. Ulaşması gereken bir yazılı beyan, karşı tarafa ulaştıktan sonra hükümlerini doğurur⁴⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun 205/2-3. maddesine göre ise, güvenli elektronik imza ile usulüne göre bir elektronik veri oluşturulmuşsa, bu veri ya da veriler senet hükmündedir⁴⁸. Hâkim, mahkemeye delil⁴⁹ olarak sunulan elektronik imzalı belgeyi, resen inceleyecek, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığına bakacaktır. Ayrıca bu durumda teknik ve özel bilgiye ihtiyaç duyulacağından, keşif ve bilirkişi incelemesine başvurulması gerekebilecektir⁵⁰.

III. GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA SAHİBİNİN HAKLARI

Elektronik İmza Kanun'unda, güvenli elektronik imza sahibinin haklarına ilişkin açıkça bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ancak 10. maddede düzenlenen ESHS'nin yükümlülüklerinden ve uygulamada yapılan sözleşmelerden, imza sahibinin haklarına ilişkin çıkarımlar yapılabilmektedir.

A. Güvenli Elektronik İmza İçin Gerekli Şartların Sağlanmasını ve Nitelikli Hizmet Verilmesini İsteme Hakkı

Kanun gereğince ESHS, vereceği hizmet kapsamında, güvenli ürün ve sistemleri kullanmakla, hizmeti güvenilir biçimde yürütmekle, sertifikaların taklit ve tahrif edilmesini

³⁸KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.280; EREN, s.309-310; REİSOĞLU, s.90; ANTALYA, s.330; El yazısıyla imzanın uyarı fonksiyonunun değerlendirilmesi ve elektronik imzayla karşılaştırılması ile ilgili olarak bkz SARIAKÇALI, s.91-92; ÖZBEK, s.2245.

³⁹ Elektronik imza ile imzalanan fakat güvenli elektronik imza niteliği taşımayan imzalar, bu hükmün kapsamında değerlendirilemez. Bkz. ORER, s.76.

⁴⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.297; EREN, s.318; ANTALYA, s.338.

⁴¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.297-298; EREN, s.318.

⁴² 15/7/2016 tarihli ve 6728 sayılı Kanun'un 45 inci maddesiyle, Elektronik İmza Kanun'unda eskiden "teminat sözleşmeleri," olarak yer alan ifade "banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri" şeklinde değiştirilmiştir.

⁴³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.297; EREN, s.318; ORER, s.67; TURAN, 150; SAĞLAM, s.173.

⁴⁴ EREN, s.318.

⁴⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.280; EREN, s.310; REİSOĞLU, s.90.

⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.280; EREN, s.311; REİSOĞLU, s.90.

⁴⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.282; EREN, s.296 vd.; REİSOĞLU, s.90.

⁴⁸ EREN, s.318; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.293; ANTALYA, s.338; bu durumda elektronik verilerin adi senet hükmünde olacağı, resmi senet kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YARDIM, s.96 vd..

⁴⁹ Elektronik imzalı belgelerin ispat gücü ve delil değerine ilişkin bkz. YILMAZ, 3451 vd.; ÖZBEK, s.2222 vd..

⁵⁰ YARDIM, s.105; ERTURGUT, s.67; ORER, s.86; ÖZBEK, s.2260; YILMAZ, s.3476; farklı bir değerlendirme için bkz. YARDIM, s.115 vd.; YARDIM (imza inkârı), s.107.

önlemek adına üzerine düşen her türlü önlemi almakla yükümlüdür⁵¹. Bu önlemlerin alınmış olduğu bir kurumdan hizmet almayı istemek, imza sahibinin en doğal hakkıdır. Elektronik İmza Kanun'unun 8. maddesinde, ESHS'nin BTK'ya yapacağı bildirimden⁵² iki ay sonra faaliyete geçeceği düzenlenmektedir. Buna göre ESHS yapacağı bu bildirimde, güvenli ürün ve sistemleri kullanmak, hizmetin yürütülmesini güvenilir biçimde sağlamak, sertifikaların taklit edilmesini ve bozulmasını önlemekle ilgili her türlü tedbiri almaya yönelik şartları sağladığını, ayrıntılı bir biçimde göstermelidir. ESHS imza oluşturma verisinin teklifiğini ve gizliliğini en güvenilir biçimde temin etmeli ve hiçbir şekilde kopyalanmamasını sağlayacak teknolojileri kullanmalıdır. Özellikle imza oluşturma verisi ile imza doğrulama verisi yani kapalı anahtar ve açık anahtar üretimi için gerekli özen gösterilmeli, güvenli donanımlar kullanılmalı ve kopyalanmaya karşı gerekli önlemler alınmış olmalıdır⁵³.

İmzanın güvenliğini sağlamak için, kullanılacak anahtar çifti ile kullanıcının kimliği birbirine bağlanacak, taklit ve tahrifata karşı adeta mühürlenip, sertifikasyon işlemi o şekilde gerçekleştirilecektir⁵⁴. ESHS'nin sağladığı gizli anahtar, yetkili kişiler dışında kimsenin ulaşamayacağı ve kullanamayacağı şekilde saklanmalıdır⁵⁵. Gizli anahtara ilişkin güvenliği sağlamak adına elektronik verilerin kayıtlı olduğu USB bellek çubuklarından farklı, içinde akıllı kartlar barındıran USB çubuklar kullanılmakta, işlemler akıllı kart içinde gerçekleştiği için, kartın takılı olduğu bilgisayarın gizli anahtara erişmesi, oluşturulan bilgilerin kart dışına çıkması önlenmektedir⁵⁶. USB çubuk içindeki akıllı kart, küçük bir bilgisayar niteliğindedir ve kendi içindeki yazılım sayesinde imzalama işlemi gerçekleştirmektedir⁵⁷. Kişisel verilerin elektronik şifrenmesi ve bu şekilde elektronik imzanın kullanımı için uygun bir donanım ve yazılım gereklidir⁵⁸. Bu şekilde imzanın benzersiz ve güvenli olduğu garanti edilebilecektir⁵⁹. ESHS sadece yazılım araçları ile bunu sağlayamayacağı için, gerekli donanım araçlarını da kullanarak, akıllı kartların kopyalanması, kaydedilmesi ve okunmasına karşı gerekli korumayı sağlamalı, kartı eline geçiren kişilerin kart üzerinde işlem yapmalarını önleyici teknolojik gereklilikleri temin etmelidir⁶⁰.

Elektronik İmza Kanun'unun 6. maddesine göre güvenli bir elektronik imzadan bahsetmek için, imzalanacak verinin, imza sahibi dışında kimselerce değiştirilememesi gerekir. Bu verinin değiştirilememesinin ve imza sahibi tarafından imzanın oluşturulmasından önce görülebmesinin sağlanmasını istemek, imza sahibinin kanunen korunmuş haklarıdır. İmza sahibinin ekranda gördüğü ve imzalamak istediği metin ile gerçekte imzaladığı metnin birbirinden farklı olmasının önüne geçmek için, imza sahibine bu hakların tanınması şarttır⁶¹.

ESHS, imzaya ilişkin teknik güvenliğin yanında, organizasyon anlamında güvenliği ve yeterliliği sağlıyor olmalıdır⁶². Elektronik İmza Kanun'unun 10. maddesine göre ESHS, vereceği hizmetin gereklilikleri doğrultusunda personel istihdamı ile yükümlüdür. ESHS personeli, verilecek hizmet için gerekli ve yeterli donanıma sahip olmalıdır. Personel elektronik imza teknolojisi ve bununla bağlantılı güvenli bilgi teknolojisi alanında temel eğitim ve mesleki eğitimden geçmiş olmalı; yeterli tecrübe ve yeterli bilgiye sahip olmalıdır⁶³. ESHS personelinin vereceği hizmetin kalitesi, imza sahibi açısından olduğu kadar ESHS açısından da önem taşımaktadır. Nitekim ESHS çalıştırdığı personelin işlemlerinden sorumlu tutulmaktadır. Elektronik İmza Kanun'unun 13. maddesine göre, ESHS, çalıştırdığı personelin davranışına dayanan bir yükümlülük ihlali hâlinde doğacak zararlardan sorumludur. ESHS, bu sorumluluğundan, adam çalıştırmanın sorumluluğu için, Borçlar Kanun'unda öngörülen şekilde bir kurtuluş kanıtı getirirse dahi kurtulamaz. Yani ESHS, zararın meydana gelmemesi için her türlü

⁵¹ TURAN, s.151; SARIAKÇALI, s.79.

⁵² Alman hukukunda da bildirim siteminin uygulandığı ve ayrıntılarına ilişkin bkz. HOEREN, s.388; DREIER, s.75.

⁵³ ERTURGUT, ESHS, s.117.

⁵⁴ RÜSSMANN, s.344-345; ERTURGUT, ESHS, s.119; ÇETİN/ÇİTLİ, s.4.

⁵⁵ ERTURGUT, ESHS, s.119.

⁵⁶ ERBAYRAKTAR, s.71.

⁵⁷ ERBAYRAKTAR, s.71; DREIER, s.74.

⁵⁸ BOZKURT/GRUBHOFER, s.65; DREIER, s.74.

⁵⁹ BOZKURT/GRUBHOFER, s.65.

⁶⁰ ERBAYRAKTAR, s.71; BOZKURT/GRUBHOFER, s.65.

⁶¹ ERBAYRAKTAR, s.72.

⁶² RÜSSMANN, s.345-346; ERTURGUT, ESHS, s.117.

⁶³ Bkz. 06/11/2000 tarihli 2000/709/EG sayılı Avrupa Topluluğu Komisyon Kararı md. 6 vd.; ayrıca bkz. BOZKURT/GRUBHOFER, s.65.

özeni gösterdiğini ispat etse veya üzerine düşen her tür özeni gösterse dahi zarar doğuran sonucun yine meydana geleceğini kanıtlaya yine de sorumluluktan kurtulamaz.

ESHS'nin dikkat ve özen içinde yerine getirmesi gereken bir diğer husus kimlik tespiti. Kimlik tespiti, resmi belgelere dayalı olarak gerçekleştirilmelidir⁶⁴. İmza sahibinin kimliğinin doğru ve güvenilir bir şekilde tespit edilmesi, imzanın güvenliği açısından önem taşıdığı için imza sahibinin, bu işlemin usulüne uygun ve güvenilir biçimde yerine getirilmesini isteme hakkı vardır. Buna karşılık imza sahibi de kendisinden istenen gerekli ve yeterli belgeleri teslim etmekle yükümlüdür. ESHS, sertifika vereceği kişiden, sertifika vermeye ilişkin lüzumlu bilgiler dışında, bilgi isteyemez. ESHS, sahip olduğu bilgileri, imza sahibinin onayı olmadan üçüncü kişilere veremez ve farklı amaçlarla kullanıp, değerlendiremez. Eğer kurumsal işlemlerde temsil yetkisi söz konusu ise bu durumun da güvenilir biçimde belgelendirilmesi istenmelidir. Kimliğin doğru ve güvenilir biçimde tespit edilmemesinden ve belgelendirmeye ilişkin eksikliklerden ESHS sorumludur. Kişinin kimlik bilgilerinde ve özellikle adres, medeni durum gibi bilgilerinde değişiklikler olabileceği için, bunlara ilişkin son durumu gösteren resmî belgelerin ibrazı da istenmelidir⁶⁵.

İmza sahibi olma sürecinde ESHS, imza sahibi olacak kişiyi, nüfus cüzdanı, pasaport, sürücü belgesi gibi resmî belgelere göre tespit etmelidir. Elektronik İmza Yönetmeliği'nin⁶⁶ 9. maddesine göre imza sahibi, kimlik tespiti sırasında bizzat hazır bulunmalıdır. Kimlik önceden tespit edilmişse veya kurumsal başvuru söz konusu ise, kimlik tespiti için imza sahibinin bizzat hazır bulunması şartı aranmayabilir. Elektronik İmza Kanun'unun 10. maddesinde 14/1/2016 tarihli 6661 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra, “*ESHS'nin nitelikli sertifika verdiği kişilerin kimliğini, resmî belgelere göre veya Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartı vasıtasıyla uzaktan güvenilir bir biçimde tespit etmekle yükümlü olduğu*” hususu düzenlenmekle; bu düzenlemeden artık kimlik tespitinin uzaktan yapılabileceği anlaşılmaktadır⁶⁷. Ancak Yönetmelikteki hüküm güvenliğin sağlanması açısından daha isabetli görünmektedir. Kimlik tespitinin, kurumsal başvurular ve Kamu Sertifikasyon Merkezine yapılacak başvurular dışında, bizzat yapılması daha güvenli bir çözüm olarak görülebilir.

Elektronik imza oluşturma verisi, imza sahibine ait olan, imza sahibi tarafından elektronik imza oluşturma amacıyla kullanılan şifreler, şifrelenmiş gizli anahtarlar gibi verilerdir. Elektronik imzayı oluşturmak için, imza oluşturma verisini kullanan yazılım veya donanım aracı ise “*imza oluşturma aracı*” olarak tanımlanmaktadır⁶⁸. Elektronik imzayı doğrulamak için kullanılan şifreler, şifrelenmiş açık anahtarlar gibi veriler ise, “*imza doğrulama verisi*” olarak adlandırılmaktadır.

ESHS, nitelikli elektronik sertifika başvurusu yapıldıktan sonra gerekli incelemeleri tamamlayıp bir sertifika oluşturarak imza (sertifika) sahibine teslim eder. Nitelikli elektronik sertifikanın geçerlilik süresi taraflar arasında yapılan sözleşmeyle belirlenir. ESHS, sertifika sahibinin onayını alarak, nitelikli elektronik sertifikayı kamuya açık bir dizinde yayımlar. ESHS, bu hizmeti kesintisiz bir biçimde verir. Nitelikli elektronik sertifikanın, geçerlilik süresi bitmeden önce sertifika sahibi veya sertifika sahibinin onayını almak koşuluyla kurumsal başvuru sahibi, yenilenme talebinde bulunabilir. Bu durumda ESHS, imza sahibinin bilgilerini kontrol edip, geçerliliğini doğruladıktan sonra, nitelikli elektronik sertifikayı yenileyebilecektir.

Nitelikli elektronik sertifikanın geçmişe yönelik iptali mümkün değildir⁶⁹. ESHS'nin imza oluşturma verisinin çalınması, kaybolması hallerinde, gizliliğinin veya güvenilirliğinin tehlikede olduğu veya tamamen ortadan kalktığı hallerde sertifikayı yenilemesi veya iptal etmesi gerekebilir. Sertifika ilkelerinin değişmesi halinde de bu durum söz konusu olabilir. İmza sahibinin kusuru bulunmayan bu hallerde, yenileme işlemleri için hiçbir ücret talep edilemez (Elektronik İmza Yönetmeliği 13. maddesi).

⁶⁴ ERTURGUT, ESHS, s.112.

⁶⁵ ERTURGUT, ESHS, s.118.

⁶⁶ Elektronik İmza Kanun'unun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 26/8/2004 T, (25565) RG.

⁶⁷ İmza sahibi olma açısından kolaylık sağlasa da güvenlik açısından tatmin edici gözükmeyi için hükmün Yönetmeliğe uygun hale getirilmesi, aksi durumda Yönetmelikteki hükmün de en kısa zamanda bu yönde değiştirilmesi uygun olacaktır.

⁶⁸ İmza oluşturma aracına ilişkin standartlar 06/01/2005 tarihli 25692 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ” de düzenlenmiştir.

⁶⁹ Bkz. Elektronik İmza Yönetmeliği'nin, “Nitelikli Elektronik Sertifikanın İptal Edilmesi” başlıklı 13. maddesi; ORTA, s.15.

İmza sahibi, imza oluşturma verisinin gizliliğinden, güvenliğinden şüphe duyduğu veya artık ESHS hizmetinden yararlanmak istemediği durumda, geçerlilik süresi dolmamış olsa dahi nitelikli sertifikanın iptalini, herhangi bir sebep gösterme zorunluluğu olmaksızın isteyebilir⁷⁰. Elektronik İmza Kanunu 11/a maddesi sadece nitelikli elektronik sertifika sahibinin tek taraflı talebi ile sertifikanın iptalini mümkün hale getirmektedir. Yine bu madde gereğince ESHS, sağladığı nitelikli elektronik sertifikaya ilişkin veri tabanında bulunan bilgilerin sahteliğinin veya yanlışlığının ortaya çıkması halinde, derhal iptal işlemini gerçekleştirmekle yükümlüdür. Bilgilerin değişmesi, imza sahibinin fiil ehliyetinin sınırlanması, iflâs etmesi, hakkında gaiplik kararı alınması ya da öldüğünün öğrenilmesi durumlarında da verilen nitelikli elektronik sertifika, derhâl iptal edilmelidir. Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 13. maddesine göre, sertifika iptaline ilişkin talepler ESHS, imza sahibi ve sözleşme ile belirlenen kişiler tarafından yapılabilecektir. ESHS, bu duruma ilişkin talepler için, farklı iletişim vasıtalarıyla sürekli olarak ulaşılmaya uygun ve hazır olmalıdır.

B. Bilgilendirilme Hakkı

İmza sahibi olacak kimsenin, ESHS tarafından doğru ve yeterli olarak aydınlatılma ve bilgi sahibi olması gereken her konuda bilgilendirilme hakkı vardır. Bu bilgilendirmeler sayesinde ilerde çıkabilecek birçok hukuki ve teknik sorun önlenir. İmza sahibi olacak herkesin, teknik ve hukuki bakımdan, imza konusunda bilgisi olması beklenemeyeceğinden, bu konuda gerekli bilgilerin verilmesi ve varsa imza sahibinin sorularının cevaplanması gerekir. İmza sahibinin özen yükümlülüğüne uygun davranabilmesi için, nitelikli elektronik imzanın teknik özellikleri, kullanımına ilişkin hususiyetler ve imza kullanımının doğuracağı hukuki sonuçlar konusunda öncelikli olarak bilgilendirilmesi gereklidir⁷¹.

ESHS imza sahibi olacak kimseyi, vereceği sertifikanın kullanımını konusunda da net ve açık bir şekilde bilgilendirilmelidir. Bu sertifikayı nasıl ve hangi işlemlerde kullanabileceğini, kullanımın sınırlandırıldığı durumları, iptale ilişkin koşulları bilmek, imza sahibinin en doğal hakkıdır. İmza sahibine, imza oluşturma verisi ile aracını sadece kendisinin hakimiyet alanında buldurması gerektiği, bu veriler ile aracın gizliliğini sağlama yükümlülüğünün ona ait olduğu, gizlilik ve güvenlikle ilgili bir şüphe duyması durumunda sertifikanın iptalini istemesi gerektiği gibi hususlarda bilgi verilmesi gerekir⁷². ESHS aralıksız bloke hizmeti vermeli, kayıp ve çalıntı halinde imza aracını en kısa süre içinde bloke etmeli ve bu konuda imza sahibini bilgilendirmelidir⁷³. İmza sahibinin iptalden haberinin olması için, Elektronik İmza Yönetmeliği 13. maddesinde ESHS'nin bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kurumsal başvurularda hem kurum hem de başvuru sahibinin bilgilendirilmesi gerekir. ESHS, iptal talebini aldıktan sonra, nitelikli elektronik sertifikayı derhal iptal etmelidir. İptal edilen sertifika, geçerlilik süresi sonuna kadar iptal durum kayıtlarında tutulur. ESHS, sertifikaların iptal edildiği zamanın tam olarak tespitini sağlayan ve üçüncü kişilerin hızlı ve güvenilir biçimde ulaşabileceği bir iptal kaydı oluşturmalıdır. Ayrıca bu kaydı herhangi bir kimlik doğrulamasına gerek kalmaksızın, herhangi bir ücret almadan ve sürekli biçimde herkesin erişebileceği şekilde açık tutmalıdır. Kayıtların bir sonraki güncelleme zamanı da bu kayıtlarda açıkça gösterilmelidir.

Güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğu konusunda, imza sahibi olacak kimseye bilgi verilmesi de önemli bir husustur. Güvenli elektronik imza ile yapılamayacak, yapılsa dahi kesin hükümsüz olacak işlemler konusunda imza sahibi bilgilendirilmelidir. ESHS'nin bilgilendirme yükümünün en önemli başlıklarından biri, imza sahibini, sertifikada bulunan imza doğrulama verisine karşılık gelen imza oluşturma verisini, başkasına kullandırmaması konusunda uyarmasıdır. Zira bu husus imza sahibinin sorumlulukları konusunda bilgi sahibi olmasını ve gerekli önlemleri almasını sağlar. ESHS ilerde sözleşmenin hüküm ve şartlarında meydana gelebilecek değişiklikleri de yazılı olarak bildirerek, bu konuda üzerine düşen bilgilendirme yükümlüğünü yerine getirmelidir.

ESHS'nin, sertifikayı teslim etmeden önce imza sahibi olacak kimseyi aydınlatmak zorunda olduğu bir diğer konu da aralarında doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm yolları ile ilgili bilgilerdir. ESHS, imza sahibi ile aralarında bir uyuşmazlık çıktığında, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının neler olduğunu, en baştan imza sahibine ifade etmeli ve bu durumu sözleşmede de ayrıca belirtmelidir.

⁷⁰ ERBAYRAKTAR, s.93; ORTA, s.15.

⁷¹ ERBAYRAKTAR, s.187; ERTURGUT, ESHS, s.120.

⁷² ERBAYRAKTAR, s.189.

⁷³ ERTURGUT, ESHS, s.119; HOEREN, s.389.

Uygulamada ESHS'lerin internet sitelerinde ayrıntılı bilgilerin yer aldığı, ayrıca imza ile ilgili yazılı açıklamaların yer aldığı broşürlerin imza sahibine teslim edildiği veya bilgilendirici elektronik postalar atıldığı görülmektedir. Elektronik İmza Kanun'unun ilk halinde bu konularla birlikte diğer konularda yapılacak bilgilendirmelerde aranan yazılı şekil şartı artık aranmamaktadır. Zira Elektronik İmza Kanun'unun 10/e-f. maddesinde 14/1/2016 tarihli 6661 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, ESHS'nin bu hususlardaki bilgilendirme yükümlülüğünü yazılı olarak yerine getirmesi şartı kaldırılmıştır. Ancak Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 14. maddesinde ESHS'nin nitelikli elektronik sertifika verilecek kişiyi nitelikli elektronik sertifika vermeden önce yazılı olarak bilgilendirileceğine ilişkin hükmünde aynı yönde değiştirilmesi Kanun ile Yönetmelik arasındaki uyumu sağlamak açısından uygun olacaktır. Uygulamada bu bilgilendirmenin imza sahibine imzalatılan taahhütnamede yer aldığı ve çoğunlukla yazılı olarak yapıldığı görülmektedir. Yazılı bilgilendirme şartının kaldırılması, Kanun koyucunun şeklen bilgilendirmeyi yeterli görmediği, bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesine önem verdiği şeklinde değerlendirilmekte, imza sahibinin bilgilendirildiği konuların doğru anlaşıldığından ESHS'nin emin olması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁴. Bu konuda gerçek anlamda bir bilgilendirmenin anlaşılır ifadeler içeren bir broşür ve kapsamlı bilgiler içeren internet sitesi yanında, soru cevap içeren sözlü aydınlatma ve eğitim görüşmesi hatta sonrasında da telefon destek hatları ile sağlanması mümkündür.

Elektronik İmza Kanun'unun 10/g-h maddesine göre ise ESHS, yaptığı hizmetlere ilişkin tüm kayıtları yönetmelikle belirlenen yirmi yıl süreyle saklamalıdır. Faaliyetine son vermeden en az üç ay önce, Kuruma ve imza sahibine bildirimde bulunmalıdır. Yine Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre, ESHS, sertifika uygulama esaslarının sertifika sahibini veya üçüncü kişileri ilgilendiren bölümlerini ve sertifika ilkelerini internet sayfasında yayımlamakla yükümlüdür.

C. Kimlik Bilgilerinin ve İşlemlerinin Gizliliğinin Korunmasını İsteme Hakkı

Elektronik imza sahibi olmak isteyen kimse, teknik sistemin işleyişi konusunda çoğu zaman bilgisizdir. Bu sözleşme ilişkisine, kendisinden daha fazla teknik bilgi ve donanımına sahip olan ESHS'ye güven duyarak girmektedir. Bu güvenin önemli bir parçası, kimliğine ilişkin tüm bilgilerin korunacağı ve yaptığı tüm işlemlerin de gizliliğinin sağlanacağı konusundadır. Güvenli elektronik imza kapsamındaki veriler, kişileri belirli ya da belirlenebilir kılabilen kişisel veri olarak değerlendirilir ve bu konuda kişisel verilerin korunması çerçevesinde değerlendirilmesi ve özen gösterilmesi gerekir⁷⁵. Elektronik İmza Kanun'unun 12. maddesine göre ESHS kendisinden elektronik sertifika talep eden kişiden, elektronik sertifika vermek için gerekli bilgiler hariç bilgi talep edemez ve bu bilgileri ilgili kişinin rızası dışında elde edemez, imza sahibinin izni olmaksızın sertifikayı üçüncü kişilerin ulaşabileceği ortamlarda bulunduramaz. ESHS elektronik sertifika talep eden kişinin yazılı rızası olmaksızın, üçüncü kişilerin kişisel veri elde etmesini engellemelidir. Bu bilgileri imza sahibinin rızası olmadıkça başka kişilere iletmemeli ve farklı amaçlarla da kullanmamalıdır.

İlgili kişilerin açık rızası olmadan kişisel verilerinin başka amaçlarla kullanılmasının oluşturacağı tehlike büyük önem arz ettiği için mutlak surette önüne geçilmeli, sadece hizmeti gerçekleştirmek için gerekli olan verilerin edinilmesi ve kullanılması sağlanmalı, ayrıca veriler yalnızca veri sahibinin "yazılı" rızasıyla üçüncü kişiler tarafından edinilebilmelidir⁷⁶. Doktrinde Kanunda bu duruma ilişkin ayrıntıların açıkça düzenlenmesinin uygun olacağı savunulmaktadır⁷⁷.

Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 9. maddesine göre ESHS, imza oluşturma verisini kendisi üretiyorsa, bizzat bu işlemin gizliliğini sağlamakla yükümlüdür. ESHS'nin sertifika sağladığı araçlarla imza üretmesi durumunda da işlemin güvenliğini sağlama yükümlülüğü vardır. Yönetmeliğe göre, mesleki veya diğer kişisel bilgilerinin sertifikada yer alması durumunda, nitelikli elektronik sertifika sahibinin diğer bir kişi adına hareket edebilme yetkisinin, , eksiksiz, doğru ve güvenilir biçimde tespit gerekir. ESHS'nin alabileceği bilgiler, sertifika vermek için gerekli olan bilgilerle sınırlıdır. İmza sahibine ait bilgiler, imza sahibi onay vermedikçe üçüncü kişilere iletilmez ve başka amaçlarla kullanılamaz. Elektronik İmza Kanun'unda kişisel verilerin hangi hallerde paylaşılabileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Şu halde bu konuda genel hükümlere

⁷⁴ ERBAYRAKTAR, s.190.

⁷⁵ TURAN, s. 156; BOZKURT/GRUBHOFER, s.75-76.

⁷⁶ BOZKURT/GRUBHOFER, s.75-76.

⁷⁷ BOZKURT/GRUBHOFER, s.75-76.

göre hareket edilecektir⁷⁸. Kişisel Verileri Koruma Kanunu hükümleri de dikkate alınarak bu duruma ilişkin hususların Kanuna dahil edilmesi uygun olacaktır.

ESHS, üretilen imza oluşturma verisinin kopyasını edinemez veya saklayamaz. Elektronik İmza Kanun'una göre imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracını elde etmek, vermek, kopyalamak suçtur. Aynı şekilde bu araçları yeniden oluşturmak ve izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturmak da suçtur. Bu suçlara ilişkin hapis ve para cezaları yine Elektronik İmza Kanun'unda düzenlenmekte ve suçların ESHS çalışanları tarafından işlenmesi halinde cezaların yarısına kadar artırılacağı belirtilmektedir.

D. Zorunlu Sertifika Mali Sorumluluk Sigortasından Yararlanma Hakkı

Elektronik İmza Kanun'unun 13. maddesinde ve Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 14. maddesinde sertifika mali sorumluluk sigortasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca "Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Yönetmeliği"⁷⁹ de çıkarılmıştır. Bu Yönetmelikte sertifika malî sorumluluk sigortası, "elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, Elektronik İmza Kanunundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu doğacak zararların karşılanması amacıyla yaptırmakla yükümlü olduğu sigorta" olarak tanımlanmıştır. ESHS, bu Kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu doğan zararların karşılanması amacıyla, sertifika malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre bu sigortanın kapsamı:

- 1- Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının güvenli ürün ve sistemleri kullanma yükümlülüğünün,
- 2- Hizmeti güvenilir bir biçimde yürütme yükümlülüğünün,
- 3- Sertifikaların taklit ve tahrif edilmesini önlemekle ilgili yükümlülüklerinin, yerine getirilmemesi halinde doğacak zararlara⁸⁰ karşı, hukuki sorumlulukların teminat altına alınmasıdır.

Şu hâlde sertifikalar için güvenli teknolojileri, gerekli güvenli altyapıyı kullanmıyor olmak, taklit ve tahrifleri önlemek için teknik, sistemsel ve işgücü eksiklikleri barındırmak, sertifikaları yanlış bilgilerle düzenlemek, personelden kaynaklı dikkat, özen yükümlülüğü ihlalleri, kusur ve ihmâl sonucu doğan zararlar, sigorta teminatının kapsamında kabul edilecektir. Ayrıca sigortacıya veya sigorta ettirene haber verildiği halde iptal edilmeyip, ikincil hasar oluşturan veya hasarı artıran durumlar da sigorta kapsamındadır⁸¹. Bunun yanında imza sahibi tarafından kanuna aykırı amaçlarla imzanın kullanılması, ESHS'nin doğrudan kontrolü altında olmayan bilgi işlem altyapısında meydana gelen sorunlar, deprem, sel, yangın, heyelan gibi doğal afetlerden, savaş, ihtilal, ayaklanma vb. durumlar teminat dışında kalan hallerdir⁸².

Sertifika malî sorumluluk sigortasını, Türkiye'de ilgili branş olarak kabul edilen branşta çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri yapmaktadır. Bu çerçevede kaza branşında ruhsatı olan bütün sigorta şirketleri, bu sigortayı yapmakla yükümlü kılınmıştır. Kanunda bu yükümlülüğe uymayan sigorta şirketlerine, Hazine Müsteşarlığınca idarî para cezası verileceği düzenlenmiştir. ESHS sigorta yaptırmak zorunda olduğu gibi, sigorta şirketine de sigortayı yapma yükümlülüğü getirilmiştir.

Mali sorumluluk sigortası kapsamında sigortalı sıfatı hem ESHS hem de imza sahibine ait olmakla; imza sahibi, ESHS ile arasındaki ilişkide, ESHS'nin borca aykırı davranışından doğan zararlarının karşılanması için sigortacıya başvurma hakkı vardır⁸³. ESHS, nitelikli elektronik

⁷⁸ ORER, s.156.

⁷⁹ Bkz. 26.08.2004 tarihli 25565 sayılı Resmi Gazete.

⁸⁰ Mali sorumluluk sigortası ile malvarlığının pasifinde artışa neden olan zararlara karşı güvence verilmekte, aktifinde meydana gelecek azalmalar bu sigorta türünün kapsamı dışında kalmaktadır. Bkz. ERBAYRAKTAR, s.182; "Zarar sigortası ise kendi içinde aktif sigortası ve pasif sigortası olarak ikiye ayrılır. Pasif sigortasında sigortacı, sigorta ettirenin malvarlığında bazı pasiflerin ortaya çıkması ya da zaten var olan pasifin artması sonucunda uğrayacağı zararları öder." ayrıntılı bilgi için bkz. KAYIHAN, Şaban: "Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS = Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçıların Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), s.253 vd..

⁸¹ Telekomünikasyon Kurumu E-İmza Çalışma Grubu, Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Sunumu, Ankara, 2005 için bkz. <https://dl.turktrust.com.tr/pdf/SMSS.pdf>, s.6 (Erişim Tarihi 25/01/2021).

⁸² Telekomünikasyon Kurumu E-İmza Çalışma Grubu, Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Sunumu, Ankara, 2005 için bkz. <https://dl.turktrust.com.tr/pdf/SMSS.pdf>, s.6 (Erişim Tarihi 25/01/2021).

⁸³ ERBAYRAKTAR, s.182; "Nitelikli elektronik sertifikaya güveni sebebiyle zarar gören üçüncü kişi, her ne kadar sigortalı sıfatına haiz değilse de Türk Ticaret Kanunu 1478. maddesi gereğince doğrudan sigortacıya başvurma

sertifikayı elektronik imza sahibine teslim etmeden önce, sigorta işlemlerini tamamlamış olmalıdır. İmza sahibinin böyle bir talepte bulunmasına gerek kalmaksızın, sigortanın yaptırılması gerekir. Ayrıca ESHS, şirket merkezinde ve internet sayfasında, kolaylıkla görülebilecek bir yerde, sigorta sözleşmesine ilişkin kısa bilgiler ile sigortacının adı ve açık adresini belirten ibareleri bulundurmamak zorundadır⁸⁴.

IV. GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA SAHİBİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Eksiksiz Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü

Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 15/a maddesine göre nitelikli elektronik sertifika sahibi, nitelikli elektronik sertifika almak için gerekli tüm bilgi ve belgeleri eksiksiz ve doğru olarak sağlamakla yükümlüdür. İmza sahibi olacak kimseden istenilen bilgilerin, nitelikli elektronik sertifika almak için gerekli olan bilgilerin kapsamını aşmaması, ayrıntıya giren ve sertifika sahibi olacak kimsenin, haklı olarak vermektan kaçınmak isteyeceği türden bilgiler olmaması gerekir. Bu çerçevede imza sahibinin vereceği bilgi ve belgelerin doğruluğundan sorumlu olduğuna ve bu konuda kendisinden beklenen özeni göstermesi gerekeceğine şüphe yoktur. İmza sahibi kendisinden istenen bilgileri eksiksiz ve doğru olarak vermekle yükümlü olup, bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde doğacak zararlardan da sorumlu olacaktır. Elektronik İmza Kanun'unda ESHS'nin, imza sahibine karşı olan sorumluluğundan bahsetmekte ancak imza sahibinin sorumluluğundan bahsedilmemektedir. İmza sahibinin bu durumdaki sorumluluğu, genel hükümlere tabi olacak, uyuşmazlık halinde, özel bir hüküm bulunmadığı hallerde, genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanun'unun hükümleri uygulanacaktır.

B. Kendisiyle İlgili Değişiklikleri Bildirme Yükümlülüğü

ESHS'nin imza sahibine sertifika vermeden önce resmî belgelere bakarak kimlik tespiti yapacaktır. ESHS'nin elindeki bilgi ve belgeler, güvenilir bir şekilde kimlik tespiti sağlamaya yetmiyorsa, ESHS bu kişiye sertifika oluşturmamalıdır⁸⁵. Güvenli elektronik imza sahibi olan kimse, imza için başvuruda bulunurken doğru bilgi ve belge vermekle yükümlü olduğu gibi, sonradan verdiği bilgilerde değişiklik olması halinde derhal ESHS'yi bilgilendirmelidir. Nitekim Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 15/b-c maddesine göre de güvenli elektronik imza sahibi, ESHS'ye vermiş olduğu bilgilerde değişiklik olduğu taktirde ESHS'ye hemen bilgi vermek zorundadır. Düzenlemede hangi bilgilerin bu yükümlülük kapsamında olduğu açıkça sayılmamıştır⁸⁶. Değiştiği taktirde haber verilmesi gereken bilgileri sadece kimlik bilgileri şeklinde değerlendirmemek gerekir. Hakkı etkileyebilecek, sorumluluk doğurabilecek, ESHS ile imza sahibi arasındaki iletişimin sürmesini sağlayacak tüm bilgiler bu yükümlülük kapsamında görülmelidir. Bu durumlara, imza sahibinin adının veya soyadının mahkeme kararı ile değişmesi, evlenmekle veya evlat edinilmekle soyadının değişmesi, e-mail adresi değişikliği, yerleşim yeri değişiklikleri örnek verilebilir.

ESHS'nin imza sahibini bilgilendirerek, değişikliklerle ilgili gerekli teknik düzenlemeleri yapabileceğini kabul etmek gerekir. Sertifika oluşturulup teslim edildikten sonra meydana gelen değişiklikler, imza sahibi tarafından ESHS'ye bildirilmemişse, ESHS'nin kendisindeki bilgiler çerçevesinde yaptığı işlemlerden sorumluluğu doğmayacaktır⁸⁷. ESHS'nin sertifika düzenledikten sonra kendisine verilen bilgilerle ilgili takipte bulunmak ve değişiklikleri tespit edip işlemek gibi bir yükümlülüğü yoktur⁸⁸. Elektronik imza Yönetmeliği'nin 12. maddesine göre ESHS nitelikli elektronik sertifikayı yenilerken, sertifika sahibine ait bilgilerin geçerliliğini doğrularak yenileyecektir⁸⁹. Bu durumda da imza sahibinin yenilenme esnasında, mevcut

hakkına sahiptir. Buna göre zarara uğrayan üçüncü kişi, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde doğrudan sigortacıdan isteyebilmektedir. Bkz. ERBAYRAKTAR, s.182-183.

⁸⁴ ORER, s.154.

⁸⁵ ORTA, s.14; sahte kimlik belgesine dayanarak, imza alınmasına karşı, sertifika hizmet sağlayıcılarına, sertifika için başvuran kişilerin kimliğini güvenilir şekilde tespit etme yükümlülükleri getirildiğine ilişkin bkz. ŞENOCAK, s.126.

⁸⁶ Kamu Sertifikasyon Merkezinin imza sahibi olacak kimseyle yaptığı sözleşme örneği 2/10. maddesinde "Nitelikli elektronik sertifika başvurusu sırasında ve nitelikli elektronik sertifikanın geçerlilik süresi boyunca beyan ettiği bilgilerde meydana gelen değişiklikleri derhal Kamu SM'ye bildirir" şeklinde bir madde yer almaktadır. Kamu SM Nitelikli Elektronik Sertifika Sahibi Taahhütnamesi için Bkz. https://kamusm.bilgem.tubitak.gov.tr/BilgiDeposu/taahhutnameler/Kamu_SM_Nitelikli_Elektronik_Sertifika_Sahibi_Taahhutnamesi.pdf (Erişim Tarihi: 05/02/2021).

⁸⁷ YILDIRIM, s.263.

⁸⁸ YILDIRIM, s.263.

⁸⁹ Sertifikada yer alan bilgilerin değişmesi halinde de yenilenmesi gerektiğine ilişkin bkz. ORTA, s.14.

değişiklikleri bildirme yükümlülüğü vardır.

C. Koruma, Özen ve Kişisel Bilgilerin Gizliliğinin Sağlanması Yükümlülüğü

İmza sahibi kendisinde bulunan verileri korumakla, bu verileri doğru yerde, mevzuat ve sözleşmede belirlenmiş amaçlar ve kurallar dahilinde kullanmakla yükümlüdür. Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 15/d maddesinde “*güvenli elektronik imza sahibinin, imza oluşturma ve doğrulama verilerini sadece bu amaca yönelik olarak ve nitelikli elektronik sertifikanın içerdiği kullanıma ve maddi kapsama ilişkin sınırlamalar dahilinde⁹⁰ kullanmakla yükümlü olduğu*” düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 15/e maddesinde ise, “*Güvenli elektronik imza sahibi, imza oluşturma verisini başkalarına kullandırmamakla ve bu konuda gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür*” hükmü yer almaktadır. Elektronik imza oluşturma verisi kişiye özgüdür. İmza sahibi, imza üzerindeki kontrolünü kaybetmedikçe, güvenli elektronik imzanın taklidini yapmak mümkün değildir⁹¹. İmza sahibi dışında, hiç kimse tarafından bu veriye erişilmemelidir. Erişilmezliğin temini noktasında imza sahibi, imza oluşturma verisini, taşınabilir imza araçlarını ve şifrelerini koruma altında bulundurmaya zorundadır⁹². İmza sahibi, güvenli elektronik imza oluşturma aracını kullanırken bir parola, bir erişim verisi belirledikten sonra, bu parola ya da veriyi girerek imza oluşturma aracını aktif hale getirmek durumundadır⁹³. Elektronik İmza Yönetmeliği'nde de bu veri, “*erişim verisi*” olarak adlandırılmıştır. Erişim verisi imza sahibine özgü olduğundan, gizliliğinin korunması gerekir. Başka kişilerin bu veriyi ele geçirmesi riskine karşı, dikkatli ve özenli davranılmalıdır⁹⁴. İmza oluşturma verisi, bu veriyi içeren donanım aracı dışına çıkarılamaz⁹⁵. Uygulamada imza oluşturma araçları akıllı kartlar veya bilgisayar yazılımları olarak görülebilmektedir⁹⁶. Bu araçların saklanması gereken özenin gösterilmesi, imza aracının başkaları tarafından ele geçirilip, kötüye kullanılmasına engel olabileceğinden dolayı önem taşır⁹⁷. İmza sahibi, imza oluşturma verisini başkalarına kullandırmamak ve bu konuda gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür⁹⁸. İmza oluşturma verisinin yetkisiz kimselerin eline geçmesi durumunda, imza sahibinin imzayla bağını ispat etmek oldukça zordur⁹⁹. Mahkeme, ihtilaf halinde kişinin kimliğini, ESHS aracılığıyla, sertifika üzerinden kontrol edecek ve imzanın doğrulanması aşamasına geçerek, imza oluşturma aracının güvenli olup olmadığına bakacaktır¹⁰⁰. Ancak imza oluşturma verisinin gizliliği korunmamışsa, imza oluşturma aracının bir önemi kalmayacak, bu durumda imzanın başka bir araç ve kişi tarafından kullanıldığı iddiasını teknik olarak tespit etmek, neredeyse imkansızlaşacaktır¹⁰¹.

İmza sahibi, imza oluşturma verisini başkalarına kullandırmamakla ve bu konuda gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu halde imza anahtarı veya verisini kendisi başkasına teslim etmişse, özen yükümlülüğünü ihmal ettiğinden bahsedilir¹⁰². Doktrinde elektronik imzanın, imza sahibi tarafından şahsen kullanılmasının zorunlu olmadığı kabul edildiğinde, bu halde temsil ilişkisinin doğacağı görüşü olduğu gibi, şahsen kullanımın zorunlu olduğu aksi halde güvenli

⁹⁰ Elektronik İmza Kanunu 9/1. maddesinden de konu ve miktar bakımından maddi sınırlama getirilebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre nitelikli elektronik sertifikada bulunması gereken bilgiler içinde “*varsayılan sertifikanın kullanım şartları ve kullanılacağı işlemlerdeki maddi sınırlamalara ilişkin bilgiler*” de sayılmıştır. Şu hâlde elektronik sertifikanın hangi konularda ya da hangi maddi sınıra kadar kullanılacağına dair sınırlama getirilebilir. Bkz. YARDIM, s.69,70.

⁹¹ BİÇKİN, s.114.

⁹² ORER, s.57; ERBAYRAKTAR, s.186; bu durumda ESHS'nin sorumluluğu olmadığına ilişkin bkz. ORTA, s.11.

⁹³ ORER, s.58.

⁹⁴ ORER, s.58; ERBAYRAKTAR, s.184 vd; bu konuda imza sahiplerine ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü getirildiğine dair bkz. ŞENOCAK, s.126.

⁹⁵ ORER, s.59.

⁹⁶ ORER, s.59.

⁹⁷ ERBAYRAKTAR, s.185.

⁹⁸ “*İmza sahibi, güvenli elektronik imza aracını şahsen kullanmakla yükümlü olduğu halde, imza aracını hukuki işlemde bulunması için başkasına teslim etmişse, aslında, nitelikli sertifikanın gerçeğe uygunluğunu temin etmeye ilişkin özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. İmza aracının başkası tarafından kullanılması halinde nitelikli sertifikada belirtilen imza sahibini teşhise yarayan bilgi imzalama anında gerçeği yansıtmamaktadır. Böyle bir durumda elektronik imzanın Elektronik İmza Kanunu 4/a hükmündeki zorunlu unsurunu kaybetmiş olup olmayacağı, buna bağlı Kanunda öngörülen yazılı şekil şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalıdır.*” Bkz. ERBAYRAKTAR, s.190-191.

⁹⁹ ORER, s.85.

¹⁰⁰ ORER, s.85.

¹⁰¹ ORER, s.85.

¹⁰² İmza aracının bilerek ve isteyerek başkasına teslimi halinde en ağır seviyedeki özen yükümlülüğünün doğacağına ilişkin bkz. ERBAYRAKTAR, s.194.

elektronik imzadan bahsedilemeyeceği görüşü de vardır¹⁰³. Erbayraktar¹⁰⁴, bu durumda imza aracının rızaen teslimi ile rıza dışı elden çıktığı durumların farklı değerlendirilmesi gerektiği, rıza dışı çıkma halinde, geçerli imzanın söz konusu olmayacağı, duruma göre imzalı belgenin inkarı ya da şekle aykırılık sebebiyle hükümsüzlüğünün ileri sürülebileceği, rıza ile teslim halinde ise şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlüğün dürüstlük kuralı ile sınırlanacağı, imza sahibinin şahsen kullanma yükümlülüğünü bu şekilde kasten ihlal ettiği hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 210. maddesine dayanarak inkar etmesinin veya şekle aykırılığı ileri sürmesinin çelişkili davranış teşkil edeceği, bu durumda da şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlük iddiasının dinlenmemesi gerektiği görüşündedir. Özbek'e göre¹⁰⁵ Kanundaki bu düzenlemeye aykırı davranılmışsa yani imza sahibi tarafından imza anahtarı ile şifresi üçüncü kişilere verilmiş veya onların öğrenmesine ve kullanılmasına izin verilmişse doğabilecek hukukî sorumluluk, beyaza imza atan kişinin¹⁰⁶ durumunda olduğu gibi tespit edilebilir. Bu durumda, güvenli elektronik imza sahibinin rızasıyla, bir başka kişi tarafından elektronik imza anahtarı ve şifre kullanılarak yapılan hukukî işlemler ve düzenlenen elektronik belgeler¹⁰⁷ kural olarak geçerlidir ve güvenli elektronik imza sahibini bağlayacaktır¹⁰⁸. İmza bu halde bir başkasının imza anahtarı ve şifresi kullanılarak atılmakta, imza atan ile imza sahibi farklı olsa bile, imza sahibi buna onay vermiş olduğundan, hukukî işlemle bağlı hale gelmektedir¹⁰⁹. Özbek¹¹⁰, üçüncü kişilerin, imza sahibinin rızası dışında imza anahtarını kullanmaları halinde ise yetkisiz temsilin söz konusu olacağı görüşündedir. İmza sahibi bu işleme onay vermişse yapılan işlem geçerli olacak, onay vermezse, üçüncü kişi yetkisiz temsilci olarak kabul edilecektir¹¹¹ ve sertifikaya güvenen kişi, işlemin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararın giderilmesini bu kişiden isteyebilecektir¹¹². Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemeyecektir¹¹³. İmza sahibi, imza anahtarını veya şifre bilgilerini kendi rızası ile vermiş ve geri almamışsa veya muhafazasında kusur göstermişse, bu kusuru sebebiyle, iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlü tutulmalıdır¹¹⁴. Eğer imza anahtarı ve şifresi, imza sahibinin elinden rızası dışında çıkarsa, elektronik imza anahtarının rıza dışı kullanımı sebebiyle yapılan işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, kusurlu olan yetkisiz temsilciden istenebilir¹¹⁵.

Üçüncü kişi tarafından imzanın yetkisiz kullanımı halinde imza sahibi, Elektronik İmza Yönetmeliğinin 15/e maddesine aykırı hareket etmişse, hukuka aykırı hareketinden dolayı sertifikaya güvenen ve zarara uğrayan kişiye karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu

¹⁰³ Temsil ilişkisi görüşü için bkz. ÖZBEK, s.2255; ayrıca bkz. ŞENOCAK, s.132; temsil hükümlerine kıyasen de olsa başvurmaya gerek olmadığı, ulak kullanımının söz konusu olduğuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. ERBAYRAKTAR, s.200 vd..

¹⁰⁴ ERBAYRAKTAR, s.192-193.

¹⁰⁵ ÖZBEK, s.2254.

¹⁰⁶ “Senet için imza kurucu bir unsur olsa da imzanın senet metninden önce atılması mümkündür. Bu durumda beyaza (açığa) imzadan söz edilir. Beyaza imza atan kişi, senedin anlaşmaya aykırı olarak kendi zararına doldurulabileceğini genel hayat tecrübesiyle bilmesi gerekir. Buna rağmen açığa imza atmış olmakla kendisinden beklenen dikkat ve ihtimamı sarf etmediğinden hukukun himayesinden yararlanamaz...” Yargıtay 13. HD., 16/9/2019, E.2016/28448, K.2019/8367 bkz. <http://kazanci.com.tr/gunluk/13hd-2016-28448.htm> (Erişim Tarihi: 01/02/2021).

¹⁰⁷ “Bilindiği üzere uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre belgedir (HMK m.199). Maddedeki belge tanımında, iki unsur önemlidir. Belge bir “bilgi taşıyıcısı”dır. Ancak, her bilgi taşıyıcısı değil, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli olanlar, yargılama hukuku anlamında belge sayılmıştır (hükümet gerekçesi).” Yargıtay 13. HD., 16/9/2019, E.2016/28448, K.2019/8367 bkz. <http://kazanci.com.tr/gunluk/13hd-2016-28448.htm> (Erişim Tarihi: 01/02/2021); Alman hukukunda eIDAS çerçevesinde elektronik belge tanımı, değerlendirilmesi ve ispat değerine ilişkin bkz. HOEREN,s.385 vd..

¹⁰⁸ ÖZBEK, s.2254.

¹⁰⁹ ÖZBEK, s.2254.

¹¹⁰ ÖZBEK, s.2255; konuyla ilgili ayrıca bkz. ERBAYRAKTAR, s.207 vd..

¹¹¹ EREN, s.515; ANTALYA, s.403; bkz. Türk Borçlar Kanunu 46. maddesi.

¹¹² ÖZBEK, s.2255; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.736 vd.; EREN, s.516-517; ANTALYA, s.404; bu durumla ilgili bkz. Türk Borçlar Kanunu 47. maddesi.

¹¹³ ÖZBEK, s.2255; EREN, s.518; ANTALYA, s.404.

¹¹⁴ ÖZBEK, s.2255; bu durumda “muhafazasındaki kusur nedeniyle üçüncü kişilerin eline geçen imza aracının yetkisiz kullanılması halinde, imza anahtarı sahibinin, sertifikaya güvenen iyiniyetli muhatabın bu suretle uğramış olduğu (menfi) zarardan sorumlu tutulması sonucunu doğuracağına” ilişkin bkz. ŞENOCAK, s.132.

¹¹⁵ ÖZBEK, s.2255; EREN, s.517; ANTALYA, s.405.

olabilecektir¹¹⁶. Ancak imza sahibinin haksız fiilden doğan sorumluluğuna ilişkin davada, özen yükümlülüğünün ihlalinin ve imza sahibinin kusurunun ispat edilmesi oldukça zordur¹¹⁷. Doktrinde İsviçre hukukundaki, imza sahibi aleyhine kusursuz sorumluluk esası dile getirilerek, Türk hukukunda da en azından ispat yükünün ters çevrilebileceği görüşü ifade edilmektedir¹¹⁸.

Güvenli elektronik imza anahtarının imza sahibinden başkası tarafından kullanıldığı iddiasında, bilirkişi incelemesi tek başına maddî gerçeği bulmakta yetersiz kalabilecek, tarafların dinlenmesi ve gerektiğinde tanık dinlenilmesine de başvurulabilecek, hâkim elde edilen tüm delilleri serbestçe değerlendirecektir¹¹⁹.

D. İhbar Yükümlülüğü

Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 15. maddesinin f ve devamı fıkralarına göre, güvenli elektronik imza sahibi, imza oluşturma verisinin gizliliğinden veya güvenliğinden şüphe etmesi durumunda bu durumu ESHS'ye derhal ihbar etmekle yükümlüdür. İmza oluşturma ve doğrulama verilerinin ESHS'ye ait olmayan yerlerde ve araçlarla üretilmesi durumuna karşı gerekli güvenlik tedbirleri alınmalıdır. Ayrıca imza oluşturma aracının veya erişim verisinin kaybı, çalınması, güvenilirliğinden şüpheye düşülmesi durumlarında ESHS derhal bilgilendirilmelidir. İmza sahibinin ihbar yükümlülüğü için sadece şüphe yeterli sayılmış, bu yükümlülüğün derhal yerine getirilmesi istenmiştir. Bu yolla imzanın teknik ve hukuki güvenliği gecikmeksizin sağlanabilecek, üçüncü kişilerin kötüye kullanımının önüne geçilecektir. ESHS, imza oluşturma verisinin korunmasından ve bununla bağlantılı olarak kötüye kullanılmasından, kaybindan, şifrenin başkalarına açıklanmasından, değiştirilmesinden ve yetkisiz kullanımından, kendisine isnad edilebilecek bir durum olmadığı sürece sorumlu değildir¹²⁰. Uygulamada Kamu Sertifikasyon Merkezi güvenli elektronik imza sahibine, imza oluşturma verisini ve güvenli elektronik imza oluşturma aracını başkasına kullandıramayacağı, bu konuda gerekli tedbirleri alacağı, kullanma hak ve yükümlülüklerini bir başka kişi veya kuruma devretmeyeceği, adına düzenlenen güvenli elektronik imza oluşturma aracı ve erişim verisini şahsen teslim alacağı ve güvenli elektronik imza oluşturma aracı erişim verisini korumakla ilgili bütün tedbirleri alacağı hususunda bir taahhütname imzalatmaktadır¹²¹.

E. Güvenli Elektronik İmza Sahibinin Yükümlülükleri Karşısında Üçüncü Kişilerin Yükümlülükleri

Elektronik İmza Yönetmeliği'nde de üçüncü kişilerin tanımı yer almamakla birlikte, Yönetmeliğin 16. maddesinde üçüncü kişilere ait yükümlülükler sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre, üçüncü kişiler, sertifikanın “*nitelikli elektronik sertifika*” olup olmadığını kontrol etmekle yükümlüdür. Ayrıca bu sertifikanın iptal ve geçerlilik durumunu kontrol etmeli veya güvenli elektronik imza doğrulama aracı kullanmalıdırlar. Sertifikanın kullanımına yönelik herhangi bir kısıtlamanın olup olmadığını¹²² da kontrol etmek zorundadırlar. Üçüncü kişilerin söz konusu kontrolleri yapabilmesi için, nitelikli elektronik sertifikanın, Elektronik İmza Kanun'unun 9. maddesinde sayılan bilgileri içermesi gerekir. Bu bilgiler, sertifikanın nitelikli olduğuna dair ibare, ESHS kimlik bilgileri ve kurulduğu ülke adı, imza sahibinin teşhis edilebileceği kimlik bilgileri, imza doğrulama verisi, sertifika geçerlilik süresi¹²³, başlangıç ve bitiş tarihleri, sertifika seri numarası gibi bilgilerdir. Üçüncü kişi, nitelikli sertifikadaki görünüşün gerçeğe uygun olup

¹¹⁶ ERBAYRAKTAR, s.210-211; YILDIRIM, s.272.

¹¹⁷ ERBAYRAKTAR, s.212; haksız fiilde kusuru ispat yükümlülüğüne ilişkin bkz. EREN, s.656.

¹¹⁸ ERBAYRAKTAR, s.212.

¹¹⁹ ÖZBEK, s.2238; güvenli elektronik imzanın inkârı halinde izlenecek prosedüre ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YARDIM, s.110 vd.; YARDIM, imza inkarı, s.105-106; ayrıca bkz. YILMAZ, s.3476; ÖZBEK, s.2260-2261.

¹²⁰ ORER, s.127.

¹²¹Kamu SM tarafından hazırlanan matbu sözleşme metni için bkz. https://kamusm.bilgem.tubitak.gov.tr/BilgiDeposu/taahhutnameler/Kamu_SM_Nitelikli_Elektronik_Sertifika_Sahibi_Taahhutnamesi.pdf (Erişim Tarihi: 05/02/2021).

¹²² Bu durumda taraflar arasındaki ihtilafın sigorta kapsamında olmayacağına ilişkin Kamu SM tarafından hazırlanmış matbu sözleşmedeki hüküm dikkat çekicidir: “*Sertifika içeriğinde bulunan maddi sınır bilgisi ile ilgili olarak sertifika sahibi ve üçüncü taraflar arasında doğacak ihtilaflar sigorta kapsamında değildir.*” bkz. Kamu SM Nitelikli Elektronik Sertifika Sahibi Taahhütnamesi 4 nolu başlık https://kamusm.bilgem.tubitak.gov.tr/BilgiDeposu/taahhutnameler/Kamu_SM_Nitelikli_Elektronik_Sertifika_Sahibi_Taahhutnamesi.pdf (Erişim Tarihi: 05/02/2021); maddi sınırlama ile ne kastedildiğinin anlaşılmadığı, ESHS nin her türlü hasarı karşılamakla yükümlü olduğu, kesin bir tanımlamanın yapılmasının yerinde olacağı yönünde değerlendirmeler için bkz. BOZKURT/GRUBHOFER, s.74.

¹²³ Elektronik İmza Yönetmeliği'nin 10.maddesine göre nitelikli elektronik imza sertifikasının geçerlilik süresi sözleşme ve/veya taahhütname ile belirlenir.

olmadığını öğrenmek amacıyla, hal ve şartlara göre kendisinden beklenebilecek dikkat ve özeni göstermelidir¹²⁴. Üçüncü kişinin iyi niyetli sayılması için gerekli şartlar ve göstermesi gereken dikkat ve özenin ölçüsü, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken hususlardır. Ancak üçüncü kişinin, en azından kendisine gönderilen imzanın dayandığı nitelikli sertifikayı ve sertifika iptal listesini incelemesi ve bu konuda özen göstermesi gerektiği açıktır¹²⁵.

V. SONUÇ

Elektronik İmza Kanun’unda, imza sahibinin hak ve yükümlülüklerini, belli başlıklar altında düzenleyen hükümler mevcut değildir. Elektronik İmza Yönetmeliği’nde ise sadece imza sahibinin yükümlülüklerinden bahsedilmiş, haklarına ilişkin bir düzenleme yapılmamış hem Kanundaki hem de Yönetmelikteki hükümlerden dolayı olarak anlaşılacak şekilde bırakılmıştır. Bu nedenle haklar ve yükümlülükler, ilgili mevzuattan doğrudan ve dolaylı olarak yapılan çıkarımlarla belirlenebilmektedir. İmza sahibinin hakları konusunda özellikle kanun düzeyinde yapılacak açık düzenlemeler, uygulamadaki sorunları azaltabilecek, güvenli elektronik imzaya duyulan güveni artırarak, sertifika sağlayıcılarla yapılan sözleşmelere bir çerçeve getirecek, taraflar arasında menfaat dengesinin sağlanması ve korunması açısından faydalı olacaktır.

Halihazırda güvenli elektronik imza ile ilgili mevzuatın sonuç bağladığı “güvenli” sıfatını taşıyan imza, münhasıran imza sahibine bağlı olan ve güvenli kimlik tespiti sağlayan, veri bütünlüğünü ve kişisel bilgilerin gizliliğinin sağlanmasını garanti eden ve inkâr edilmezlik niteliğine sahip olan imzalıdır. İmza sahibi, imzayı edindiği sertifika hizmeti sağlayıcısı ile süreklilik içeren bir hukuki ilişki içerisine girmektedir. Bu ilişkide ESHS’den nitelikli hizmet verilmesini isteme, gerekli konularda aydınlatılma ve sözleşme ilişkisinin devamında uygun şekilde ve gereken zamanlarda bilgilendirilme, kimlik bilgilerinin ve işlemlerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Ayrıca mevzuatta açıkça düzenlenen, zorunlu sertifika mali sorumluluk sigortasından yararlanma hakkına da sahiptir. Elektronik İmza Kanun’unun ilk halinde yapılacak bilgilendirmelerde aranan yazılı şekil şartı artık aranmamaktadır. Elektronik İmza Yönetmeliği’nin 14. maddesinde ESHS’nin nitelikli elektronik sertifika verilecek kişiyi nitelikli elektronik sertifika vermeden önce yazılı olarak bilgilendirileceğine ilişkin hükmün de aynı yönde değiştirilmesi Kanun ile Yönetmelik arasındaki uyumu sağlamak açısından uygun olacaktır. Uygulamada bu bilgilendirmenin imza sahibine imzalatılan taahhütnamede yer aldığı ve çoğunlukla yazılı olarak yapıldığı görülmektedir. Yazılı bilgilendirme şartının kaldırılması, Kanun koyucunun şeklen bilgilendirmeyi yeterli görmediği, aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesine önem verdiği şeklinde değerlendirilmeli, imza sahibinin bilgilendirildiği konuların doğru anlaşıldığından ESHS’nin emin olması gerektiği sonucu çıkarılmalıdır. Bu konuda gerçek anlamda bir bilgilendirmenin anlaşılır ifadeler içeren bir broşür, kapsamlı bilgiler içeren internet sitesi yanında soru cevaplara da yer veren sözlü aydınlatma ve eğitim görüşmesi ve hatta sonrasında da telefon destek hatları ile sağlanabilir. Elektronik İmza Kanun’unun 10. maddesinde 14/1/2016 tarihli 6661 Sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra artık kimlik tespitinin uzaktan yapılabileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu konuda Yönetmelikteki hüküm güvenliğin sağlanması açısından daha isabetli görünmektedir. Kimlik tespitinin, kurumsal başvurular ve Kamu Sertifikasyon Merkezine yapılacak başvurular dışında bizzat yapılması daha güvenli bir çözüm gibi görünmekte, uygulamada sorunlara yol açabilecek bu durumun düzeltilmesinde yarar görülmektedir. Diğer bir sorun Elektronik İmza Kanun’unda kişisel verilerin hangi hallerde paylaşılacağına ilişkin açık hüküm bulunmamasıdır. Her ne kadar bu konuda genel düzenlemelere başvurulabilse de Kişisel Verileri Koruma Kanunu hükümleri dikkate alınarak güvenli elektronik imzaya özel bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Kanundan ve Yönetmelikten yapılan çıkarımlarla imza sahibinin yükümlülüklerinin başında ESHS’ye gerekli bilgi ve belgeleri eksiksiz ve bir şekilde vermenin geldiği görülmektedir. İmza sahibi bu yükümlülüğünü ihlal ederse, doğacak zararlardan genel hükümler çerçevesinde sorumlu olur. İmza sahibi, ESHS’ye vermiş olduğu bilgilerde değişiklik olduğu takdirde ESHS’ye hemen bilgi vermekle de yükümlüdür. Yönetmelikte hangi bilgilerin bu yükümlülük kapsamında olduğu açıkça sayılmamakla birlikte hakkı etkileyebilecek, sorumluluk doğurabilecek, ESHS ile imza sahibi arasındaki iletişimin sürmesini sağlayacak tüm bilgilerin bu kapsamda kabul edilmesinde ve bu hususun düzenlemeye dahil edilmesinde fayda vardır. İmza sahibi, imza oluşturma aracının veya erişim verisinin kaybı, çalınması, güvenilirliğinden şüpheye düşülmesi

¹²⁴ ERBAYRAKTAR, s.160.

¹²⁵ ERBAYRAKTAR, s.160.

hallerinde ESHS'yi derhal bilgilendirmekle de yükümlüdür. İmzanın teknik ve hukuki güvenliğinin gecikmeksizin sağlanması ve üçüncü kişilerin kötüye kullanımının önüne geçilmesi bakımından bu husus büyük önem taşır. ESHS, imza oluşturma verisinin korunmasından ve bununla bağlantılı olarak kötüye kullanılmasından, kaybından, şifrenin başkalarına açıklanmasından, değiştirilmesinden ve yetkisiz kullanımından, kendisine isnad edilebilecek bir durum olmadığı sürece sorumlu olmaz. Güvenli elektronik imzanın ilgilisi üçüncü kişiler ise sertifikanın “*nitelikli elektronik sertifika*” olup olmadığını kontrol etmekle yükümlüdür. Ayrıca bu sertifikanın iptal ve geçerlilik durumunu kontrol etmeli veya güvenli elektronik imza doğrulama aracı kullanmalıdırlar. Üçüncü kişiler, nitelikli sertifikadaki görünüşün gerçeğe uygun olup olmadığını öğrenmek amacıyla, hal ve şartlara göre kendisinden beklenebilecek dikkat ve özeni göstermedikleri takdirde sorumluluk hukuku yönünden doğacak sonuçlara katlanmak durumundadır.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, O. Gökhan: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012
- BİÇKİN, İnci: “Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (63), 2006, s.109-126.
- BOZKURT, Kutluhan/GRUBHOFER, Gregor: “Die Elektronische Signatur In Der Türkei”, Ankara Law Review, 2(1), s.61-79.
- ÇETİN, Ayten/ÇİTLİ, Zehra Cahide: “Elektronik Sigortacılıkta E-İmza”, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü E-Dergisi, (2), 2012, s.1-19.
- DREIER, Thomas: Internetrecht, Vorlesungen, <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/INHALTE/lehre/lehrematerialien.htm>, (Erişim Tarihi: 11/02/2021).
- ERBAYRAKTAR, Burcu: Güvenli Elektronik İmza; Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2016.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ERTURGUT, Mine: “Elektronik İmza Kanunu Bakımından E-belge ve E-imza”, Bankacılar Dergisi, (48), 2003, s.66-79.
- ERTURGUT, Mine: “Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı”, (ESHS), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 2004, s.97-130.
- HOEREN, Thomas, Internetrecht-Vorlesungen,Münster, 2018, <https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/Skript-Internetrecht-Maerz-2018.pdf>, (Erişim Tarihi: 08/02/2021).
- KAYIHAN, Şaban: “Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS = Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçılarının Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortasına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), s.251-263.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017
- KURŞAT, Zekeriya: “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasının Etkisi”, İÜHFM, LXXV(1), 2017, s.413-430.
- ORER, Gürsel: Elektronik İmza ve Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- ORTA, Mesut: “Türkiye’de Elektronik İmza Uygulaması”, Elektrik Mühendisliği Dergisi, (430) Ekim, 2007.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.2213-2282.
- REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- RÜSSMANN, Helmut: “İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat(Alman Hukukuna Göre)”(Çeviren: Muhammet Özkes), Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir, 2002, s.325-353.
- SADAY, Taha, AKHAN Nurdan: “Bilgisayar Destekli Kimlik Tespit Sistemlerinde Biyometrik Yöntemlerin Değerlendirilmesi”, <https://ab.org.tr/ab03/tammetin/46.pdf>, s.1-12, (Erişim Tarihi: 20.2.2021).
- SAĞLAM, İpek: “Elektronik Sözleşmeler”, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- SARIAKÇALI, Turgay: İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- SARIKAYA, Kemal Sacid: Elektronik İmza Güvenliği ve Güvenlik Standartları Çerçevesinde Düzenleyici Yaklaşımlar, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005.
- SÖZER, Bülent: Elektronik Sözleşmeler, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

- ŞENOCAK, Zarife: “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50(2), 2001, s.97-135.
- ŞİMŞEK, Merve Melis/ÖZCAN Tuğba/ERGUN, Tamer/ÇELİK, Vural: “Elektronik İmza Seviyeleri”, Bilgi Yönetimi Dergisi, 2(2), 2019, s.136-144.
- TURAN, Metin: Bilişim Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- YARDIM, Mehmet Ertan: Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medeni Usul Hukukumuzda Etkileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- YARDIM, Mehmet Ertan: “Güvenli Elektronik İmzanın İnkârı”, (imza inkarı),Türk Hukuk Dünyası Dergisi, Mayıs 2007, s.103-112.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu”, AÜEHFD, VIII(3-4), 2004, s.257-283.
- YILMAZ, Mustafa: "Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdari Yargılama Hukukunda Delil Niteliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz Armağanı, (22), 2016, s.3435-3486.

Diğer Kaynaklar

- Telekomünikasyon Kurumu E-İmza Çalışma Grubu: Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Sunumu, Ankara, 2005 için bkz.<https://dl.turktrust.com.tr/pdf/SMSS.pdf>,s.1-8 (Erişim Tarihi: 25/01/2021).
- Kamu SM Nitelikli Elektronik Sertifika Sahibi Taahhütnamesi: https://kamusm.bilgem.tubitak.gov.tr/BilgiDeposu/taahhutnameler/Kamu_SM_Nitelikli_Elektronik_Sertifika_Sahibi_Taahhutnamesi.pdf (Erişim Tarihi: 05/02/2021)

ALMAN CEZA HUKUKUNDA TAM SARHOŞLUK SUÇUNUN DOGMATİK TEMELLERİ

THE DOGMATIC FOUNDATIONS OF THE CRIME OF FULL DRUNKENNESS IN GERMAN CRIMINAL LAW

Uğur ERSOY*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.969786> 

Makale Bilgi

Gönderi: 11/07/2021
Kabul : 15/09/2021

Anahtar Kelimeler

*Tam Sarhoşluk,
Sarhoşluk,
Kusur Prensibi,
Tehlike Suçu.*

Article Info

Received: 11/07/2021
Accepted: 15/09/2021

Keywords

*Full Drunkenness,
Drunkenness
Principle of Fault,
Crime of Danger.*

Özet

Mevcut çalışmanın ana uğraş alanını, Alman Ceza Kanunu'nun 323a paragrafında kaleme alınmış olan tam sarhoşluk (Vollrausch) suçunun dogmatik temelleri hakkında genel bilgiler verilmesi oluşturmaktadır. Söz konusu suç tipi ile toplumun genelinin, bir tehlikenin gerçekleşmesinden önce korunması amaçlanmıştır. Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan tam sarhoşluk suçuna benzer nitelikte bir suç tipine ne 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ne de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verildiği görülmektedir. Tam sarhoşluk suçunun Alman ceza hukukunda önemli tartışmaların odağında yer aldığı söylenebilir. Gerçekten de Alman Hukukunda bu suç tipi, ceza hukuku dogmatikliğinin en zorlu ve tartışmalı hükümlerinden birisi olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu tartışmaların temelinde tam sarhoşluk suçunun ve bu suç tipinde aranan hukuka aykırı bir fiil (eine rechtswidrige Tat) gerçekleşmesinden ne anlaşılması gerektiği ve belki daha da önemlisi bu suç tipinin kusur prensibine aykırılık teşkil edip etmediği gibi önemli konular yatmaktadır. Çalışmanın sonuç kısmında ise Türk Ceza Kanunu'nda bu suç tipine benzer bir suça yer verilmesi gerekip gerekmediği hususu üzerinde kısa bir değerlendirmede bulunulacaktır.

Abstract

The main field of the study is the dogmatic foundations of the crime of full drunkenness (Vollrausch) which is regulated in paragraph 323a of the German Criminal Code. With this type of crime, it is aimed to protect the general public before a danger occurs. This type of crime similar to this crime regulated in the German Criminal Code is neither included in the Turkish Criminal Code No. 765 nor 5237. It can be said that the crime of full drunkenness is at the center of important discussions in German criminal law. Indeed, in German Law, this type of crime is considered as one of the most challenging and controversial provisions of criminal law dogmatics. On the basis of these discussions, there are important issues such as the legal nature of the crime of drunkenness and the realization of an illegal act (eine rechtswidrige Tat) sought in this type of crime, and whether this type of crime constitutes a contradiction with the principle of fault. In the conclusion part of the study, brief explanations will be made on whether this type of crime should be included in the Turkish Criminal Code or not.

EXTENDED SUMMARY

The crime of total drunkenness, which is regulated in the German Criminal Code, has no direct equivalent in either the Turkish Criminal Code 765 or the Turkish Criminal Code No. 5237. On the other hand, between articles 571 and 575 of the Turkish Criminal Code No. 765, it is seen that the act of drunkenness is regulated as a misdemeanor crime. It is noteworthy that the act of drunkenness is regulated as a misdemeanor in Article 35 of the Misdemeanor Law No. 5326. From this point of view, it can be said that there is no crime type that can be directly compared with the total drunkenness crime in the German Criminal Code and the Turkish Criminal Code No. 5237.

At this point, we find it useful to briefly mention the statements made by Jescheck in order to compare the situation in Turkish and German Laws. According to the author, the provisions of Turkish Law on drunkenness are stricter than the German Law. While all types of voluntary drunkenness are not considered in terms of criminal liability in Turkish Law, only ALIC (*actio libera in causa*) is regulated in this way in German Law. On the other hand, the state of drunkenness, which is caused intentionally or by negligence, is written in paragraph 323a of the German Criminal Code as a special type of crime. If the perpetrator commits a crime while intoxicated, drunkenness is considered a condition of objective punishment and the fault need not cover it. At this point, it is noteworthy that Jescheck's determination that German court-laws come to the limit of objective responsibility when determining punishment for crimes committed when the perpetrator is drunk through his own fault.

The reason why § 323a is discussed so much in terms of German Law is the fact that the German Criminal Code does not include a regulation similar to the one in article 34 of the Turkish Criminal Code. In this context, an opinion in the German criminal law doctrine does not consider it possible to punish the perpetrator even in the presence of *actio libera in causa*, since there is no normative regulation; because the rule is very simple: If there is no fault, there is no punishment! (*Keine Strafe ohne Schuld!*). According to those of this opinion, in such a case, the criminal liability of the perpetrator can only be in question within the framework of § 323a. In contrast, the prevailing view in German doctrine is that § 323a is a norm that can come into play where ALIC is not feasible; in other words, § 323a will not be applicable if *actio libera in causa* has the possibility to apply.

In our opinion, the view put forward in German doctrine to harmonize the type of crime in question with the principle of fault, which is another of the issues discussed during the study, which seeks that the act committed by the perpetrator while intoxicated should at least be "predictable" in order to punish the perpetrator. Because the concept of "predictability" is a term related to negligence. In caste, what is foreseen must also be either "desired" (*dolus directus*) or at least "accepted" (*dolus eventualis*). In a type of crime that the legislator has not regulated in the form of negligence, seeking the existence of "predictability" in order to punish the perpetrator is an objectionable situation that may result in a substitute for the legislator, even if it aims to harmonize the type of crime with the principle of fault.

Is it necessary to regulate a type of crime similar to the crime of total drunkenness in the Turkish Criminal Code? In our opinion, in view of the fact that the regulation in Article 34 of the Turkish Criminal Code, and therefore the ALIC principle, is still in force in terms of our law, although it is controversial, there is no need to include a provision similar to the one in the Turkish Criminal Code § 323a. Moreover, as it is tried to be explained within the scope of the study, considering the serious and justifiable criticisms in the German criminal law doctrine that the said type of crime is against the principle of fault, it is also clear that the inclusion of such a problematic type of crime in the Turkish Criminal Code in terms of criminal law dogmatics and incompatible with the fault principle would do more harm than good. We think that the regulation will create inconsistency with Article 34 of the Turkish Criminal Code.

I. GİRİŞ

Alman Ceza Kanunu'nun (Al.CK) 323a paragrafında “tam sarhoşluk” (*Vollrausch*) suçuna yer verilmiştir. Alman Hukukunda bu suç tipi, ceza hukuku dogmatığının en zorlu ve tartışmalı hükümlerinden birisi olarak değerlendirilmektedir¹.

Al.CK § 323a şu şekildedir:

“(1) Her kim, kasten veya taksirle, alkollü içecekler veya diğer sarhoş edici maddeler kullanarak kendini sarhoş eder ve bu durumda iken hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirir ve sarhoşluğu nedeniyle kusur yeteneği bulunmadığı veya kusur yeteneği bulunduğu belli olmadığı için cezalandırılmazsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Verilecek ceza, sarhoşken işlenen fiil için öngörülen cezadan daha ağır olamaz.

(3) Sarhoşken işlenen fiil, sadece şikâyet, izin veya talep üzerine soruşturulabilen bir fiil ise, fiil sadece şikâyet, izin veya talep üzerine soruşturulur.”

Söz konusu suç tipi ile toplumun genelinin, bir tehlikenin gerçekleşmesinden önce korunması amaçlanmıştır. Zira tam sarhoş haldeki birisinin norma uygun davranma yeteneği genel yaşam tecrübelerine göre çoğunlukla ortadan kalkmış olmaktadır². Bundan dolayıdır ki failin cezalandırılmasının nedeni, kendi iradi fiiliyle kusur yeteneğini ortadan kaldırmış olması ve böylelikle de toplum için genel tehlikeli bir durum içinde bulunuyor olmasıdır³. Buradaki problemin temeli, kusur prensibini kabul etmiş olan bir ceza hukuku sisteminde, bireysel özgürlüklerin hangi dereceye kadar sınırlandırılacağı noktasındaki zorlukta toplanmaktadır⁴.

II. TAM SARHOŞLUK SUÇUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KUSUR PRENSİBİ KARŞISINDAKİ KONUMU

Alman doktrinindeki hâkim görüş tam sarhoşluk suçunu soyut tehlike suçu olarak kabul etmekte ve bu durumdaki bir failin cezalandırılabilmesini kusur prensibine aykırı görmemektedir⁵. Hâkim görüş tarafından söz konusu suç tipi ile yasaklanan davranışın yalnızca iradi sarhoşluk olduğu ifade edilmektedir.

Bununla birlikte Alman Federal Yüksek Mahkemesi söz konusu suç tipini “soyut tehlike suçunun kendine özgü bir türü” olarak değerlendirmekte ve sarhoşluk içerisindeyken işlenen fiili,

¹ BEMMANN, Günter: “Welche Bedeutung hat das Erfordernis der Rauschtat im § 330a StGB?”, GA 1961, s.65. Benzer görüşte bkz. KAUFMANN, Arthur: “Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit”, JZ 1963, s.425. Söz konusu hükmü kanun koyucunun bir hatası olarak gören görüş için bkz. OTTO, Harro: “Der Vollrauschtatbestand (§ 323a StGB)”, JURA 1986, s.478 ve dn.3'teki yazarlar.

² Gerçekten de Almanya’da işlenen bütün suçların yaklaşık yüzde onunun alkol etkisi altında işlendiği ifade edilmektedir. Bkz. KERNER, Hans-Jürgen: Kriminologie Lexikon, 4. Auflage, Heidelberg 1994, s.107.

³ Doktrinde Hardwig, tam sarhoşluğun tehlikeli bir durum olduğunu ancak bunun, sarhoş olmanın yasaklanması için başlı başına yeterli bir neden olmadığını ifade etmektedir. Yazar, böyle bir durumu sosyal açıdan uygun (Sozialadäquanz) olarak görmekte ve hukuk düzeninin de buna katlanmak zorunda olduğunu ifade etmektedir. Bkz. HARDWIG, Werner: “Studien zum Vollrauschtatbestand” in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1971, s.460.

⁴ GEISLER, Claudius: Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip – Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998, s.363.

⁵ Bu görüşteki yazarlar için bkz. WESSELS, Johannes/HETTINGER, Michael: Strafrecht Besonderer Teil 1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 35. Auflage, Heidelberg 2011, §23 Rn.1028; HOHMANN, Olaf/SANDER, Günther M.: Strafrecht Besonderer Teil II – Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 2. Auflage, München 2011, §38 Rn.2; SCHMIDT, Rolf/PRIEBE, Klaus: Strafrecht – Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 10. Auflage, 2011, §323a Rn.697; KINDHÄUSER, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 5. Auflage, Baden-Baden 2012, §71 Rn.3; GÖSSEL, Karl Heinz/DÖLLING, Dieter: Strafrecht Besonderer Teil 1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Auflage, Heidelberg 2004, §59 Rn.1; EISELE, Jörg: Strafrecht – Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 2.Auflage, Stuttgart 2012, §323a Rn.1223; DENCKER, Friedrich, “Vollrausch und der sichere Bereich des §21 StGB”, NJW 1980, s.2160. Geisler, Alman doktrininde ve yargı kararlarında ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre tam sarhoş halde iken işlenen fiilin sadece objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlandığını ancak doktrinindeki bu görüş sahiplerinin de kendi içlerinde iki farklı temel konsepti savunduklarını ifade etmektedir: İlk görüştekilere göre kusur prensibi ile tam sarhoş halde iken işlenen fiilin objektifliğinin, haksızlık alanında çözülmesi gerekmektedir. Tam sarhoşluk suçunun haksızlığı, tipik haksızlığın dışında bulunan objektif cezalandırılabilme şartı olarak tanımlanmaktadır. Bu görüştekilerin amacının, kusur prensibi ile olan uyumsuzlıklardan kaçınma yolunda olduğu görülmektedir. Çünkü şayet söz konusu bir şart haksızlık açısından önem arz eden bir duruma işaret ediyorsa bu durumda kusur prensibine aykırılık olması da kaçınılmazdır. Buna karşın, şayet objektif cezalandırılabilme şartı fiilin haksızlığı açısından önemsiz ise, o takdirde kusur prensibine aykırılıktan söz etmek mümkün olmayacaktır. İkinci görüştekilerin yaklaşımı ise söz konusu durumu kusur alanında değerlendirme yönündedir. Hâkim görüşü de teşkil eden ilk görüştekilerden farklı olarak bu görüş sahipleri, tam sarhoş halde iken bir suç işlenmesini haksızlık açısından kurucu bir önemde görmektedirler. Buna göre söz konusu şartların kusur prensibiyle bağdaştırılabilmesi, tipik haksızlık alanının geniş bir şekilde yorumlanması yoluyla değil, bilakis kusur prensibinin sınırlandırıcı anlayışı yoluyla mümkün olabilir. Bkz. GEISLER, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.366-367.

sarhoş olan kişinin toplum açısından yarattığı tehlikelilik için zorunlu bir ispat vasıtası olarak görmektedir⁶. Ayrıca öğretilerde bir yandan Alman Ceza Kanunu'nun sistematigi, diğer yandan kanun koyucunun amacı dikkate alındığında, tam sarhoşluk suçunun kendine özgü bir suç olduğu da savunulmaktadır⁷.

Buna karşılık Alman doktrininde azınlıkta kalan görüş sahipleri, sarhoşken işlenen fiilden dolayı failin kusurlu addedilip cezalandırılabilmesinin söz konusu olabilmesi için bu suçun somut tehlike suçu veya daha başka bir ifadeyle *somut tehlike suçunun özel bir türü* olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu görüşteki yazarlar, failin kastının veya taksirinin sarhoş olmadan önce bu fiille ilişkili olmaması gerektiğini de ifade etmektedirler⁸. Alman doktrininde azınlıkta kalan bu görüş sahipleri, sarhoşken işlenen hukuka aykırı bir fiilin yani haksızlığın, Al.CK § 323a'nın haksızlık ve kusur ilişkisi bağlamında ele alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüştekilerin ağırlıklı dayanak noktasını, mevcut hükmü somut tehlike suçu olarak kabul etmeleri oluşturmaktadır. Bu yazarlara göre sarhoşken işlenen fiilde *ex ante* bir bakış açısıyla öngörülebilir tehlikeyi kurucu durumlar gerçekleşmek zorundadır; böylelikle haksızlık ve kusur arasında bulunması gereken zorunlu ilişki, sarhoş olma ve sarhoşken işlenen fiil arasındaki ilişkiyi de kurmuş olacaktır⁹.

Alman doktrininde hâkim görüşü oluşturan ve tam sarhoşluk suçunun kusur prensibine aykırılık oluşturmadığını savunanlara göre kusur prensibi ile objektif cezalandırılabilme şartı arasındaki çatışma durumu haksızlık aşamasında çözüme kavuşturulabilir. Şöyle ki; objektif cezalandırılabilme şartlarının tipik haksızlığın dışında bulunması sebebiyle kusur prensibine bir aykırılık oluşmamaktadır. Başka bir ifadeyle, sarhoş durumda iken işlenen hukuka aykırı bir fiil, *haksızlık açısından önem arz etmeyen (unrechtsneutrale)* objektif cezalandırılabilme şartını oluşturmaktadır; zira burada cezaya layık davranış kişinin kendi kendini sarhoş hale getirmesidir. Buna karşılık, kendi kendini sarhoş hale getirmenin haksızlık içeriğini aşırı derecede alkol tüketilmesi değil, bilakis sarhoş durumda bulunarak toplum için tehlikelilik yaratılması oluşturmaktadır¹⁰.

Bununla birlikte söz konusu suç tipinin kusur prensibine aykırılık oluşturduğu hususunda da çeşitli görüşler mevcuttur¹¹. Alman doktrininde tam sarhoşluk suçunun mevcut haliyle kusur prensibine aykırılık oluşturduğu hususunda en net görüşte olan yazarların başında *Geisler* gelmektedir¹². *Geisler*'e göre burada kusur prensibine aykırılık teşkil eden bir objektif cezalandırılabilme şartı söz konusudur. Bu hükmün kusur prensibiyle uygun hale getirilebilmesi, başka bir ifadeyle kusur prensibiyle uzlaştırılabilmesi, kusur prensibine uygun bir yorum yapılması suretiyle mümkün olabilecektir¹³. Zira yazara göre sosyal açıdan uygun bir davranış olarak tek başına sarhoşluk, cezalandırılabilme için yeterli bir bağlantı noktası arz etmemekte ve bundan dolayı da hâkim doktrin tarafından iddia edildiğinin aksine failin sarhoş iken hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmesi *cezayı kurucu (strafbegründend)* bir etki doğurmaktadır¹⁴. *Geisler*'e göre şayet sarhoşken gerçekleştirilen fiil temel olarak fiilin haksızlığı açısından hiçbir öneme sahip değilse, neden sarhoşken işlenen fiil için verilecek cezanın, kişinin sarhoşken işlemiş olduğu fiil için öngörülen cezadan daha ağır olamayacağı ifade edilmiştir? Gerçekten de Al.CK'nın 323a paragrafının 2. fıkrasında, bu madde uyarınca verilecek cezanın, kişinin sarhoş halde iken işlemiş

⁶ BGHSt 16, 124, 125.

⁷ GEISLER, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.377.

⁸ Bu görüşteki yazarlar için bkz. OTTO, Vollrauschtatbestand, s.478 dn.9-10.

⁹ LANGE, Richard: "Die Behandlung der Volltrunkenheit in der Strafrechtsreform", JR 1957, s.244 vd.

¹⁰ WESSELS/HETTINGER, BT I, §23 Rn.1028; HOHMANN/SANDER, BT II, §38 Rn.2; SCHMIDT/PRIEBE, BT I, §323a Rn.697; KINDHÄUSER, BT I, §71 Rn.3; GÖSSEL/DÖLLING, BT I, §59 Rn.1; EISELE, BT I, §323a Rn.1223; DENCKER, NJW 1980, s.2160.

¹¹ Bu görüş sahipleri için bkz. SONNEN, Bernd-Rüdeger: Strafrecht Besonderer Teil, Heidelberg 2005, s.252-253; WEBER, Hellmuth von: "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rauschat", Studien zur Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966, Würzburg 1966, s.71.

¹² GEISLER, Claudius: "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und 'Abzugsthese' – Methodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip", GA 2000, s.174-176, 179.

¹³ GEISLER, GA 2000, s.179.

¹⁴ Bu nedenle Geisler Al.CK'nın 323a paragrafının, Al.CK'nın kusur yeteneğini düzenleyen 20 ve 21. paragraflarına istisna teşkil ettiğini ifade etmektedir. Bkz. GEISLER, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.366-367. Geisler'e göre kişinin kendi kendine sarhoş olması cezaya muhtaç bir davranıştır (strafbedürftiges Verhalten), bu halde iken bir suç işlemesi ise objektif cezalandırılabilme şartıdır. Bu nedenle bu durum yazarın oluşturduğu "*çıkarma tezi*"nin (*Abzugsthese*) temel düşüncelerine aykırılık teşkil edecek ve doğal olarak kusur prensibine de aykırılık oluşturacaktır. Bkz. GEISLER, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.374-375.

olduğu fiil için öngörülen cezadan daha ağır olamayacağını belirtilmiş olması¹⁵ ¹⁶ ve yargı kararlarında da sarhoşken işlenen fiilin ağırlığının cezanın belirlenmesinde dikkate alınması bu tespitin haklılığını ortaya koymaktadır¹⁷. Ayrıca *Geisler*, şayet hâkim doktrin tarafından savunulan görüş doğru ise neden Düzene Aykırılıklar Kanunu'nun (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) 122. Paragrafında iradî sarhoşluğun sadece idari para cezasını gerektiren bir kabahat olarak kabul edildiğinin de tutarlı bir açıklamasının olamayacağını ifade etmektedir¹⁸.

Bu suç tipinin mevcut şekliyle kusur prensibine aykırılık oluşturduğunu savunan yazarlardan bir diğeri olan *Roxin*'e göre söz konusu suç tipinin kusur prensibine aykırılığı noktasında yapılan eleştirileri gidermek için, bu suçun sınırlayıcı bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamda kişinin cezalandırılabilmesi için, sarhoşluk ve sarhoşken işlenen fiil arasında bir taksir ilişkisi kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle failin sarhoşken işlemiş olduğu fiilin öngörülebilir olması zorunludur¹⁹. *Roxin*'e göre söz konusu suç için beş yıla kadar hapis cezası öngörülmesi ve ayrıca doktrinde ileri sürülen, cezalandırılabilirliğin sadece sarhoşluk halinde işlenen fiillerle sınırlandırılacağı ve böylelikle failin problemsiz bir şekilde cezadan kurtulacağı şeklindeki görüş tutarlı değildir. Bu nedenle hüküm bu şekilde yorumlanırsa kusur prensibine aykırılık teşkil edeceği açıkça ortadadır. *Roxin*, bu durumun önüne geçilebilmesi için, failin, gerçekleşen fiilin sonuçlarını *öngörebilmesi* halinde cezalandırılabilirliğini kabul etmektedir²⁰. Bu şekilde yapılacak bir yorum, hem kusur prensibini ihlal etmiş olmaz hem de Anayasa'ya uygun olur²¹.

Frister de iradî sarhoşluğun beş yıla kadar hapis cezası gerektiren bir suç olarak kabul edilmesini, Alman toplumunda alkol kullanımının toplumun geneli açısından uygun görülen bir durum olması ve alkol kullanımının Alman toplumunda yaygın olması dikkate alındığında mantıksız ve anlamsız bulmaktadır. Ayrıca *Frister*, hâkim doktrin tarafından savunulduğunun aksine sarhoş olmanın tek başına cezaya layık bir fiil olarak kabul edilemeyeceğini de sözlerine eklemektedir. Bütün bu sebeplerden ötürü yazar, Al.CK § 323a'da aranan objektif cezalandırılabilme şartının kusur prensibine net bir şekilde aykırı olduğunu savunmaktadır. Yazar, öğretilerde giderek taraftar toplayan ve tam sarhoşluk suçunda aranan objektif cezalandırılabilme şartının, anayasaya uygun yorumlanması ve değerlendirilmesi sonucunda, bu suç dolayısıyla cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için failin taksirinin varlığının aranması gerektiğini belirtmektedir. Başka bir deyişle failin, sarhoş olduğunda herhangi bir suç işleyebileceğini en azından öngörebilmesi durumunda cezalandırılması söz konusu olacaktır. Ancak *Frister*, maddenin bu şekilde yorumlanmasının, söz konusu hükmün açıklığı karşısında kesin olmayan ve palyatif bir çözüm olduğunu da ifade etmektedir²².

Geisler, tam sarhoşluk suçunun anayasaya uygun bir şekilde yorumlanabilmesi için bu suç tipinin somut tehlike suçu olarak değerlendirilmesi gerektiği yolundaki görüşe katılmaktadır. Buna göre failin kendi kendini sarhoş ettiği zamana gidilip, o zamanda failin daha sonra bir suç işleyebileceğini *öngörebilip öngöremediğini* araştırmak gerekmektedir. Ancak burada ikili bir ayırım yapılmaz zorunluluğu bulunmaktadır: İlk seçeneğe göre failin daha sonradan *herhangi bir suç* işleyebileceğini öngörebilmiş olması yeterliken, ikinci seçeneğe göre failin herhangi bir suç işleyebileceğini öngörmüş olması yeterli olmayıp, işlemiş olduğu somut suçu işleyebileceğini öngörmüş olması gerekmektedir. *Geisler*, sarhoşluk ve sarhoşken işlenen fiil arasında sıkı bir kusur ilişkisinin varlığını öngören ikinci seçeneğin alkışı hak ettiğini belirtmektedir. Bu nedenle de

¹⁵ GEISLER, GA 2000, s.175.

¹⁶ Geisler ile benzer görüşlere sahip olan Ranft'a göre doktrinde savunulan, hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmiş olmasının ceza gerektirici değil, bilakis ceza sınırlandırıcı bir fonksiyon ifa ettiği şeklindeki görüş doğru değildir. Zira bu görüşü savunanların ifade ettiği gibi gerçekten de ortada ceza sınırlandırıcı bir fonksiyon söz konusuysa, haksızlık ve kusurun dışında bulunan objektif cezalandırılabilme şartı olarak sarhoşken işlenen fiilin anlamı, cezalandırılabilirliğin tamamen rastlantısal durumların varlığına bağlanması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, örneğin Al.CK'nın 323a paragrafının 2. fıkrasına göre cezanın sınırlandırılması ve 3. fıkraya göre şikayetin belli durumlarda zorunlu olması hiçbir şekilde açıklanamaz. Yazara göre şayet failin kusuru ve fiilin haksızlığı, sarhoşken işlenen fiil için önemsiz ise neden verilecek cezanın türü ve miktarı, failin sarhoş iken işlediği fiil için öngörülen cezadan daha ağır olamamaktadır? Neden ceza takibatının şartları, sarhoşken işlenen fiil için öngörülen şartlara tabi tutulmaktadır? Ayrıntılı bilgi için bkz. RANFT, Otfried: "Grundprobleme des Vollrauschtatbestandes (§ 323a StGB)", JA 1983, s.194.

¹⁷ GEISLER, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.368 vd.

¹⁸ GEISLER, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.369.

¹⁹ ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, §23 Rn.9.

²⁰ ROXIN, AT I, §23 Rn.8-11.

²¹ GEISLER, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.388 vd., 586.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. FRISTER, AT, §21 Rn.5-10.

Geisler, tam sarhoşluk suçunun tipik haksızlığı için sarhoş halde iken bir suç işlenmiş olmasının zorunluluğu karşısında, “*hukuka aykırı bir fiil*” (*rechtswidrige Tat*) ifadesinin yalnızca objektif cezalandırılabilme şartı olarak ele alınmasının kusur prensibini ihlal edeceğini ifade etmekte ve bu nedenle tam sarhoşluk suçunun somut tehlike suçu olarak anlaşılması ve buna göre değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır²³.

Kaufmann'a göre de söz konusu hükmün mevcut şeklinin kusur prensibine aykırı olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira kusur prensibine göre verilecek ceza, failin kusurunun varlığı suretiyle hukuken haklı görülmekte ve cezanın miktarı failin kusuruna uygun olmalıdır. Buna rağmen Al.CK'nın 323a paragrafı bakımından bunu söyleyebilmek mümkün değildir. Kusur prensibinin varlığı için aranacak öncelikli şart haksızlık ve kusur arasında uyum olmasıdır. Kusur, fiilin haksızlığını kapsamalıdır, daha doğrusu fiilin bütün haksızlık içeriğine bağlı olmalıdır²⁴. Tam sarhoş bir halde iken ceza tehdidi altına alınmış bir hareketin gerçekleştirilmesi, *Kaufmann*'a göre Al.CK'nın 323a paragrafının önceki halini karşılayan 330a paragrafının haksızlık unsuruna dahildir. Bundan dolayı da kusur prensibine göre failin kastının/taksirinin bu hususu da kapsamaması gerekmektedir. Yazara göre burada “*kusurdan bağımsız bir haksızlık unsuru*” (*schuldindifferente Unrechtsmerkmal*) başka bir ifadeyle objektif cezalandırılabilme şartı bulunmaktadır. Objektif cezalandırılabilme şartları²⁵, fiilin haksızlığı için önemli olmayan türde şartlardır²⁶. *Kaufmann*, Al.CK'nın 330a paragrafının, kusur prensibi ile uyum içerisinde olmasının mümkün olmadığını da ifade etmektedir. Ancak yazara göre kusur prensibi ne şimdi ne de gelecekte hiçbir zaman kusursuz bir şekilde uygulanamayacaktır. Bu nedendir ki *Kaufmann*, Al.CK'nın 330a paragrafını pek çok tartışmaları bünyesinde bulundurmasına rağmen varlığı zorunlu bir hüküm olarak gördüğünü sözlerine eklemektedir²⁷.

Alman doktrininde başka yazarlar da söz konusu suç tipinin kusur prensibine uyumlu hale getirilebilmesi için, failin sarhoşken işlemiş olduğu fiilin öngörülebilir olmasını aramaktadırlar²⁸. Yine bazı mahkeme kararlarında da failin cezai sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için, failin sarhoş olduğu zaman cezalandırılabilir türde bir fiil gerçekleştirebileceğini *en azından öngörmüş olmasının* arandığı görülmektedir²⁹.

Bu suç tipiyle ilgili tartışmalı konulardan bir diğeri ise söz konusu düzenlemenin *in dubio pro reo* ilkesine bir aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır. Doktrinde ağırlıklı görüş tam sarhoşluk suçunun bu ilkeye aykırılık oluşturmadığı yolundadır. Zira, suçun unsuru olan sarhoşluk fiili ile § 323a arasında çoktan aza giden “*normatifsel-etik derecelendirme/basamak ilişkisi*” (*normativethisches Stufenverhältnis*) bulunduğu ifade edilmektedir³⁰. Türk Hukukunda pek sık kullanılmayan ancak Alman Hukukunda sıklıkla kullanılan bir terim olan “*normatifsel-etik derecelendirme/basamak ilişkisi*”nin varlığı ile kastedilmek istenen, bir suçun haksızlık içeriğinin bir başka suçun haksızlık içeriğini tamamen kapsamamasının zorunlu olması, bir başka deyişle somut olayda uygulanma ihtimali bulunan iki norm arasında çoktan aza giden bir derecelendirme/basamak ilişkisinin bulunmasıdır. Bu ilişkinin varlığı halinde ya doğrudan doğruya ya da yorum yoluyla *in dubio pro reo* ilkesinin uygulanması suretiyle daha hafif cezayı gerektiren fiilden dolayı failin cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bu kapsamda inceleme konusu tam sarhoşluk suçu açısından kişinin kusur yeteneğinin bulunmamasının suçun bir unsuru olduğu dikkate alındığında çoktan aza doğru giden bir derecelendirmeden bahsetmenin mümkün olmadığı anlaşılacaktır. Alman Hukukunda normatifsel-etik derecelendirme ilişkisi özellikle faillik-şeriklik ile azmettirme-yardım etme ilişkisi açısından dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte bazı suç tipleri açısından da bu ilişkinin uygulandığı görülmektedir. Örneğin, yağma suçu ile hırsızlık suçu arasında benzer bir derecelendirme ilişkisi söz konusu olduğundan, yağmanın ayırt edici unsurlarının ispat edilememesi durumunda sanığın hırsızlık suçundan mahkûm edilmesine karar verilmesi gerekecektir. Konumuz açısından bakıldığında ise tam sarhoşluk suçu ile sarhoşken kişinin suç işlemesi (*Rauschtat*) arasında normatifsel-etik derecelendirme ilişkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bu kapsamda sarhoşken suç işlenmesinin tam sarhoşluk suçunun haksızlık içeriğini kapsayıp kapsamadığı ve

²³ GEISLER, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.388-411, 434-436, 586.

²⁴ KAUFMANN, Volltrunkenheit, s.426.

²⁵ Kaufmann'a göre objektif cezalandırılabilme şartlarının var olup olmadığı sadece terminolojik bir tartışma konusudur. Burada önemli olan kusurdan bağımsız haksızlık unsurlarının olduğudur. Bunların ne şekilde isimlendirildiği çok da önemli değildir. Bkz. KAUFMANN, Volltrunkenheit, s.430.

²⁶ KAUFMANN, Volltrunkenheit, s.429-430.

²⁷ KAUFMANN, Volltrunkenheit, s.433.

²⁸ KINDHÄUSER, BT I, §71 Rn.4; GÖSSEL/DÖLLING, BT 1, §59 Rn.1 ve dn.6'daki mahkeme kararları.

²⁹ BGHSt 10, 247, 250. Aksi yönde bkz. BGHSt 1, 124, 125 vd.; BGHSt 16, 124, 127.

³⁰ WESSELS/HETTINGER, BT 1, §23 Rn.1032.

bununla birlikte failin yalnızca 323a paragrafından dolayı cezalandırılıp cezalandırılmayacağı da tartışmalı bir diğer konudur. Bununla birlikte tam sarhoşluk suçu için failin fiili işlediği sırada kusur yeteneğinin olmamasının suçun unsuru olarak kabul edilmesi gerçeği karşısında, kusur yeteneğinin olup olmadığı konusundaki şüphenin varlığının da failin lehine değerlendirme yapılması mümkün kılmayacağı ortadadır. Zira in dubio pro reo ilkesini olaya uygulayarak, failin fiili işlediği sırada kusur yeteneği olmadığı kabul edilse dahi değişen bir şey olmayacaktır. Benzer şekilde kast ve taksir arasında da in dubio pro reo ilkesinin uygulanması söz konusu olmaz. Bir başka deyişle bir suçun kasten mi yoksa taksirle mi işlendiği hususunda şüphenin bulunduğu durumlarda in dubio pro reo ilkesi gereği, sanığın otomatik olarak suçun taksirli şeklinden cezalandırılması mümkün değildir.

III. HUKUKA AYKIRI FİİL (RECHTSWIDRIGE TAT) KAVRAMI

Alman Ceza Kanunu'nun 11/1 paragrafının 5 numaralı başlığında yer alan düzenlemeye göre *hukuka aykırı fiil (rechtswidrige Tat)* ile kastedilmek istenen tipe uygun ve hukuka aykırı fiildir. Bir başka deyişle tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin varlığı halinde haksızlığın ve dolayısıyla suçun varlığından bahsedilir. Bu açıdan bakıldığında hukuka aykırı fiil ile kastedilmek istenenin suç/haksızlık olduğu söylenebilir. Tam sarhoşluk suçunda fail, hukuka aykırı fiil (rechtswidrige Tat) gerçekleştirmektedir; ancak sarhoş olmasından ötürü kusur yeteneğine sahip bulunmadığının tespit edilmesi veya kusur yeteneğine sahip olup olmadığının kesinlikle belli olamadığı için faili işlediği fiilden dolayı cezalandırma imkânı bulunmamaktadır³¹. Bu durumda fail, tam sarhoşluk suçundan dolayı cezalandırılmaktadır. İşte bu husus, yani failin bu durumdayken hukuka aykırı bir fiil bir başka deyişle bir haksızlık/suç işlemesi, Alman doktrininde hâkim görüş tarafından yukarıda da ifade edildiği üzere objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmektedir³². Alman doktrininde, kişinin kendi rızasıyla yani isteyerek sarhoş edici maddeler kullanması ve böylelikle kusur yeteneğini ortadan kaldırmak suretiyle Al.CK'nın 20. paragrafına göre ceza almaktan kurtulmasının adalet duygusunu çoğunlukla zedelediği de ifade edilmektedir. Bu nedenle kişinin kendini sarhoş hale sokması hukuka aykırı bir davranış olarak görülmektedir. Bununla birlikte, herhangi zararlı bir sonuca yol açmasa bile, her bir tam sarhoşluğu cezaya layık bir haksızlık olarak görüp cezalandırmak, kabul edilemez bir durum olarak değerlendirilmektedir. Bundan dolayı, failin böyle bir durumdayken hukuka aykırı bir fiil işlemesi objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanmaktadır³³. Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi de söz konusu şartı objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirmektedir³⁴.

Buna karşılık öğretide özellikle *Bemann* tarafından savunulan görüşe göre gerek hâkim doktrin gerek yargı kararlarıyla kabul edilmiş olan bu durum kabul edilemez; çünkü yazara göre objektif cezalandırılabilme şartı diye bir şey aslında yoktur³⁵. *Bemann*, tam sarhoşluk bakımından aranan şartı objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil suçun bir unsuru olarak nitelendirmekte ve diğer suç unsurlarında olduğu gibi burada da failin sorumlu tutulabilmesinin, failin kast veya

³¹ Alman doktrininde, kişinin kendi rızasıyla yani isteyerek sarhoş edici maddeler kullanması ve böylelikle kusur yeteneğini ortadan kaldırmak suretiyle Al.CK'nın 20. paragrafına göre ceza almaktan kurtulmasının adalet duygusunu çoğunlukla zedelediği ifade edilmektedir. Bu nedenle kişinin kendi kendini sarhoş hale getirmesi hukuka aykırı bir davranış olarak görülmektedir. Bununla birlikte, herhangi zararlı bir sonuca yol açmasa bile, her bir tam sarhoşluğu cezaya layık bir haksızlık olarak görüp cezalandırmak, kabul edilemez bir durum olarak görülmektedir. Bundan dolayı, bu durumda hukuka aykırı bir fiil işlenmesi objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmektedir. Bkz. PUPPE, Ingeborg: "Neue Entwicklungen in der Dogmatik des Vollrauschtatbestandes", JURA 1982, s.281.

³² BGHSt 16, 124, 125; ROXIN, AT I, §23 Rn.2; WESSELS/HETTINGER, BT 1, §23 Rn.1035; SONNEN, BT, s.252; SCHMIDT/PRIEBE, BT I, §323a Rn.699; EISELE, BT I, §323a Rn.1223; DENCKER, Vollrausch, s.2162; HOHMANN/SANDER, BT II, §38 Rn.15; GÖSSEL/DÖLLING, BT 1, §59 Rn.1; KINDHÄUSER, BT I, §71 Rn.20; PUPPE, Vollrauschtatbestand, s.281 vd.; OTTO, Vollrauschtatbestand, s.483; RANFT, Vollrauschtatbestand, s.245; SATZGER, Helmut, "Die objektive Bedingung der Strafbarkeit", JURA 2006, s.109; FRISTER, Helmut: Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvormutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988, s.59; KAUFMANN, Arthur: Das Schuldprinzip, 2. Auflage, Heidelberg 1976, s.247; KINDHÄUSER, Urs: Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar: 4.Auflage, 2010, Vor §13 Rn.228; WEBER, Gunther: Das Delikt der folgenschweren Volltrunkenheit nach §330a StGB, 1970, s.19-20; RENGIER, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil II – Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 12. Auflage, München 2011, §41 Rn.13; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd: Strafgesetzbuch Kommentar, München 2010, §323a Rn.9; OTTO, Harro: Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, Berlin 2005, §81 Rn.7; GEPPERT, Klaus: "Die Volltrunkenheit (§323a StGB)", JURA 2009, s.41; CRAMER, Peter: Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, Tübingen 1962, s.112; WEBER, Helmut von: "Die Bestrafung von Taten Volltrunkener", MDR 1952, s.642.

³³ Bkz. PUPPE, s.281.

³⁴ BEMMANN, Rauschtat, s.67.

³⁵ BEMMANN, Rauschtat, s.68; BEMMANN, Günter: Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957, s.52 vd.

taksirinin bunu kapsamayı şartıyla söz konusu olabileceğini ifade etmektedir³⁶.

Hâkim görüşüne göre burada cezalandırılabilme bir objektif şartla bağlıdır; cezalandırma ancak bir yandan daima tipe uygun ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen bir fiile, öte yandan failin kusurunun aranmadığı objektif bir şartın gerçekleşmesi koşuluyla söz konusu olabilmektedir³⁷. Failin bu objektif şartın gerçekleşeceğini öngörüp öngörememesi veya hatta bu şartın gerçekleşmesini engelleyip engelleyememesi, failin davranışı ile şartın gerçekleşmesi arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığı sorusu gibi önemsiz görülmektedir³⁸. Bu durumu eleştiren görüşler haklı olarak şu soruyu sormaktadırlar: Fail açısından bakıldığında, kendisinin cezalandırılmasının tamamen keyfiliğe ve tesadüflere bırakılmış olması ne derece doğrudur?³⁹ Bu nedenle daha önce de ifade edildiği üzere söz konusu hükmün kusur prensibine ve dolayısıyla da Federal Alman Anayasasına aykırı olduğu şeklinde görüşler de ileri sürülmektedir⁴⁰.

IV. SONUÇ

Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan tam sarhoşluk suçunun 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda doğrudan bir karşılığı bulunmamaktadır. Buna karşın 765 sayılı TCK'nın 571 ile 575. maddeleri arasında sarhoşluk fiilinin, kabahat nevinden bir suç olarak düzenlendiği görülmektedir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 35. maddesinde de sarhoşluk fiilinin kabahat olarak düzenlendiği dikkati çekmektedir. Bu açıdan bakıldığında Alman Ceza Kanunu'ndaki tam sarhoşluk suçu ile 5237 sayılı TCK'da doğrudan karşılaştırılabilecek bir suç tipi olmadığı söylenebilir.

Tam bu noktada Türk ve Alman Hukuklarındaki durumun karşılaştırılması için *Jescheck*'in yapmış olduğu açıklamalara da kısaca değinmekte yarar görmekteyiz. Yazara göre Türk Hukukunun sarhoşluk ile ilgili hükümleri, Alman Hukukuna oranla daha serttir. Türk Hukukunda iradi sarhoşluğun bütün türleri cezai sorumluluk açısından göz önünde tutulmazken, Alman Hukukunda sadece ALIC (*actio libera in causa*) bu şekilde düzenlenmiştir. Buna karşın, taksirle veya kasten yaratılan sarhoşluk hali, Alman Ceza Kanunu'nun 323a paragrafında özel bir suç tipi olarak kaleme alınmıştır. Fail sarhoşken bir suç işlerse, kişinin sarhoş haldeyken suç işlemesi objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilir ve kusurun bunu kapsamayı gerektirmez. *Jescheck* Alman yargı kararlarına bakıldığında, failin kendi kusuru ile sarhoş olduğu durumlarda gerçekleştirdiği fiiller bakımından ceza verilirken adeta objektif sorumluluk sınırına geldiği şeklindeki tespiti de inceleme konusu açısından büyük öneme sahiptir⁴¹. Alman Hukuku açısından 323a paragrafının bu kadar tartışılmasının temelinde, Alman Ceza Kanunu'nda TCK m.34'tekine benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olması gerçeği yatmaktadır. Bu bağlamda Alman ceza hukuku doktrininde bir görüş ALIC'in varlığı halinde bile normatif bir düzenleme olmamasından ötürü failin cezalandırılmasını mümkün görmemektedir; zira kural gayet basittir: Kusur yoksa, ceza da yoktur! (Keine Strafe ohne Schuld!). Bu görüştekilere göre böyle bir durumda failin cezai sorumluluğu yalnızca § 323a çerçevesinde söz konusu olabilecektir. Buna karşın Alman doktrininde egemen olan görüş, § 323a'nın, ALIC'in uygulanma imkânı bulunmadığı durumlarda devreye girebilecek bir norm olduğu şeklindedir; bir başka deyişle ALIC'in uygulanma imkânı varsa § 323a'nın tatbiki söz konusu olmayacaktır.

Çalışma sırasında ele alınan konulardan bir diğeri olan ve söz konusu suç tipini kusur prensibiyle uyumlu hale getirmek için Alman doktrininde ileri sürülen, failin cezalandırılması yoluna gidilebilmesi için failin sarhoşken işlediği fiilin en azından “*öngörülebilir*” olmasını arayan görüş kanaatimizce isabetli görülmemektedir. Zira “*öngörülebilirlik*” kavramı taksirle ilgili bir terimdir. Kastta, öngörülmüş olanın aynı zamanda ya “*istenmiş*” olması ya da en azından “*kabullenilmiş*” olması gerekmektedir. Alman kanun koyucusu tarafından taksir formülasyonu çerçevesinde ele almadığı tam sarhoşluk suçunda, fail hakkında cezaya hükmedebilmek için “*öngörülebilirliğin*” aranması, her ne kadar suç tipini kusur prensibiyle uyumlu hale getirme amacına matuf olsa bile kanun koyucunun yerine geçme sonucunu doğurabileceğinden sıkıntılı bir

³⁶ BEMMANN, Rauschtat, s.74.

³⁷ SATZGER, JURA, s.110; JAKOBS, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2. Auflage, Berlin-New York 1991, §10 Rn.2. Jakobs, burada aranan sarhoş durumdayken hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirilmesini, “*haksızlığın geçmişe etkili erteleyici şartı*” olarak nitelendirmektedir. Zira yazara göre sarhoşluk, bu durumdayken herhangi bir fiil gerçekleştirilmediği sürece hukuka uygun görülebilir; ama şayet fail bu durumdayken hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirir ise o takdirde geçmişe etkili olarak cezalandırılacaktır.

³⁸ SATZGER, JURA, s.110. Alman doktrinindeki hâkim görüş de bu yöndedir. Bkz. WEBER, Volltrunkenheit, s.19.

³⁹ SATZGER, JURA, s.110.

⁴⁰ FRISTER, Schuldprinzip, s.59,68.

⁴¹ JESCHECK Hans-Heinrich: Alman Ceza Hukukuna Giriş – Kusur İlkesi – Ceza Hukukunun Sınırları (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s.156 ve dn.13.

durumdur.




Acaba TCK'da tam sarhoşluk suçuna benzer bir suç tipini düzenlemek gerekmekte midir? Kanaatimizce TCK'nın 34. maddesindeki düzenlemenin ve dolayısıyla ALIC ilkesinin hukukumuz açısından -tartışmalı olmakla birlikte- yürürlükte olması gerçeği karşısında, Al.CK § 323a'dakine benzer bir hükmün TCK'ya alınmasına gerek bulunmamaktadır. Kaldı ki çalışma kapsamında açıklanmaya çalışıldığı üzere Alman ceza hukuku doktrininde söz konusu suç tipinin kusur prensibine aykırı olduğu yolundaki ciddi ve haklı eleştiriler dikkate alındığında ceza hukuku dogmatigi açısından böylesine sorunlu ve kusur prensibiyle uyumsuz bir suç tipinin TCK'ya alınmasının faydadan çok zarar getireceğini ayrıca bu düzenlemenin TCK'nın 34. maddesi ile uyumsuzluk yaratacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- BEMMANN, Günter: "Welche Bedeutung hat das Erfordernis der Rauschtat im § 330a StGB?", GA 1961.
- BEMMANN, Günter: Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957.
- CRAMER, Peter: Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, Tübingen 1962.
- DENCKER, Friedrich: "Vollrausch und der sichere Bereich des § 21 StGB", NJW 1980.
- EISELE, Jörg: Strafrecht – Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 2. Auflage, Stuttgart 2012.
- FRISTER, Helmut: Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988.
- GEISLER, Claudius: "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und 'Abzugsthese' – Methodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip", GA 2000.
- GEISLER, Claudius: Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip – Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998.
- GEPPERT, Klaus: "Die Volltrunkenheit (§ 323a StGB)", JURA 2009.
- GÖSSEL, Karl Heinz/DÖLLING, Dieter: Strafrecht Besonderer Teil 1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Auflage, Heidelberg 2004.
- HARDWIG, Werner: "Studien zum Vollrauschtatbestand" in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1971.
- HOHMANN, Olaf/SANDER, Günther M.: Strafrecht Besonderer Teil II – Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 2. Auflage, München 2011.
- JAKOBS, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2. Auflage, Berlin-New York 1991.
- JESCHECK Hans-Heinrich: Alman Ceza Hukukuna Giriş – Kusur İlkesi – Ceza Hukukunun Sınırları (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.
- KAUFMANN, Arthur: "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", JZ 1963.
- KAUFMANN, Arthur: Das Schuldprinzip, 2. Auflage, Heidelberg 1976.
- KERNER, Hans-Jürgen: Kriminologie Lexikon, 4. Auflage, Heidelberg 1994.
- KINDHÄUSER, Urs: Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage, 2010.
- KINDHÄUSER, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 5. Auflage, Baden-Baden 2012.
- LANGE, Richard: "Die Behandlung der Volltrunkenheit in der Strafrechtsreform", JR 1957.
- OTTO, Harro: "Der Vollrauschtatbestand (§ 323a StGB)", JURA 1986.
- OTTO, Harro: Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, Berlin 2005.
- PUPPE, Ingeborg: "Neue Entwicklungen in der Dogmatik des Vollrauschtatbestandes", JURA 1982.
- RANFT, Otfried: "Grundprobleme des Vollrauschtatbestandes (§ 323a StGB)", JA 1983.
- REINEKE, Alexander: Der wegen Trunkenheit vermindert schulfähige Täter, Hamburg 2010.
- RENGIER, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil II – Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 12. Auflage, München 2011.
- ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006.
- SATZGER, Helmut: "Die objektive Bedingung der Strafbarkeit", JURA 2006.
- SCHMIDT, Rolf/PRIEBE, Klaus: Strafrecht – Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 10. Auflage, 2011.
- SONNEN, Bernd-Rüdeger: Strafrecht Besonderer Teil, Heidelberg 2005.
- VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd: Strafgesetzbuch Kommentar, München 2010.
- WEBER, Gunther: Das Delikt der folgenschweren Volltrunkenheit nach § 330a StGB, 1970.
- WEBER, Hellmuth von: "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rauschtat", in: Studien zur Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966, Würzburg 1966.
- WEBER, Helmuth von: "Die Bestrafung von Taten Volltrunkener", MDR 1952.
- WESSELS, Johannes/HETTINGER, Michael: Strafrecht Besonderer Teil 1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 35. Auflage, Heidelberg 2011.

**YOKSULLUK NAFAKASINI İNSAN HAKLARI VE TOPLUMSAL CİNSİYET
EKSENİNDE YENİDEN DÜŞÜNMEK**

RE-THINKING THE ALIMONY REGARDING HUMAN RIGHTS AND GENDER

Fatma Duygu BOZKURT*  <https://doi.org/10.21492/inuhfd.910875> **Makale Bilgi**

Gönderi: 08/04/2021
Kabul : 22/09/2021

Anahtar Kelimeler

*Yoksulluk Nafakası,
Kadın Yoksulluğu,
Toplumsal Cinsiyet
Eşitsizliği,
Kadının İnsan
Hakları,
Sosyal Devlet.*

Article Info

Received: 08/04/2021
Accepted: 22/09/2021

Keywords

*Alimony,
Female Poverty,
Gender Inequality,
Women's Human Rights,
Social State.*

Özet

“Evlilik birliği sona ermiş olmasına rağmen bir kişinin eski eşine süresiz mali katkıda bulunmasını zorunlu kılan sebep nedir?” sorusu yoksulluk nafakasına dair tartışmaların kilometre taşıdır. Bu çalışma aynı soruyu şöyle sormaktadır: “Evlilik birliği sona ermiş olmasına rağmen bir kişiyi eski eşinin mali katkısına süresiz muhtaç kılan sebep nedir?” Makalenin amacı yoksulluk nafakasını kadının insan hakları perspektifiyle ele almaktır. Çünkü Türk yoksulluk nafakası kararları doğrultusunda yoksulluğun cinsiyetinin kadın olduğu görülmektedir. Bu nedenle çalışmada öncelikle kadın yoksulluğunun kök nedenleri araştırılmış akabinde bu nedenlerin kadının insan haklarına ve yoksulluk nafakasına etkisi ele alınmıştır. Zira toplumsal cinsiyet rol dağılımının hane içi eşitsizlik olarak tebarüz etmesi, bir yandan yoksulluk nafakası ile bu eşitsizliğin telafisini gerektirirken diğer yandan da sosyal devlet ilkesi gereği devletin sorumluluğunu doğurmaktadır. Çalışmada resmi istatistik verilerinden ve saha araştırma bulgularından yararlanılmış, makale ampirik ve teorik bulgulara dayandırılarak kaleme alınmıştır. Ortaya çıkan bulgular ışığında yoksulluk nafakasına süre ile sınırlı olmaksızın hükmedilmesinin gerekçesi ve işlevi açıklığa kavuşturulmuştur. Çalışma yoksulluk nafakasına ilişkin sunulmuş değişiklik önerilerinin değerlendirilmesiyle sonlanmıştır.

Abstract

"What is the reason why a person must make a financial contribution to his/her ex-spouse even though the marriage has ended?" is a milestone in the debate over alimony. This study asks the same question as follows: "What is the reason why a person needs the financial contribution of his/her ex-spouse even though the marriage has ended?" The article aims to deal with alimony from the perspective of women's human rights. Because, in line with the Turkish Court's alimony decisions, it has been seen that the sex of poverty is female. In this context, firstly the root causes of women's poverty were investigated and then the effects of these reasons on women's human rights and alimony were discussed. The fact that gender role distribution is manifested as inequality intra-household, requires compensation for this inequality with alimony on the one hand and it creates the responsibility of the state following the social state principle on the other hand. In this process, field research data were used and the article was written based on empirical and theoretical findings. In line with these findings, the reason and function of indefinite alimony have been clarified. The study ended with the evaluation of the proposed amendments regarding indefinite alimony.

EXTENDED SUMMARY

One of the conditions of Turkish Alimony is "falling into poverty by divorce". According to the Turkish alimony decisions, indefinite alimony is predominantly given to women. This finding brings along the following three questions. "What is the reason for Turkish alimony?" "Why doesn't the Turkish legislator limit alimony for a while?" "What is the reason that makes women in need of indefinite alimony?" This article is written to seek answers to these three questions. The study aims to explain the purpose and function of indefinite alimony from the perspective of women's human rights.

Alimony is discussed extensively by private lawyers in terms of its regulation, conditions, and boundaries. But the causes and consequences of alimony; its purpose and function did not get the attention it deserved in Turkish doctrine. This study evaluates alimony in a socio-economic context, by establishing a cause-effect relationship, especially by focusing on gender practices. The distinctive feature of the study is that it deals with alimony in terms of human rights. The diversity and depth of the dimensions of family law require cooperation with other social sciences such as sociology, economics, and statistics, thus creating an interdisciplinary study.

The reason for writing this article is the observation about the increase of prejudice and marginalization on alimony in Turkey. Therefore, the need for a study based on empirical data arose. The sources of the data that are the basis of the study are official institutions and field researches. In the article, the jurisprudence of the Turkish Constitutional Court and the Court of Cassation and comparative law were frequently used. The study has been prepared based on both theoretical and empirical findings.

This study began by researching the root causes of women's poverty in Turkey. Statistical data pointed to us the position of women in the labor market and intra-household inequality as the two basic factors that determine women's poverty. The labor force participation and employment rate of women in Turkey is very low. According to the 2020 field study, conducted by TURKSTAT on the reasons why women are not included in the workforce, the main reason is being engaged in housework and childcare. One of every three, not working women cited the housework and child care. Therefore, reading the inequality intra-household from a gender perspective, which is the main obstacle to labor force participation and is the root cause of female poverty, will both facilitate the diagnosis of the problem and the solution of the problem on the other.

As can be seen from the Turkey statistics cited during the study, in the average Turkish family, the decision-making process and division of labor are mainly experienced within the framework of traditional gender roles. Although not generally accepted for every family, the social belief that the most important duty of women is to fulfill the requirements of being a good wife and mother is quite common in Turkey. To fulfill these requirements, a significant number of women either do not work or prefer low-income but family-friendly jobs. Moreover, the same point of view applies to the employer. According to the common findings of the researches, the main reasons employers do not prefer female employees are; that women's productivity will be low due to frequent interruptions in their working lives and household responsibilities. The woman who is the last choice when hiring is the first choice in dismissal and earns less income than men during the period of employment. Also, according to the results of the Turkey Family Structure Research, the decisions regarding household expenditures are predominantly taken by men and household income is not shared equally between spouses.

In line with Turkish data, gender inequality directly affects women's right to education, right to work, right to a fair wage, right to social security, right to property, right to improve their corporeal and spiritual existence. This chain of violations traps women's poverty in a vicious circle and thus perpetuates it. In this case, poverty of women concerns human rights law due to the principle of equality and social state on the one hand, and family/alimony law due to the relationship between husband and wife on the other. In terms of family law, if the woman chooses not to work or to work in family-friendly, flexible time, low-wage jobs to do housework and childcare; it contributes positively to the career of men, but it causes a decrease or even

disappearance of women's income capacity in the long term. That's why the prevalence of aphorism "Behind every successful man is a woman". Because marriage is considered as a life-long partnership of fate in Turkey. In Turkish divorce law, domestic labor is an element of asset sharing after divorce. But what happens here is the payment of the contribution made by the woman while the marriage union continues. However, the essence of alimony is the assessment of income capacity, not income. Because woman's decisions, which are taken by prioritizing the family, closely affect the income, seniority, promotion, and retirement of the woman. So the answers to the questions we ask at the beginning are obvious. Justification of alimony is the compensation for the loss of the spouse who sacrificed her/his human capital for marriage and fell into poverty with the ending of the marriage. Requiring alimony to be paid indefinitely is compensation for the indefinite effect of the spouse's contribution throughout marriage on her/his human capital and income capacity. (Ira M. Ellman, 1989). The reason why alimony is paid mainly to women is that gender roles damage the equality of men and women. For this reason, it is possible to say that the responsibility for the poverty of women belongs not only to the ex-spouse but also to the state.

In that case, in Turkey where employment is low, gender inequality is high and the social state is weak, contrary to criticism, it is appropriate to limit the alimony to the facts such as the woman's remarriage or finding a job to provide her livelihood instead of limiting the time. Policies to increase women's employment, which is frequently voiced, are long-term plans that will yield results only when gender-based inequalities within the household are eliminated. In this case, to prevent women from being caught between poverty and freedom, alimony which is ruled indefinitely, should continue to fulfill its vital function for a while. In addition to this, as the amount of alimony in Turkey is very far from getting women out of poverty, the state should intervene in the poverty of women following the principle of "realizing the equality of women and men" and the principle of "social state", which are guaranteed in Turkish Constitution. However, this intervention should take place in addition to the alimony in cases where it is not enough to get the woman out of poverty, is not instead of alimony recommended as frequently in Turkey. Regarding alimony, it should not be overlooked that the addressee of the state is not a "wife" "mother" or "employee", but a woman as the subject of human rights.

I. GİRİŞ

20. yüzyılın ikinci yarısına dek insan haklarına dair belgeler cinsiyet, yaş, engel gibi ayrımlar yapmaksızın insan haklarını kabul etmiş ve eşit hak öznelereinden oluşan bir toplum vaat etmiştir. Fakat zaman içinde “dezavantajlı” veya “kırılgan” olarak adlandırılan bazı grupların insan haklarına ulaşmada yaşadıkları özgün sorunların fark edilmesi özgün düzenlemeleri beraberinde getirdi. “Kadının insan hakları” ifadesi, mevzu bahis olanın kadınlara özgü haklar olmayıp her insanın sahip olduğu haklar olduğu gerçeğinin bir tezahürüdür¹. Kadınların insan haklarından tam ve eşit faydalanmada yaşadığı temel iki sorun: haklarının gerçekleşmemesi ve bunun bir insan hakkı ihlali olarak telakki edilmemesidir. Zira her toplum biyolojik cinsiyet olgusunu kültürel olarak yorumlamaktadır. Yılların imbiğinden süzülerek aktarılan bu yorum neticesinde her iki cins için uygun olanın ne olduğuna; mevcut kaynaklara, fırsatlara ve haklara hangi düzeyde sahip olunması gerektiğine dair yaklaşımlar gelişmektedir. Her ne kadar bu yaklaşımlar toplumlar arasında ve hatta aynı toplumun farklı kesimleri arasında belli oranda değişiklik arz etse de özünde değişmeyen ortak nokta eşitsizliğin varlığıdır.²

Türk yoksulluk nafakası kararlarına göre yoksulluğun cinsiyeti kadındır. Kadın yoksulluğunun izini sürmek üzere kaleme alınan bu çalışmada izler insan haklarının temel şartı olan eşitlik ilkesinin ihlal edildiği yere, toplumsal cinsiyet olgusuna çıkıyor. Yoksulluk nafakasını sosyo-ekonomik bir bağlam içinde, neden-sonuç ilişkisi tesis ederek, özellikle toplumda hakim olan aile pratiklerini merkeze alarak değerlendirdiğimiz bu çalışmanın hedefi; süre ile sınırlanmaksızın hükmedilen yoksulluk nafakasının gerekçesinin ve işlevinin açıklığa kavuşturulmasıdır.

Yoksulluk nafakası; düzenlenişi, şartları ve sınırları yönüyle özellikle özel hukukçular tarafından çokça ele alınmış fakat amacı ve işlevi Türk doktrininde hak ettiği ilgiyi görmemiştir. Bu makalenin kaleme alınma nedeni, Türkiye’de yoksulluk nafakasına dair değer yüklü ön kabullerin ve saflaşmaların artması neticesinde ampirik verilere dayanan bir çalışma ihtiyacının nüksettiği düşüncesidir. Çalışmanın dayanağı olan verilerin kaynağı resmi istatistik kurumları ve saha araştırmalarıdır. Çalışmanın ayırt edici bir başka yanı, yoksulluk nafakasını insan hakları perspektifiyle ele almasıdır. Aile hukukunun boyutlarının çeşitliliği ve derinliği sosyoloji, ekonomi, istatistik gibi diğer sosyal bilimlere dokunmayı gerektirmiş böylece disiplinler arası bir çalışma neşet etmiştir. Makalede Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ile karşılaştırmalı hukuktan sıkça yararlanılmıştır. Hem teorik hem de ampirik bulgulara dayanılarak hazırlanan bu çalışma ile amaçlanan, yoksulluk nafakası hususunda yasama ve yargı mercileri için yön gösterici çıkarımlarda bulunmaktır.

Dört ana bölümden oluşan makalenin ilk bölümü genel hatları ile Türk hukukunda yoksulluk nafakasına hasredilmiştir. Konunun özel hukuk boyutunun sınırlı tutulduğu bu kısımda, yoksulluk nafakasının şartlarının ve sınırlarının ana hatlarına yer verilmiştir. Türk yargı kararlarının işaret etmesi üzerine çalışmanın ikinci bölümü kadın yoksulluğuna ayrılmıştır. Süre ile sınırlı olmaksızın hükmedilen Türk yoksulluk nafakasının gerekçesi üçüncü bölümde temellendirilmiştir. Son bölümde çalışma bugüne dek yoksulluk nafakasına ilişkin sunulmuş olan mevzuat değişikliği önerilerinin tahliliyle son bulmaktadır.

II. TÜRK HUKUKUNDA YOKSULLUK NAFAKASI

Türk Anayasa koyucusu aileyi toplumun temeli addetmiş ve eşler arasında eşitliğe dayandırmıştır. Eşlerin birbirlerine karşı olan mali yükümlülüğünün evlilik birliğinin sonlanması halinde de devam edebileceğini buyuran kanun koyucu bu yükümlülüğün koşullarını Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesinde şöyle düzenlemiştir: “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz”³. Yoksulluk nafakası düzenlemesinin serüveni, konunun serencamına ilişkin önemli ipuçları barındırmaktadır. Yoksulluk nafakasına süre ile sınırlı olmaksızın hükmedilmesi, 1988 yılındaki kanun değişikliği ile gerçekleşmiş olup

¹ BERKTAY, Fatmagül: “Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları”, https://stk.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/01/berktay_std_7.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2021), s.6,8-9.

² ECEVİT, Yıldız: “Toplumsal Cinsiyetle Yoksulluk İlişkisi Nasıl Kurulabilir? Bu İlişki Nasıl Çatışabilir?”, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 25(4), 2003, s.83.

³ Türk Medeni Kanunu m. 184/5 uyarınca tarafların yoksulluk nafakasının miktarı, süresi ve nasıl ödeneceği hususunda anlaşmaları mümkündür. Çalışmada yoksulluk nafakası ile kastolunan; anlaşma olmaksızın, hakim tarafından takdir edilen ve irat biçiminde ödenen nafakadır. Türk Medeni Kanunu yoksulluk nafakasının yanısıra boşanma ile ilişkili iki nafakadan daha bahsetmektedir. İlki dava süresince eş veya çocuk için ödenen tedbir nafakası; diğeri boşanma kararının kesinleşmesiyle velayeti alan tarafa çocuk için ödenen iştirak nafakasıdır. Türk Medeni Kanunu m. 329, m. 169.

1926'dan 1988'e kadar yoksulluk nafakası bir yıllık süre sınırına tabi tutulmuştur. Bu uygulama dönemin doktrini tarafından çokça eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin başında; yoksulluk nafakasına süre sınırının getirilmesinin yoksulluk nafakasının amacı ve işlevi ile çatışması; kadınların iş gücüne katılımının düşüklüğü ve sosyal devletin yetersizliği nedeniyle kadınların mağdur oluşu gelmektedir⁴. Bunun üzerine ilgili hüküm: “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusur daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Ancak erkeğin kadından nafaka isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir.” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Yoksulluk nafakası son halini 2001 değişikliği ile almış; böylece kadın erkek ayrımına son verilmiş, yoksulluk nafakasına boşanma ile yoksulluğa düşme halinde süre ile sınırlı olmaksızın hükmedileceği kayıt altına alınmıştır.

Gerek doktrin gerekse Yargıtay kararları yoksulluk nafakasının belirlenmesinde ilk aşama olarak nafaka alacaklısını yoksulluktan kurtaracak miktarın tespitini işaret etmektedir⁵. Yargıtay: “insanca yaşayıp geçinme olasılığı sağlayamayacak düzeyde olma” şeklinde tanımladığı yoksulluğu yerleşik hale gelen şu kararıyla açıklamıştır:

“Yoksulluk ekonomik ve sosyal koşullarla doğrudan ilgilidir. O nedenle bunu ülkenin ekonomik ve sosyal koşulları altında belirlemek gerekir. Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir. (Anayasa 17/1, 55) Şu halde, bu temel hakkın tabii sonucu yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek yerinde olur”⁶.

Bu düzeyin belirlenmesi noktasında Yargıtay her somut olayın koşullarına göre hakkaniyet esaslarını gözeterek değerlendirme yapmaktadır.⁷ Nafaka miktarının tespitinin ikinci aşamasını ise borçlunun ödeme gücünün tespit edilmesi oluşturmaktadır. Bu noktada hâkim nafaka alacaklısını yoksulluktan kurtaracak miktar ile nafaka borçlusunun mali gücü arasında bir denge gözetmektedir⁸. Bununla beraber nafakaya karar verilirken öngörülemez bazı gelişmelerin zamanla yaşanabileceğini göz önünde bulunduran kanun koyucu Türk Medeni Kanunu m. 176/4 ile değişikliğe imkân tanımıştır. Bunun yanı sıra Türk Medeni Kanunu m. 176/3 yoksulluk nafakasının kendiliğinden sona ereceği halleri de belirtmiştir. Buna göre: “İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararıyla kaldırılır.” Yoksulluk nafakasının ne kadar süreceği ilgili hükümde ifade edildiği üzere alacaklı tarafın yoksulluğunun ortadan kalkması veya yeniden evlenmesi gibi somut olaya göre değişiklik gösterecektir. Bununla beraber yoksulluk nafakasına karar verilirken hakimın nafakaya “süresiz” hükmedeceği m.175/1'de ifade edilmiştir. Bu düzenleme doktrinde tartışma konusu olmuşsa da Yargıtay kararları yoksulluk nafakasının süresine ilişkin olarak hâkime takdir yetkisi tanınmadığını, yoksulluk nafakasına süre ile sınırlı olmaksızın hükmedilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır⁹. Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesinin Anayasa'nın 2., 10., ve 41. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi süresiz nafaka hükmünün anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Bu kararında Anayasa Mahkemesi yoksulluk nafakasının koşulları oluştuğunda kaldırıldığına dikkat çekmiş, bu sebepten ötürü de yoksulluk nafakasına “süresiz” hükmedilmesinin her zaman nafaka alacaklısı

⁴ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt: II Aile Hukuku, İstanbul, Nurgök Matbaa, 1965, s.262; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s.264; FEYZİOĞLU, Necmeddin Fezvi: Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986, s.399.

⁵ DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s.152; GENÇCAN, Ömer Uğur: “Boşanma-Nafaka-Evlilik Birliğinin Korunması ve Velayet Kararları Konusunda Uygulama Sorunları, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Güncel Aile Hukuku Meseleleri Sertifika Programı”, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2005, s.197; SERİM, Azra Arkan: “Yoksulluk Nafakası”, İÜHFİM, 65(1), 2007, s.292-293; UZUN, Mine: “Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası”, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.65.

⁶ Yargıtay HGK., 07.10.1998, E. 1998/2-656, K. 1998/688, www.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

⁷ Yargıtay 2. HD., 26.01.2017, E. 2015/21774, K. 2017/886, www.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

⁸ Yargıtay 2. HD., 17.02.2014, E. 2013/20496, K. 2014/2856, www.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

⁹ Yargıtay 2. HD., 20.20.1995, E. 1995/10569, K. 1995/10750, www.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).

ölünceye kadar ödeneceği anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesi yoksulluk nafakasını sonlandıran halleri süre sınırı olarak telakki etmiştir¹⁰.

III. KADIN YOKSULLUĞU

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında yer alan önemli bir husus ilk derece mahkemesinin yoksulluk nafakasına çoğunlukla kadınların ihtiyaç duyduğu yönündeki tespitidir. Buna göre: “Lehine nafaka hükmedilecek kişinin erkek veya kadın olması konusunda bir ayırım yok ise de uygulamada bu nafaka genellikle kadınlar lehine hükmedilmektedir”¹¹. Nitekim TÜİK'in düzenli olarak yaptığı “Gelir ve Yaşam Koşulları Araştırması” ile “Kazanç Yapısı Araştırması”nın sonuçları da bu gerçeği doğrulamaktadır: Yoksul kadınların sayısı yoksul erkeklerin sayısından daha fazladır¹². Yargı kararları ve istatistik verileri ile tescillenen bu durum yoksulluk nafakası düzenlemesinin dinamiğinde yer alan “yoksulluğun kadınlaşması”¹³ olgusunun irdelenmesini zaruri kılmaktadır.

Yoksulluk şüphesiz yalnızca kadınları ilgilendirmemektedir. Yoksulluğun coğrafya, etnik grup, sosyal sınıf vs. ile yakın ilişkisi olmakla beraber; her birinin içindeki kadınlar ve erkekler yine de yoksulluğu farklı şekilde tecrübe etmektedir¹⁴. Çünkü gelir azlığı yoksulluğun temel kriteri olmakla beraber tek kriteri değildir. İnsanların yapabilirlikleri gelirle ilgili olduğu kadar, kişinin cinsiyeti, toplumsal cinsiyeti ve toplumsal rolleri ile de yakından ilgilidir. Zira bu hususlar hem gelir elde etmeyi hem de gelirin kapasiteye dönüştürülmesini güçleştiren unsurlardır¹⁵. Yoksulluk kapasite yoksunluğu olarak tecelli ettiğinde bazı temel hak ve özgürlüklerden mahrumiyetle sonuçlanmakta ve sorun bir insan hakkı meselesine dönüşmektedir¹⁶. Birleşmiş Milletler tarafından “insani yoksulluk” olarak ifade edilen bu durum gelir yerine özgürlüğü ve insan haklarının yoksunluğunu ön plana çıkarmaktadır. Nitekim insani yoksulluğu ölçmek için hazırlanan İnsani Yoksulluk Endeksi (Human Poverty Index) yoksulluğu; temel eğitim hizmetlerine erişememe, temel sağlık hizmetlerinden yoksun olma, sosyal ve ekonomik imkanlardan mahrumiyet gibi göstergeler vasıtasıyla tespit etmektedir¹⁷.

Her ne kadar yoksulluğun özelliklerini ve hangi alanlarda yoğunlaştığını istatistik verileriyle açıklamak mümkün olsa da salt istatistik verilere odaklanmak, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin kadın yoksulluğunu yaratma biçimlerini ve yoksullukla ilişkisini perdelemektedir¹⁸. Kadın yoksulluğunun sebeplerini ve sonuçlarını anlamadan, genel yoksulluktan ayrışan özgün yanlarını görmeden oluşturulacak politikalar bu yoksulluğu kronikleştirecektir. Çünkü kadın yoksulluğu geçici veya istisnai olmayan yapısal bir sorundur¹⁹. İstatistikler bize kadın yoksulluğunu belirleyen temel iki özellik olarak: kadının işgücü piyasasındaki konumunu ve hane içi eşitsizliği işaret etmektedir²⁰.

A. Kadınların İş Gücü Piyasasındaki Konumu

Ülkemizde kadınların istihdam oranı oldukça düşük seviyededir. 2018 yılı TÜİK verileri uyarınca erkeklerin istihdam oranı %65,7, kadınların istihdam oranı ise %29,4 olarak tespit

¹⁰ AYM, 17.5.2012; E. 2011/136, K. 2012/72, RG.26.06.2012.

¹¹ AYM, 17.5.2012; E. 2011/136, K. 2012/72, RG.26.06.2012

¹² Hane halkı fertlerinin cinsiyet ve eğitim durumuna göre erkeklerin yoksulluk oranı % 14,7; kadınların yoksulluk oranı % 15,6'dır. TÜİK, Gelir ve Yaşam Koşulları Araştırması, 2018. Nitekim yıllık ortalama brüt kazancın 49 bin 001 TL olduğu 2018 yılında bu rakam kadınlar için 46 bin 208 TL, erkekler için 50 bin 297 TL olarak tespit edilmiştir. TÜİK, Kazanç Yapısı Araştırması, 2018.

¹³ PEARCE, Diana: “The Feminization of Poverty: Women, Work and Welfare”, Urban and Social Change Review, (11), 1978.

¹⁴ ŞENER, Ülker: “Kadın Yoksulluğu”, Mülkiye Dergisi, 36(4), 2012, s.54.

¹⁵ SEN, Amartya: Inequality Reexamined, Russell Sage Foundation, New York, 1992. s.5-10.

¹⁶ DOZ COSTA, Fernanda: “Poverty and Human Rights: From Rhetoric to Legal Obligations: A Critical Account of Conceptual Frameworks”, International Journal of Human Rights, (81), 2008, s.86.

¹⁷ CHANT, Sylvia: “Re-thinking the “Feminization of Poverty” in Relation to Aggregate Gender Indices”, Journal of Human Development, 7(2), 2006, s.211; DUCLOS, Jean-Yves: UNDP's Multidimensional Poverty Index, Development Indicators Working Paper, 2011, s.2.

¹⁸ BORA, Aksu: ““Olmayanın Nesini İdare Edeceksin?” Yoksulluk, Kadınlar ve Hane”, Yoksulluk Halleri: Türkiye'de Kent Yoksulluğunun Toplumsal Görünümleri, (ed.) Necmi Erdoğan, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s.103; ECEVİT, 2003, s.86,88.

¹⁹ ŞENER, s.54.

²⁰ MORRISON, Andrew/RAJU, Dhushyanth/SİNHA Nistha: Gender Equality, Poverty and Economic Growth, The World Bank Policy Research Working Paper (4349), 2007, s.2; AB Katılım Sürecindeki Türkiye'nin Kadın İstihdamı Karnesi, İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu, İstanbul, 2019, s. 22-32; The World Bank Turkey Country Gender Assessment 2017, January 2018, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32445/Turkey-Gender-Assessment-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

edilmiştir²¹. Ülkemizde özellikle yoksulluk nafakası tartışmalarında sıkça referans gösterilen ülkelerden olan İsviçre’de bu oran %79,5, Almanya’da %78,7, Portekiz’de %71,8, İtalya’da %55,7’dir²². TÜİK’in kadınların işgücüne dâhil olmama nedenlerine ilişkin yaptığı 2020 tarihli araştırmaya göre işgücüne dâhil olmamanın başlıca sebepleri en çok tercih edilme sırasına göre; ev işleri ve çocuk bakımıyla meşgul olma, düşük eğitim düzeyi, iş bulma ümidinin olmaması, mevsimlik çalışma ve diğer sebepler olarak açıklanmıştır²³. Eş ya da babanın karşı olması, geleneksel değer yargıları, düşük ücret, işverenin ayrımcı politikaları, iş yerinde cinsel taciz ise diğer sebepleri oluşturmaktadır²⁴. Sayılan gerekçelerin önemli bir kısmının sadece kadınlar için geçerli olması, toplumsal cinsiyetin derin köklerini görünür kılmaktadır. Şu halde iş gücüne katılımın önündeki en büyük engel olan ve kadın yoksulluğunun kök nedeni olarak tebarüz eden hane içi eşitsizliğin toplumsal cinsiyet perspektifinde okunması bir yandan sorunun teşhisini diğer yandan da sorunun çözümünü kolaylaştıracaktır.

B. Hane İçi Eşitsizlik

Bir örneğini istatistik verileriyle ortaya koyduğumuz -kadınların iş gücüne katılımında-kadın erkek eşitsizliği, şu soruyu beraberinde getirmektedir: Kadınlar ve erkekler arasındaki farklılıkların kök nedeni bu cinslerin doğal (biyolojik) özellikleri midir, yoksa aile içinde yaşanan ve toplumla etkileşim içinde öğrenilen özellikler midir? Bu farklılıkların miladına ilişkin bir tarihsel okuma, süreci avcı/toplayıcı/göçebe toplumu, tarım toplumu ve sanayi/teknoloji toplumu üzerinden ele almayı gerektiriyor. Avcı/toplayıcı/göçebe toplumlarda kadın erkek eşitliğine dayanan bir iş bölümü gözlenirken, kas gücüne dayanan tarım toplumunda erkeklerin hane dışındaki kadınların ise hane içindeki işleri üstlendikleri asimetrik bir iş bölümü zuhur etmiştir. Fakat sanayileşmenin kas gücü gerekliliğini azaltması, teknolojinin ve dijitalleşmenin üretim örüntüsünü değiştirmesi kadın erkek işbölümü konusundaki bedensel farkı neredeyse yok etmiştir. Fakat buna rağmen eşitsizliğin ortadan kalkmadığı ve beklenen dönüşümün oldukça düşük bir ivme ile gerçekleştiği görülmektedir. Bu da cinsler arasında biyolojik farklılıkların bulunduğunu fakat bunların halihazır toplumsal farklılıkları izah etmeye ya da cinsiyet eşitsizliğini meşru kılmaya kabil olmadığını göstermektedir²⁵. Bu sebepten ötürü bir cinsin ötekine nazaran eşitsiz konumunu kalıp yargılarla açıklayan toplumsal cinsiyet eşitsizliği, kadının maruz kaldığı eşitsizliğin kök nedeni olarak başta aile olmak üzere sosyal ilişki ağlarını işaret etmektedir²⁶.

Toplumsal cinsiyet rol dağılımının en yoğun tebarüz ettiği alanlardan biri kadın ve erkek arasında gerçekleşen hane içi görev bölüşümüdür. Özellikle geleneksel ailelerde ev işleri, çocuk ve yaşlı bakımı gibi faaliyetlerin kadınların sorumluluk alanı olarak görülmesi bu sorumluluğun kadın istihdamı üzerinde önemli etkileri olmasına yol açmaktadır. TÜİK verilerine göre 2020 yılında çalışmayan her 3 kadından biri ev işlerini gerekçe göstermiştir²⁷. Kadınların maddi karşılığı olmayan ev içi işlere ayırdıkları süre ile işgücüne katılımları arasında ters orantılı bir ilişki mevcuttur²⁸. Ülkemizde ev içi ve bakım faaliyetine, çalışan kadınların günde ortalama 3 saat 31 dakika, çalışan erkeklerin ise 46 dakika ayırdığı belirlenmiştir²⁹. Erkeklerin işsiz kalmaları ya da eşlerinin çalışması halinde daha çok evi işi yaptıkları belirlense de her halükarda bu durum “yardım” olarak algılanmakta, kadının sosyal statüsü veya istihdam durumundan bağımsız olarak kadınlar ev

²¹ TÜİK, İstatistiklerle Kadın, 2019.

²² Dünya Ekonomik Forumu tarafından yayınlanan 2020 Küresel Cinsiyet Uçurumu Raporu’na göre Türkiye, istihdama katılım ve olanakları yönüyle 153 ülke arasında 130. sırada yer almaktadır. World Economic Forum, Global Gender Gap Report 2020, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf, (Erişim Tarihi: 28.01.2020) s.343.

²³ TÜİK, İşgücüne Dahil Olmayanların Yıllara Göre İşgücüne Dahil Olmama Nedenleri, 2020.

²⁴ World Bank, State Plannig Organization, Female Labor Force Participation in Turkey: Trends, Determinants and Policy Framework, The World Bank Report No 48508-TR, 2009, s.19-20.

²⁵ Toplumsal cinsiyet-üretim ilişkisi için detaylı bkz. ECEVİT, Yıldız: “Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç”, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi, Ed. Yıldız Ecevit, Nadide Karkıner, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2011, s.4-5.

²⁶ DEDEOĞLU, Saniye: “Toplumsal Cinsiyet Rollerini Açısından Türkiye’de Aile ve Kadın Emeği”, Toplum ve Bilim, 86(3), 2000, s.152-153.

²⁷ TÜİK, İşgücüne Dahil Olmayanların Yıllara Göre İşgücüne Dahil Olmama Nedenleri, 2020.

²⁸ FERRANT, Gaëlle/PESANDO, Luca Maria/NOWACKA, Keiko: “Unpaid Care Work: The Missing Link in the Analysis of Gender Gaps in Labour Outcomes”, OECD Development Centre, https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid_care_work.pdf, (Erişim Tarihi: 31.01.2021), s.5.

²⁹ TÜİK, Zaman Kullanım Araştırması, 2014-2015; Benzer saha araştırmaları için bkz. EKER, Hülya: “Toplumsal Cinsiyet Bağlamında İş Dışı Zaman Kullanımı: Kamuda Çalışanlar Üzerine Sosyolojik Bir Değerlendirme”, Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, 8(15), 2018, s.1228-1229; FERRANT/PESANDO/NOWACKA, s.1.

işlerinin asıl yüklenicisi olarak görülmektedir³⁰. Bu veriler göstermektedir ki, kapalı kapıların ardında yaşanan eşitsiz iş bölümü özellikle çalışan kadınları cezalandırmakta bir nevi “çift vardiya”ya yol açmaktadır³¹. Şu halde zamanının önemli kısmını ev işleri için harcayan kadının önünde üç seçenek durmaktadır. İlk seçenekte ev içindeki eşitsiz iş bölümü, kadınların kariyerlerine odaklanmalarına imkan vermeyecek ve kadınlar “süperkadın” olmadıkları sürece işlerinde terfi etme ve gelirlerini artırma ihtimalleri azalacaktır. Her halükarda “zaman yoksulu”³² olacak olan bu kadınlar bir yandan ev içi ve bakım yükümlülüklerini diğer yandan da işlerinin gereğini üstlenerek ağır bir yükü taşıyacaklardır. İkinci seçenekte kadınlar kısmi süreli/esnek çalışma modellerini tercih etmek zorunda kalacak ve bunun tabii bir sonucu olarak da düşük gelire razı olacaklardır³³. Son seçenekte ise hem iş hem ev içi ve bakım yükümlülükleri ağır olduğundan kadın çalışanlar 2019 yılında 494 bin kadının yaptığı üzere işten ayrılacaktır. Oysa aynı saikle işinden ayrılan erkek sayısı kadın sayısının sadece %3’ü kadardır³⁴. Görülmektedir ki sözü edilen ev işleri ve çocuk bakımı gibi işler için eşlerden biri arasında seçim yapmak gerektiğinde bu seçim ezici çoğunlukla kadından yana sonuçlanmaktadır³⁵. Diğer yandan bazı ülkelerde gayrisafi milli hasıla hesabına ev içi emeğin değerinin dahil edilmesiyle bir ev kadınının ev içi çalışmasının nakdi karşılığı ortaya çıkmıştır. Buna göre milli gelire en az yüzde 25’lik bir katkı sağlayan ev içi emeğin değeri aylık asgari ücretin yüzde 71’ine karşılık gelmektedir. Bu katkısına rağmen ev kadınları maaş almamakta, emekli olmamakta ve kendi başına sosyal güvenlik imkanlarından yararlanamamaktadır³⁶.

Toplumsal cinsiyet rol dağılımının kadının yoksulluğuna bir diğer etkisi de mesleklerin “kadın işi” ve “erkek işi” şeklinde ayrışmasıyla gerçekleşmektedir. Kadın işi olarak görülen meslekler sayıca daha az olup çoğunlukla toplumsal cinsiyet rolleri ile örtüşmektedir. Kadınlar temizlik, çocuk, yaşlı ve hasta bakıcılığı ya da nitelik gerektirmeyen emek yoğun, düşük ücretli, geçici işlere daha uygun görülmektedir³⁷. Güncel verilere göre Türkiye’de istihdam edilen kadınların yüzde 41,3’ü kayıt dışı çalışmaktadır³⁸. Çalışan her beş kadından biri ücretsiz aile işçisidir³⁹. Ev ve işe dair mekân ayrımının olmadığı esnek zamanlı bu tür çalışma, kadınların ev işleri/çocuk bakımı gibi toplumsal rollerini çalışırken de sürdürmesine olanak sağladığı için sıkça tercih edilmektedir⁴⁰.

Saha araştırmaları sonucunda ortaya çıkan bir başka sonuç bize Türkiye’de kadının iş gücüne katılımını etkileyen unsurlardan birinin; ailenin erkek üyelerinin kadının çalışmasına karşı olumsuz tutumunu göstermiştir. Özellikle geleneksel ailelerde kadınların çalışması ev içindeki erkek otoritesini sarsıcı bulunurken, kadınların çalışma koşullarına dair güvenlik kaygıları da sık tekrar edilen gerekçelerdendir. Eşlerinin çalışmasına karşı olmayan bazı erkekler ise kadınların erkeklerden uzak, hemcinsleriyle birlikte ve kendi denetimleri altında olabilecek alanlarda çalışmalarını şart koşmaktadır⁴¹. Bu da çalışmak isteyen kadınları bu koşullara uyan; “kadın işi” olarak nitelendirilen meslekleri, kayıt dışı veya evde çalışmayı tercih etmek zorunda bırakmaktadır. Diğer yandan kadın ve erkeklerin belirli bir mesleğe yönelmelerini etkileyen hususlar aynı zamanda

³⁰ ECEVİT, Yıldız: “Aile, Kadın ve Devlet İlişkilerinin Değerlendirilmesinde Klasik ve Yeni Yaklaşımlar”, Kadın Araştırmaları Dergisi, (1), 1993, s.27; Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023) Kadının Kalkınmadaki Rolü, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2018, s.84.

³¹ HOCHSCHILD, Arlie Russell/MACHUNG, Anne: The Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home, New York, Viking, 1989; SALIDO, Olga/MORENO, Lois: “İspanya’da Kadın İstihdamı ve İspanyol Refah Rejiminin Gelişimi”, Akdeniz’de Kadın İstihdamının Seyri, (der.) Ayşe Buğra ve Yalçın Özkan, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s.44,50.

³² BARDASI, Elena/WODON, Quentin: “Measuring Time Poverty and Analyzing Its Determinants: Concepts and Application to Guinea,” Gender, Time Use, and Poverty in Sub-Saharan Africa, (ed.) C. Mark Blackden, Quentin Wodon, The World Bank, 2006, s.84.

³³ SALIDO/MORENO, s.43-44,46.

³⁴ Emek Araştırma Raporu: Türkiye’de Kadın Emeği, DİSK/GENEL-İŞ, Mart 2020, <http://cloudsdomain.com/uploads/dosya/21031.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.01.2020).

³⁵ TÜİK, İş ve Aile Yaşamının Uyumunu, II. Çeyrek, 2018; ERGÜNEŞ, Nuray: “Kadın İstihdamı Evet Ama Nasıl? Türk Tabipler Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi”, 15(56), 2015, s.33.

³⁶ DEVRİM, Melişan: “Ev İçi Emeğin Değeri Nedir?” <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/11/25/ev-ici-emeğin-değeri-nedir>, (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

³⁷ PARLAKTUNA, İnci: “Türkiye’de Cinsiyete Dayalı Mesleki Ayrımcılığın Analizi”, Ege Akademik Bakış, 10(4) 2010, s.1222.

³⁸ Emek Araştırma Raporu: Türkiye’de Kadın Emeği, Mart 2020.

³⁹ TÜİK, İşgücü İstatistikleri, Ağustos, 2020.

⁴⁰ PARLAKTUNA, s.1227

⁴¹ SANCAR, Serpil: Erkeklik: İmkansız İktidar, Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler, Metis Yayınları, İstanbul, 2009, s.70,73.

işverenin kadın ve erkek çalışan tercihinin de belirleyicilerindedir. Yapılan araştırmaların ortak bulgularına göre işverenler kadın çalışan tercih etmemelerinin başlıca sebepleri olarak; kadınların çalışma hayatlarının sık kesintiye uğraması ve hane içi sorumlulukları nedeniyle verimlerinin düşük olacağını belirtmektedir. Doğum izni alınması, ailevi sorumluluklar nedeniyle seyahat ve fazla mesai güçlüğü yaşanması işveren nezdinde kadını erkeklere nazaran daha pahalı işçiler haline getirmektedir. Bu durum ise işverenin kadınları istihdam edeceği işlerin türünü etkilemekte, kadınlar işi bıraktıkları takdirde yerlerinin kolaylıkla doldurulabileceği işlerde istihdam edilmektedir⁴². İşe alınırken son tercih edilen kadın işten çıkarmada ilk tercih edilen olmaktadır⁴³. Nitekim çalışma süresi erkeklerde 39,3 yıl iken, kadınlarda 19,0 yıl olarak tespit edilmiştir⁴⁴. Türkiye’de kadınların çalışma hayatının sıklıkla kesintiye uğraması kadınların tecrübesinin sınırlı, veriminin az ve gelirinin düşük olmasına yol açmaktadır⁴⁵. Böylece bir kısır döngü gerçekleşmekte; düşük gelirli işlere yönelikçe kadınlar yoksullaşmakta, yoksullaşan kadınlar düşük gelirli ve güvencesiz işlere razı olmaktadır⁴⁶.

Çalışma hayatında fırsat eşitliğini zayıflatan cinsiyet ayrımcılığı ülkemizde hem doğrudan hem de dolaylı olarak uygulanmaktadır. Ücret ayrımcılığının yanı sıra işe alım sürecinde işin niteliği ile ilgisi olmamasına rağmen “bay” olma şartının aranması, iş görüşmelerinde kadınlara medeni durumlarının, çocuk sahibi olma yönündeki planlarının, varsa çocuklarının yaşlarının sorulması gibi uygulamalar kadınlara yönelik cinsiyet ayrımcılığının en sık rastlanan örneklerindedir. Bu soruların genellikle kadınlara sorulmasının temelinde ise ev işlerinden ve çocuk bakımından kadının sorumlu olduğu anlayışı yatmaktadır⁴⁷. Üstelik bu yaklaşım her iki cinsin hangi meslekleri yapip yapamayacağına etki etmekle kalmamakta, kadınların mesleklerini icra ederken üst kademedeki pozisyonlarda çalışıp çalışmayacağı hususunda da belirleyici rol oynamaktadır. Terfi ayrımcılığı cinsiyete dayalı mesleki ayrımcılığın bir uzamı olup ülkemizde oldukça yaygındır⁴⁸. Başta 100 No’lu Eşit Ücret Sözleşmesi’ne, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne ve Anayasanın 10. maddesi’ne aykırılık teşkil eden, özellikle evli ve çocuklu kadınlar aleyhine olan bu uygulamalar işe alma, ücretlendirme, terfi ve işten çıkarma aşamalarının tamamına sirayet ederek kadın yoksulluğunu peyderpey inşa etmektedir.

Kadın yoksulluğunun izini hane içi eşitsizlikte sürerken değinilmesi gereken son husus çalışan kadınların gelirlerini nasıl harcadığı, bir başka deyişle gelirlerini kontrol edemedikleridir. Zira hane gelirinin ve kaynakların kadın ve erkek arasındaki paylaşımı kadın erkek arasındaki güç ilişkisiyle yakından ilgilidir⁴⁹. Gelirin kim tarafından kontrol edildiğine ilişkin yapılan TAYA saha araştırması sonuçlarına göre; harcamalara yönelik kararlar ağırlıklı olarak erkek tarafından alınmakta ve hane geliri eşler arasında eşit paylaşılmamaktadır⁵⁰. Türkiye’de çalışan her beş kadından birinin ücretsiz aile işçisi olması⁵¹ ve gayrimenkul mülkiyetinin %65’ten fazlasının erkeklere ait olması⁵², sözü geçen saha araştırması bulgularını teyit eder mahiyettedir. Bunun başat sebebi ise Whitehead’a göre, kadının ve erkeğin gelirinin aile içinde var olan güç ilişkisinden nasibini alarak cinsel bir kimlik kazanmasıdır. Kadınların gelirlerinin geçici olarak algılanması, ekstra giderler için harcanması ve ailenin gelir ve giderlerinden birinci derecede aile

⁴² BARAN, Aylin Görgün/BAKACAK, Ayça Gelgeç/ELDEM, Canet Tuba/BARUTU, HİKMET Fatma: İş Hayatında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin İÇASİFED Üyesi İşverenlerin Eğilim ve Beklentileri Açısından Değerlendirilmesi, The World Bank, 2016, <http://kasum.ankara.edu.tr/files/2013/02/İŞ-HAYATINDA-TOPLUMSAL-CİNSİYET-EŞİTLİĞİNİN-İÇASİFED-ÜYESİ-İŞVERENLERİN-EĞİLİM-VE-BEKLENTİLERİ-AÇISINDAN-DEĞERLENDİRİLMESİ.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.01.2020), s.11-12,31; PARLAKTUNA, s. 1219.

⁴³ Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum; Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler ile Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/948), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss834m.htm>, (Erişim Tarihi: 04.04.2021).

⁴⁴ TÜİK, İstatistiklerle Kadın, 2019.

⁴⁵ PARLAKTUNA, s.1226,1227.

⁴⁶ Emek Araştırma Raporu: Türkiye’de Kadın Emeği, Mart 2020.

⁴⁷ BARAN/BAKACAK/ELDEM/BARUTU/HİKMET, s.30.

⁴⁸ TÜİK 2018 verilerine göre şirketlerde üst düzey ve orta kademe yönetici pozisyonundaki kadın oranı %17,3 olarak tespit edilmiştir. TÜİK, İstatistiklerle Kadın, 2018.

⁴⁹ ŞENER, s.57-58.

⁵⁰ UYSAL, Gökçe/DURMAZ ASLAN, Mine: Türkiye’de Kadınların İş gücü Piyasasına Katılma Kararını Belirleyen Etmenler, Türkiye Aile Yapısı İleri İstatistik Analizi, Ankara, 2018, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, s.195.

⁵¹ Emek Araştırma Raporu: Türkiye’de Kadın Emeği, s.3.

⁵² TÜİK Konut Satış İstatistikleri, Aralık 2020; BM Toplumsal Cinsiyet Göstergeleri 2018, <http://www.skdturkiye.org/esit-adimlar/yakin-plan/tuikten-yeni-toplumsal-cinsiyet-gostergeleri>, (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

reisinin (erkek) sorumlu olduğu anlayışı, kadınların çalışmaları bile gelirlerini kontrol edememelerinin başlıca sebeplerini oluşturmaktadır⁵³.

Toplumsal cinsiyet eşitsizliğine dair tüm bu veriler, yoksulluğu sosyal bir statü, bir insan ilişkisi olarak ele alan Sahlins'i doğrular mahiyettedir⁵⁴. Bu ilişkiyi tayin eden temel kaide ise insan hakları taleplerini ortaya çıkaran iradenin de temel mottosu olan eşitlik. Eşitlik ilkesi bizzat bir insan hakkı olmakla beraber diğer hak ve hürriyetlere de zemin teşkil etmektedir. Görüldüğü üzere toplumsal cinsiyet eşitsizliği; kadının eğitim hakkını, çalışma hakkını, adil ücret hakkını, sosyal güvenlik hakkını, mülkiyet hakkını, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkını doğrudan etkilemektedir. Bu ihlaller zinciri, kadın yoksulluğunu bir kısır döngüye hapsetmekte ve böylece kalıcılaştırmaktadır. Şu halde kadın yoksulluğunu kişi, aile ve toplum ekseninde ele almak gerekmektedir. Bu durumda kadın yoksulluğu bir yanı sıra eşitlik ve sosyal devlet ilkesi açısından insan hakları hukukunu bir diğer yanı sıra karı-koca ilişkisi açısından aile/nafaka hukukunu ilgilendirmektedir. Aile içinde karı ve koca arasındaki ilişkinin kadınların çalışma kararında, iş tercihinde ve terfisinde belirleyici rol oynaması süresiz yoksulluk nafakasının ana eksenini oluşturmaktadır. Ülkemizde kadınların ortalama olarak 25 yaşında evlendiği, 28 yaşında anne olduğu ve yaşamlarının önemli kısmını evli olarak geçirdikleri göz önünde bulundurulduğunda⁵⁵ hane içi ilişkilerin kadının gelir kapasitesi üzerinde belirleyici etkileri olacağını öngörmek mümkündür.

IV. YOKSULLUK NAFKASININ GEREKÇESİ

2018 TAYA verileri ve saha araştırması sonuçları göstermektedir ki Türkiye'de evliliğe ilişkin tutumlar dönüşmekte olsa da evlilikler hala geleneksel değerler üzerine kurulmakta ve aile pratikleri geleneksel değerleri sürdürmektedir. Hane içi görev bölüşümü, karar verme, kadının çalışması ve mülk sahipliği gibi konular aile içinde hala geleneksel cinsiyet rollerine göre işlemektedir⁵⁶. Odağında görev ve sorumluluğun bulunduğu, karı-koca rollerinin çoğunlukla toplumsal cinsiyet rolleri üzerine inşa edildiği geleneksel ailede erkek öncelikle aileyi geçindirmek ve korumakla, kadın öncelikle ev işleri ve çocuk/hasta/yaşlı bakımı gibi bakım faaliyetlerini yerine getirmekle yükümlüdür⁵⁷. Erkeğin para kazanarak evi geçindirdiği, kadının ise evlilik nedeniyle beşeri sermayesinden⁵⁸ ya da kariyerinden ödün verdiği bu geleneksel düzenin temel belirleyicisi, evliliğin bir ömür boyu süreceğine yönelik haklı güvendir⁵⁹. Elbette tüm ülkede var olan genel geçer bir aile yapısından bahsetmek olanaksızdır. Bunun yanı sıra bölge/kır/kent farklılıkları ya da toplumsal sınıfların içindeki ekonomik ve sosyal farklar sözü edilen geleneksel aile modelinin etkilerinin farklı düzeylerde tecrübe edilmesine neden olmaktadır⁶⁰. Bununla beraber yoksulluk nafakası çoğunlukla alt ve orta gelirli ailelerin boşanması halinde söz konusu olmaktadır. Majör verilere göre ise alt ve orta gelirli ailelerin büyük çoğunluğu geleneksel aile yapısına sahiptir⁶¹. Her ne kadar yoksulluk nafakası sıklıkla zengin veya ünlülerin boşanmalarıyla gündeme gelse de marjinal örnekleri geride bırakırsak sıradan vatandaşların nafaka deneyimi daha incelikli ve sancılıdır.

Ahlaki sorumluluk, zayıfın korunması, sosyal devlet yoksulluk nafakasına ilişkin ileri sürülen gerekçelerin başlıcalarındandır. Bir diğer gerekçe ise, evliliğin uzun süren bir birliktelik tahayyülüne dayanması ve özellikle geleneksel toplumlarda evliliğin tarafların yaşamına kalıcı

⁵³ DEDEOĞLU, s.153.

⁵⁴ SAHLINS, Marshall David: *Stone Age Economics*, Aldine de Gruyter, Newyork, 1972.

⁵⁵ TÜİK, Dünya Nüfus Günü, 2020.

⁵⁶ KOÇ, İsmet/SARAÇ Melike: "Türkiye'de İlk Evlilik Yaşının ve Evliliğe İlişkin Pratiklerin Değişimi ve Boşanma ile İlişkisi (2006-2016)", *Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Türkiye Aile Yapısı İleri İstatistik Analizi*, 2018, Ankara, s.87; BEŞPINAR, Fatma Umut: "Türkiye'de Evlilik", *Türkiye Aile Yapısı Araştırması, Tespitler Öneriler, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü*, 2014, s.167.

⁵⁷ WEITZMAN, Lenore J.: "To Love, Honor, and Obey? Traditional Legal Marriage and Alternative Family Forms", *The Family Coordinator*, 24(4), 1975, s.532; İMAMOĞLU, Olcay: "Değişen Dünyada Değişen Aile-İç Roller", *Kadın Araştırmaları Dergisi*, (1) 1993 s.58.

⁵⁸ Beşeri sermaye kişinin bilgisinin kabiliyetinin tecrübesinin ve zamanın toplamını ifade etmektedir. *Oxford Learner's Dictionaries*, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/human-capital>, (Erişim Tarihi: 03.01.2021).

⁵⁹ ELLMAN, Ira Mark: "The Theory of Alimony", *California Law Review* 77(1), 1989, s.42-43.

⁶⁰ ACAR, Feride: "Türkiye'de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum", *Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama*, (ed.) Burcu Yeşiladalı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları (305), 2010, s.20.

⁶¹ Türkiye'de Evlilik Tercihleri, *Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü*, <https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/athgm/uploads/pages/arastirmalar/tu-rkiyede-evlilik-tercihleri-aras-tirmasi-2015.pdf>, (Erişim Tarihi, 04.04.20201), s.29.

etkisidir. Zira eşlerin yaşamlarını şekillendiren, boşanma sonrasında da etkilerini sürdüren olguların tohumları evlilik devam ederken atılmaktadır⁶². Buna göre yoksulluk nafakasının temel varsayımı şudur: Boşanma sonrası yoksulluk nafakasına konu olan “mali güç” evlilikten bağımsız değerlendirilemez. Boşanma sonrası bir tarafın geliri yalnızca o tarafın bireysel çabalarının değil birlikte kurulan ortak yaşam düzeninin de bir ürünüdür⁶³. Evlilik birliği süresince alınan kararlar sadece o süreçteki malvarlığını şekillendirmekle kalmaz. Aynı zamanda boşanma sonrası yılları da kapsayacak şekilde her iki tarafın mali gücünü öngörülebilir şekilde etkiler. Taraflardan birinin aralarında kan bağı olmamasına rağmen diğer tarafa karşı süresiz bir mali yükümlülük altına girdiği yoksulluk nafakasının kökeninde, evlilik birliği ile gerçekleşmiş ve etkisi süresiz olan karar ve olaylar yatmaktadır. Çalışma boyunca yer verilen Türkiye istatistik verilerinden anlaşıldığı üzere ülkemizde yaygın olan geleneksel aile modelinde çoğunlukla erkek yatırımını kendi beşeri sermayesine yaparken, kadın yatırımını evliliğin bizatihi kendisine yapmaktadır⁶⁴. Bunun bir sonucu olarak da evlilik kadınların gelir kapasitesini azaltırken erkeklerinkini artırmaktadır. Zira geleneksel evliliklerde kadın çoğu zaman aile yararını kendi gelir kapasitesinin önüne koymaktadır. Oysa karı ve kocanın bu kararı rasyonel görüp birlikte aldığı durumlar bile bu kararın kadınların genellikle ailelerinin yararına aldığı bir karar olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Ailenin öncelenmesiyle alınan bu kararların kadının gelirini, kıdemini, terfisini ve emekliliğini yakından etkilemesi nedeniyle uzun vadeli ekonomik sonuçları olacağı göz ardı edilmemelidir. Örneğin evliliğinin başlangıcında geliri ne olursa olsun, çocuklarıyla evde kalmak adına çalışmaya üç yıllık bir ara vermesi bile bir kadının bundan sonrası için gelirini üçte bir oranında azaltabilmektedir⁶⁵. Evliliğin ömür boyu sürecek bir kader ortaklığı olarak telakki edilmesi nedeniyle, kocasının başarısına zemin hazırlayan kadın zamanı geldiğinde ektiğini biçmeyi ve böylece kendi potansiyel kaybını telafi etmeyi beklemektedir. Nitekim “her başarılı erkeğin arkasında bir kadın yatar” aforizması ile de ifade edilen bu vaziyet, kadınların tüketici değil bu başarıların üretilmesinde pay sahibi olduğunu göstermektedir. Bu nedenle yoksulluk nafakasını evlilik sırasında kurulan düzene bağlı olarak kazanılan ve kaybedilen gelir kapasitesi ile ölçmek yoksulluk nafakasına adil ve tatmin edici bir gerekçe oluşturmaktadır⁶⁶. Zira ampirik bulgular evliliğin sadece kadının beşeri sermayesini azaltmadığını aynı zamanda erkeğin beşeri sermayesini artırdığını göstermektedir⁶⁷. Mali gücü başlangıçta genel olarak mütevazı olan erkeklerin evlilik süresince gelir kapasitesi artmakta, çoğunlukla kırklı yaşlarının ortalarında zirveye ulaşmaktadır⁶⁸. Evli erkeklerin bekar erkeklere nazaran üst düzey pozisyonlara ulaşmada daha çok avantaja sahip olduğu görülmektedir. Erkeklerde evliliğin kadınların aksine kariyerlerine pozitif katkı sunmasının başat sebeplerinden biri; erkeklerin evlilik boyunca kadınların aksine kendi kazanç kapasitesine yatırım yapabilmeleridir⁶⁹. Bu katkı yemek, temizlik vs. gibi ev işlerinin yapılması, çocukların/hastanın/yaşlının bakımının üstlenilmesi gibi konularda zaman ve emek tasarrufu şeklinde olmakta, böylece erkekler kariyerlerine daha çok zaman ve emek harcayabilmektedir. Nitekim boşanmanın ev işi performansı üzerindeki etkilerinin ele alındığı bir çalışmada, erkeklerin boşandıktan sonra ev işlerine harcadıkları zamanı önemli ölçüde artırdıkları, kadınların ise ev işine harcadıkları zamanı orta derecede azalttığı ortaya konmuştur⁷⁰. Görülmektedir ki kadının evlilik

⁶² İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları süresiz nafaka ile “yaşam biçimlendirici evlilik” (“lebensprägend”) arasında bir bağ kurmuştur. Buna göre eşlerin boşanma sonrası yaşamlarını kalıcı olarak etkileyen evlilik (müşterek bir çocuğun varlığı, çocuğun bakıma muhtaç olması gibi) yaşam biçimlendirici evliliktir. HAUSHEER Heinz/WOLF Stephan: “Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses Switzerland”, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Switzerland-Divorce.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.02.2021), s.24,26.

⁶³ CARBONE, June: “Income Sharing: Redefining the Family in terms of Community”, *Houston Law Review*, 31(2), 1994, s.372-373.

⁶⁴ ELLMAN, s.41,42

⁶⁵ MCMULLEN, Judith G.: “Alimony: What Social Science and Popular Culture Tells Us about Women, Guilt, and Spousal Support after Divorce,” *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 19(1), 2011, s.56.

⁶⁶ ELLMAN, s.42,49.

⁶⁷ SINGER, Jana B.: “Alimony and Efficiency: The Gendered Costs and Benefits of the Economic Justification for Alimony”, *Georgetown Law Journal*, 82(7), 1994, s.2444.

⁶⁸ 2018 verilerine göre 40’lı yaşlarda kadın ve erkek arasındaki ücret farkı erkeklerin lehine %25,9 olup takip eden yaşlarda bu fark sürmektedir. Anne olan ve olmayan kadınlar arasında ücret farkı %11 iken; anne baba kıyasında bu fark annelerin aleyhine %19’a çıkmaktadır. Cinsiyete Dayalı Ücret Farkının Ölçümü Türkiye Uygulaması, Uluslararası Çalışma Örgütü, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_756659.pdf, (Erişim Tarihi: 31.01.2021), s.11; TÜİK, İstatistiklerle Kadın, 2019.

⁶⁹ CARBONE, s.376-377.

⁷⁰ LEOPOLD, Thomas: “Gender Differences in the Consequences of Divorce: A Study of Multiple Outcomes”, *Demography*, Springer; PAA, 55(3), 2018, s.772.

nedeniyle kaybettiği gelir kapasitesi eşine artış olarak dönmektedir⁷¹. Bu koşullarda kariyerini inşa eden koca, boşanma durumunda evlilik sürecinde yatırım yaptığı beşeri sermayesini bir saniyede alıp ayrılabilir. Oysa aynı kadın için geçerli değildir. Kadın evliliğine ertelenmiş bir getiri beklentisiyle önemli yatırımlar yapmakla kalmayıp aynı zamanda bu yatırımları yaparken beşeri sermaye varlıklarını tüketmektedir. Çünkü kadınların boşanma durumunda cinsel çekiciliğinin ve doğurganlığının en yüksek olduğu, ev hizmetlerinin en çok talep gördüğü yıllarını geri alması mümkün değildir⁷². Bunun yanı sıra çocuk sahibi olmak velayet sahibi ebeveyn açısından ciddi bir sorumluluk gerektirmektedir. Her ne kadar çocuklar için ayrı bir nafaka ödense de çocuğun sorumluluğunun gerekleri velisinin hayatını ciddi düzeyde şekillendirecektir. Ülkemizde velayetin çoğunlukla anneye verildiği ve bunun da “doğal” kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, istihdama katılımı zaten düşük düzeyde olan kadının çalışması bir kez de bu yolla zorlaşmış olacaktır. Şu halde kendini çocuk yetiştirmeye adanmış (adaması beklenen) kadının, kendini işgücünde başarıya adanmış olan (adaması beklenen) erkekten beşeri sermaye ve gelir kapasitesi yönüyle daha dezavantajlı olduğu ortadadır⁷³.

Bu açıklamalar ışığında yoksulluk nafakasının temel gerekçesi aşıkarmaktadır. Yoksulluk nafakasının hukuksal dayanağını; kadın veya erkek fark etmeksizin evlilikle kaybedilen beşeri sermayenin tazmini oluşturmaktadır. Yoksulluk nafakasının muhatabının eş olması ise bir tarafın evliliği nedeniyle kaybettiği gelir kapasitesinin diğer eşe artış olarak dönmektedir⁷⁴. Ülkemizde ev içi emek boşanma sonrası mal varlığı paylaşımının bir unsurudur. Fakat burada gerçekleşen, evlilik birliği devam ederken kadının sunmuş olduğu katkının karşılığının ödenmesidir. Oysa yoksulluk nafakasının özünde gelirin değil gelir kapasitesinin değerlendirilmesi vardır. Yoksulluk nafakası ile beşeri sermayesini evlilik için feda eden ve yoksulluğa düşen eşin kaybının telafisi amaçlanmaktadır. Bir başka deyişle yoksulluk nafakasının icabında süresiz olarak ödenmesini gerektiren; kadının evlilik birliği devam ederken sunmuş olduğu katkının kadının beşeri sermayesine olan süresiz etkisinin telafi gereğidir. Şu durumda nafaka, ihtiyacı gidermeye yönelik genel bir talepten ziyade yoksullukla sonuçlanan belirli bir tür kayıp için tazminat olarak düşünüldüğünde, sorumluluğun da neden eski eşe düşmesi gerektiği anlaşılır olmaktadır⁷⁵.

Bu kaybı tespit etmek için uygulanabilecek en uygun yöntem; tarafların bekar kalsaydı elde edeceği gelir kapasitesi ile boşanma üzerine gerçekleşen fiili gelir kapasitesi arasındaki farkı tespit etmektir⁷⁶. Fakat bu yöntem çeşitli zorlukları içinde barındırmaktadır. Öncelikle hanenin içinin, sorumlulukların paylaşılma düzeninin, karar alma dinamiklerinin nasıl işlediğini tam olarak bilmek mümkün değildir. Hangi noktada eşin veya toplumsal baskının hangi noktada kişinin hür iradesinin baskın geldiği bir ispat güçlüğü sorunu doğurmaktadır. Üstelik sözü edilen olguların gelir kapasitesini ne ölçüde etkilediğini tespit etmek de kolay değildir. Bu durumda yapılması gereken bir yandan ülke geneline ait majör verilerden faydalanmak diğer yandan da somut durumun koşulları uyarınca hakkaniyeti gözetmek olacaktır. Nitekim bütün adalet ilkeleri her dezavantajlı bireyin değil genel olarak en dezavantajlı grubun üstünde durmaktadır⁷⁷. Bu durumda Türk yasa koyucusunun yoksulluk nafakasının kriteri olarak “yoksulluk” olgusunu belirlemesini bu amaca hizmet eden kestirme bir yaklaşım olarak değerlendirmek mümkündür. Çünkü yoksulluk kriteri temelde ülke genelinin sosyo-ekonomik ortalamasını hesap etmeyi gerektirmektedir. Bu kriterin hakim takdir yetkisi ile tamamlanması, karı-koca arasındaki asimetric ilişkinin yoksulluk ekseninde değerlendirilmesini olanaklı kılmaktadır. Diğer yandan yoksulluk ölçütü ispat güçlüğüne kolaylaştırarak meşruyet tartışmalarını en aza indirmektedir.

V. MEVZUAT DEĞİŞİKLİĞİ ÖNERİLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Yoksulluk nafakasına ilişkin yasal değişiklik önerisi siyasi gündeme 2016 yılında TBMM tarafından hazırlanan “Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi

⁷¹ ZACCOUR, Suzanne: “All Families Are Equal, But Do Some Matter More than Others: How Gender, Poverty, and Domestic Violence Put Quebec's Family Law Reform to the Test”, *Canadian Journal of Family Law*, 32(2), 2019, s.471-172.

⁷² ELLMAN, s.42-44.

⁷³ SINGER, s.2433.

⁷⁴ ZACCOUR, s.471.

⁷⁵ ELLMAN, s.54.

⁷⁶ SINGER, s.2448-2449.

⁷⁷ WEATHERFORD, Roy C.: “Discussions Defining the Least Advantaged”, *Equality and Liberty*, Macmillan, London, 1991, s.37-38.

Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu” ile taşınmıştır⁷⁸. Bu süre zarfında yoksulluk nafakasına ilişkin herhangi bir yasa tasarısı kamuoyuna açıklanmamış fakat çokça tartışılmış, bazı siyasi partilerin kanun teklifinde yer vermeyi planladığı çözüm önerileri basın yayın organlarında zikredilmiştir. Komisyon raporu ile de örtüşen başlıca çözüm önerileri: yoksulluk nafakasının süre ile sınırlanması ve bir fon oluşturularak yoksulluk nafakasının bu fondan ödenmesidir. Şu halde önerilen çözüm önerilerinin işlevselliğinin masaya yatırılmasında fayda vardır.

A. Yoksulluk Nafakasının Süre ile Sınırlanması

Yoksulluk nafakasına süre ile sınırlı olarak hükmedilmesi gerektiğini savunanlar, nafaka süresinin evlilik süresine denk olmasını veya yoksulluk nafakası için alt ve üst süre sınırının belirlenmesini önermektedir. Yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde evlilik süresinin baz alınması gerektiği düşüncesinin temel önermesi şudur: Evlilik uzadıkça evliliğin taraflar üzerindeki kalıcı etkisi artar, evlilik kısdaldıkça evliliğin taraflar üzerindeki kalıcı etkisi azalır⁷⁹. Bu önerme, doğruluk payı içermekle beraber genelgeçer bir önerme değildir. Örneğin ebeveyn olmak evlilik kısa sürmüş dahi olsa velayeti alan tarafın kalan yaşamı üzerinde kalıcı etkiye neden olmaktadır. Özellikle devletin kadına bakışının “eş” ve “anne” odaklı olduğu geleneksel toplumlarda bu tipolojiye⁸⁰ sadakatin tutarlılık arz etmesi, politikaların bütünlüğü ve anlamlı sonuçlar üretmesi için şarttır. Kadından öncelikle “eş” ve “anne” olmasını beklerken boşanınca öncelikle “çalışan” olmasını beklemek; özellikle eğitimleri ve çalışma tecrübeleri olmayan ya da evlilik/çocuk nedeniyle sekteye uğrayan kadınlar için ağır sonuçlara yol açacaktır. Dolayısıyla yaş, eğitim, geçimini sağlama yeteneği, müşterek çocuğun varlığı, müşterek çocuğun özel gereksinimlerinin olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınmaksızın sadece evlilik süresine bakarak yoksulluk nafakasına süre biçilmesi hakkaniyete uygun bir düzenleme olmayacaktır.

Yoksulluk nafakası için alt ve üst süre sınırı getirilmesini öngören değişiklik önerilerini de aynı ekseninde ele almak mümkündür. Her ne kadar sıklıkla 5 ve 10 yıl gibi sayılar zikredilse de neden bu zaman aralıklarının seçildiğine ilişkin bir gerekçeye rastlanmamaktadır. Ülkemizde kadınların yeniden ne zaman evlendiğine, ne zaman istihdam edildiğine ya da boşanma ile düştüğü yoksulluktan ortalama olarak ne zaman kurtulabildiğine ilişkin resmi bir veri olmadığı halde bu tür rakamların telaffuzu sınırlamanın keyfiliğini gündeme getirmektedir. Benzer bakış açısıyla nafaka süresinin belirlenmesi için “evlilik süresi”, “çocuk sayısı” gibi kıstaslar öngörülmesi hâkimin takdir yetkisinin alanının daralması sonucunu doğuracaktır. Oysa takdir yetkisi bilhassa aile gibi derin katmanları olan bir olguda somut olayın kendine özgü özelliklerini görmeyi sağlamaktadır. Zira aile hukukunda her detayın öngörülüp ona özgü düzenlemeler yapılması mümkün değildir. Hakimin takdir yetkisini daraltan kazuistik bir yasa adil olmayan sonuçları kaçınılmaz kılacaktır⁸¹.

Türk hukukunda yoksulluk nafakasının süre yerine olguyla yani yeniden evlenmekle ya da geçimini sağlayacak bir iş bulmayla sınırlanmasının ardında yatan sebep geleneksel aile/toplum yapısıdır. Çünkü ülkemiz şartlarında boşanan bir kadının ne zaman yeniden evlenebileceği, piyasa koşulları gereği ne zaman iş bulabileceği ya da işiyle asgari ihtiyaçlarını karşılayacak bir gelir elde edip edemeyeceği öngörülebilir değildir. Bu koşullar altında yoksulluk nafakasını süre ile sınırlamanın alacaklısını (kadınları) istihdama teşvik edeceğini, ülke ekonomisine katkı sağlayacağını iddia etmek hukuki olmayan sorunlara hukuki çözüm önerileri sunmaktır. Bu yaklaşımın altında yatan saik Kantarcıoğlu ve Perktas’ın belirttiği üzere: “*lehine dayanağını Anayasa’dan alan pozitif ayrımcılık değil erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımadır*”⁸². Nitekim nafakanın kendi geçimini sağlama yetisinin sebebi mi sonucu mu olduğu sorusu, süresiz nafakadan süreli nafakaya geçen Almanya ve İsviçre’de sorulmuş ve sonucunda tespitimizle örtüşen yanıtlar alınmıştır. Nafakada yaşanan dönüşümü, öncesi ve sonrasına ilişkin veri mukayesesinden yola çıkarak ele alan bu araştırmalardan Almanya verilerine göre süreli nafakaya geçildikten sonra kadın istihdamında kayda değer bir artış gerçekleşmemiştir⁸³.

⁷⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 399, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss399.pdf>, (Erişim Tarihi: 22.08.2021).

⁷⁹ HAUSHEER, WOLF, s.49,24.

⁸⁰ SAÏNSBURY, Diane: Gender, Equality and Welfare States Cambridge, Cambridge University Press, 1996, s.73.

⁸¹ Kamu Denetçiliği Kurumu, Çocuk Tesliminde Hak İhlallerine ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Özel Rapor, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, (34), 2019, s.67.

⁸² AYM, Karşı Görüş Yazısı, 19.06.2008; E. 2006/156, K. 2008/125.

⁸³ BRÖCKEL, Miriam/ANDREß, Hans-Jürgen: “The Economic Consequences of Divorce in Germany: What Has Changed since the Turn of the Millennium?”, Comparative Population Studies, 40(3), 2015, s.309.

İsviçre’de ise hükmedilen nafaka sayısının azalmasının ana sebepleri olarak ortak yasal velayet ve yükseltilem emeklilik gelirleri gösterilmiştir. Kadınların ebeveynlik sorumluluğunu tek başına üstlenmek yerine eşile paylaşmasını sağlayan ortak velayet olgusu kadınların işgücüne katılımları üzerinde pozitif etki yapmıştır⁸⁴.

Sürelî nafaka taraftarlarının gerekçelerinden biri de ülkemizde kadınların eski kocalarının parasıyla yüksek bir yaşam standardı sağladığı ve bu nedenle de yoksulluk nafakası alabilmek için çalışma olanakları varken çalışmadığıdır⁸⁵. Halbuki Türk Medeni Kanunu’nda yer alan dürüstlük kaydı hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçmeye muktedir bir düzenlemedir. Kaldı ki bu iddialar kadınların gerçek yaşamlarına bir hayli uzaktır. Türk yargı kararları ışığında yoksulluk nafakası ile evlilikteki yaşam standardının devamı değil yaşam için gerekli olan asgari ihtiyaçların karşılanması hedeflenmektedir. Buna rağmen halihazırda hükmedilen yoksulluk nafakalarının ezici çoğunluğunun alacaklısını yoksulluktan kurtarmaya yetecek meblağlar değildir. Yoksulluk nafakasının miktarına ilişkin yapılan araştırmanın bulgularına göre hükmedilen yoksulluk nafakalarının ortalaması 370 lira, yarısından fazlasının ortalaması ise 262 liradır⁸⁶. Üstelik hükmedilen nafaka miktarı sabit olup enflasyon karşısında değer kaybının önüne geçilmesi ancak her sene yeniden dava açılması ile mümkündür⁸⁷. Şu halde sürelî nafakanın kabul edilmesi halinde evlilik birliği sürerken kocasıyla asimetrik güç ilişkisi içinde bulunan kadın, bu ilişkinin yine asimetrik olmayan sonuçlarını uzun zaman sırtında taşımaya devam edecektir. Yoksulluk nafakasının sonlanmasıyla koparıldığı sanılan karı-koca ilişkisi hüviyet ve görünüm değiştirerek “ekonomik şiddet”⁸⁸ olarak kadının ve varsa çocuğunun hayatında var olmaya devam edecektir.

B. Yoksulluk Nafakasına İlişin Fon Kurulması

Yoksulluk nafakasına ilişkin getirilen bir diğer öneri de sürelî hükmedilecek yoksulluk nafakasının süresinin sona erdiği ve nafaka alacaklısının yoksulluğunun devam ettiği hallerde alacaklıya devlet tarafından kurulan fondan ödeme yapılmasıdır. Başka bir deyişle yoksulluk nafakasının bir müddet sonra nafaka yükümlüsü eski eş yerine devlet tarafından ödenmesi önerilmektedir. Bu hususta ilk olarak, boşanmayla meydana gelen yoksulluğun kaynağının ve giderilmesinden kimin sorumlu olduğunun tespit edilmesi gerekir. Yoksulluğun kişinin kendisinden kaynaklanması halinde (evliliğin sonlanmasında ağır kusurlu olma, kumar, müsriflik vs.) sorumluluğun da kişinin kendisine ait olacağı aşikardır. Fakat aksi halde sorunun çözümü bu denli kolay değildir. Sorumluluğun tamamının sadece eski eşe ait olmadığı, devletin de bu yoksullukta payı ve sorumluluğunun olduğu iddia edilebilir. Kadına yönelik ayrımcılık, işsizlik oranının yüksekliği, eğitim olanakları için yeterli pay aktarılmaması, sosyal güvenlik imkanlarının sınırlılığı; hem eşitlik hem de sosyal devlet cihetiyle devletin sorumluluğunu doğuran hususlardır. Eşin çalışmaya karşı olması, iş ve iş yeri seçiminde seçici davranması, hane içi yükümlülüklerin eşit paylaşılması, hasta yaşlı ve çocuk bakımından sadece bir tarafın sorumlu olması, eşin gelir üzerinde kontrol yetkisine müdahale edilmesi, eşin ücretsiz aile işçisi olarak istihdamı gibi hususlar ise eşin sorumluluğunu gündeme getirecektir. Şu halde boşanma nedeniyle gerçekleşecek yoksulluğun sorumluluğunun hem (eski) eş hem de devlet tarafından üstlenilmesi, yoksulluk nafakasının (kadını) yoksulluktan kurtarmaya yetmediği durumlarda devletin müdahalesi adil ve etkin bir çözüm olarak belirlemektedir.

Kadın yoksulluğunun tam bu noktada Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesi ile 2. maddesinde güvence altına alınan sosyal devlet ilkesini keşitirdiğini söylemek mümkündür. Bir yandan “dezavantajlı” diğer yandan “zayıf” addedilen kadının “denkleştirici adalet” gereksinimi devletin sorumluluğunu doğurmaktadır. Nitekim Anayasa koyucu, “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerinden yararlanarak ... maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu’nu*” belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre insan onuru: “*insanın ne durumda, hangi*

⁸⁴ KESSLER, Dorian: “Economic Gender Equality and the Decline of Alimony in Switzerland”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 17(3), 2020, s.505-506.

⁸⁵ “Boşanan Erkek, Sgk Muamelesi Görüyor”, *Milliyet*, 05.01.2018; Boşanmalarda erkek mağduriyeti! ‘Süresiz nafaka’ isyanı, *Sözcü*, 04.04.2018; AYM Karşı Oy Yazısı 17.5.2012; E. 2011/136, K. 2012/72.

⁸⁶ AKÇABAY, F. Ceren: *Yoksulluk Nafakası Araştırması (Sosyo-Hukuki Bir İnceleme)*, Kadın Dayanışma Vakfı, Şen Matbaa, Ankara, 2019, s.51.

⁸⁷ Nafaka meblağlarının bu kadar düşük olmasının başlıca nedenleri olarak; mahkemelerde açlık ve yoksulluk sınırlarına dair yeknesak bir uygulamanın olmayışı, nafaka yükümlülerinin gelirlerini düşük göstermesi ve özellikle fiili durumu belirlemeye yönelik sosyal ve ekonomik durum incelemelerinin gerektiği gibi yapılmaması sayılmaktadır. AKÇABAY, s.50.

⁸⁸ Detaylı bilgi için bkz. POLAT, Oğuz: “Şiddet”, *MÜHF-HAD*, 22(1), 2016, s.33.

şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır”⁸⁹. Şu halde yoksulluktan kurtulmak da diğer hak ve hürriyetler gibi insan onurunu korumaya yönelik bir hak talebidir⁹⁰. Anayasa Mahkemesi’nin belirttiği üzere sosyal hukuk devleti: “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir”⁹¹. Bu bağlamda sosyal ve ekonomik açıdan tehlikeye maruz kalmış kişiler açısından sosyal devletin yükümlülüğü “sosyal adaletin” ve “sosyal güvenliğin” sağlanması ve korunmasıdır. Sosyal devlet bu amacı pek çok araçla gerçekleştirebilir. Kadın çalışanlar lehine zorunlu kota uygulamaları, evlilikle beraber bireysel emekliliğin zorunlu tutulması, devletin hane içi yükümlülüğü kadınla paylaşması ya da karşılabilir bir düzeyde tutması, kadına doğrudan gelir transferi (işsizlik veya çocuk için) gibi tedbirlerden de anlaşıldığı üzere sosyal devletin araçları çeşitlidir. Bununla beraber devletlerin mali kaynakları sınırlıdır. 1982 Anayasası’nın 65. maddesinde de yer aldığı üzere, devlet sosyal ve ekonomik görevlerini malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmektedir. Bu yeterlilik sınırı özellikle sosyal devletin güçlü olmadığı ülkelerde “sosyal adalet”in çoğunlukla kanunlar vasıtasıyla toplum içinde bölüştürülerek gerçekleşmesine yol açmaktadır⁹². Bu sosyal yükümlülüğün bölüşümü kendisini çeşitli şekillerde göstermektedir: İşverenlerin işçilerinin sosyal sigorta paylarını ödemeleri, işverenlerin belli ölçüde engelli işçi çalıştırma zorunluluğu, mal sahiplerinin servet vergisi ödemesi gibi örnekler sosyal sorumluluğun devlet tarafından paylaşılması örneklerindedir. Böylece vatandaşlar devletin çizdiği sosyal adalet çerçevesinde mali güçleri ve ihtiyaçları ölçüsünde birbirlerine bağlanmaktadır. Şu halde burada mevzu bahis olanın ahlaki değil hukuki bir yükümlülük olduğunu söylemek mümkündür⁹³. Keza Anayasa Mahkemesi de yoksulluk nafakasını düzenleyen Türk Medeni Kanunu’nun 175. hükmünün sosyal hukuk devletinin bir gereği olduğuna hükmetmiştir⁹⁴. Anayasa Mahkemesi’nin iradesi bu perspektiften okunduğunda, bir eşin boşanma ile içine düştüğü yoksulluğun diğer eş tarafından mali gücü oranında giderilmesi devlet eliyle yapılan bir paylaşımaya işaret etmektedir. Bu konuda sosyal devletin bir gereği olarak sosyal adalet, sınırları TMK m. 175 ile çizilen bir bölüştürme sonucunda tezahür etmektedir. Kanımızca Anayasa Mahkemesi’nin yoksulluk nafakasını sosyal devletle ilişkilendirmesinin altında yatan saik budur. Fakat görüldüğü üzere bu araç kadın yoksulluğunu ortadan kaldırmaya yetmemektedir. Dolayısıyla eğer bir fon kurulacaksa, nafakanın yerine değil nafakayla beraber, nafakanın tek başına yok etmeye kadir olmadığı kadın yoksulluğunu gidermek için kurulmalıdır. Yoksulluk nafakasının kesilerek sadece fon yardımı yapılması; bu tür sosyal yardımların sosyal devletin mali sınırı gereği kalıcı olmaması, ekonomik kriz dönemlerinde kesintiye uğrama ihtimalinin yüksek olması, politik etkiye açık olması, çoğu zaman koşullarının belirsiz, denetiminin güç olması gibi nedenlerden ötürü güvenceli bir çözüm önerisi değildir⁹⁵. Bununla beraber kadın yoksulluğunun yüksek seviyede olduğu ülkemizde sözü edilen yardım fonu, “hak” olan yoksulluk nafakasına takviye olarak ödendiğinde eşitliğe hizmet edecek bir sosyal politika olarak önemli bir işlevi yerine getirecektir. Fakat bunun için de öncelikle yoksulluk nafakasının tahsilindeki güçlüklerin giderilmesi gereklidir. Ülkemizde hükmedilen nafakaların %50,7’si yükümlülerince ödenmemektedir. Üstelik nafaka yükümlülerinin %40’ı nafaka ödememe gerekçesi olarak “istemediklerini” beyan etmiştir. Ödenmeyen nafakalar için icra yoluna başvurma oranı %44,3, tahsilat gerçekleştirebilme oranı ise %22,1’dir. Bu süreç hem meşakkatli ve masraflı hem de boşanma davası dosyalarının %82’sinin şiddet iddiaları içermesi nedeniyle tehlikelidir⁹⁶. Şu halde yoksulluk nafakasının borçlusu tarafından ödenmemesi halinde devletin alacaklıya ödeme yapması ve akabinde borçluya rücu etmesi sözü edilen sakıncaları bertaraf eden bir uygulama

⁸⁹ AYM, 28.6.1966; E. 1963/132, K. 1966/29.

⁹⁰ DOZ COSTA, s.95.

⁹¹ AYM, 22.11.2007; E.2004/114, K.2007/85.

⁹² GÖREN, Zafer: “Sosyal Devlet”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s.16.

⁹³ GÖREN, s.27

⁹⁴ AYM, 17.5.2012; E. 2011/136, K. 2012/72.

⁹⁵ ÇELİK, Aziz: “Muhafazakar Sosyal Politika Yönelimi: Hak Yerine Yardım-Yükümlülük Yerine Hayırseverlik”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (42), 2010, s.75.

⁹⁶ AKÇABAY, s.50-51,53.

olacaktır. Olası bir kanun değişikliğinde, bu amaca hizmet eden bir fon düzenlemesi uzun zamandır süregelen tahsilat sorunlarını önemli ölçüde giderecektir⁹⁷.

VI. SONUÇ

Boşanma ile yoksulluğa düşenlerin ezici çoğunluğunun kadın olması kadın yoksulluğunun bir insan hakkı ihlali olarak tezahürünü beraberinde getirmektedir. Kadın yoksulluğunun kökenini keşfe dair giriştiğimiz bu arayışta resmi istatistik verileri ve saha araştırması bulguları bize toplumsal cinsiyetten beslenerek büyüyen kadın yoksulluğunun bir ayağının ailede bir ayağının toplumda olduğunu söylüyor. Toplumsal cinsiyet eşitsizliği hane içi eşitsizlik ve eksik istihdam vasıtasıyla ülkemiz kadınları için yoksulluğu peyderpey inşa etmektedir. Özellikle hane içi eşitsizlik, kadın istihdamı ile kadın yoksulluğunun kesiştiği, yoksulluk nafakası ile insan hakları arasında bağlantının kurulduğu noktadır.

Çalışma boyunca yer verilen Türkiye istatistik verilerinden anlaşıldığı üzere, ortalama bir Türk ailesinde karar alma süreci ve iş bölümü önemli ölçüde geleneksel cinsiyet rolleri çerçevesinde deneyimlenmektedir. Kadınların “çalışan” yerine öncelikle “eş” ve “anne” olarak telakki edilmeleri, ev içi yükümlülüklerin ağırlıklı olarak onların sorumluluğunda olması; kadının mesleğini, gelirini, kıdemini, terfisini, emekliliğini yani beşeri sermayesini kısaca evlilik sonrası da dahil olmak üzere geleceğini ekonomik açıdan kalıcı olarak etkilemektedir. Oysa saha araştırmaları evliliğin erkeğin işgücüne katılımı ve kazancı üzerinde pozitif etki yarattığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle yoksulluk nafakasında sürenin tayinini kısa vadeli “gelir” değil uzun vadeli “gelir kapasitesi” oluşturmaktadır. Zira gelir kapasitesi, kişinin kendi çabasının yanı sıra evlilikle kurulan ortak yaşam düzeninin de bir çıktısıdır. O halde yoksulluk nafakasının icabında süresiz olarak ödenmesini gerektiren; kadının evlilik birliği devam ederken sunmuş olduğu katkının kadının beşeri sermayesine ve yoksulluğuna olan süresiz etkisinin telafi gereğidir. Yoksulluk nafakasının neden eski eş tarafından ödenmesi gerektiğinin yanıtı da; kadının evlilik nedeniyle kaybettiği beşeri sermayesinin eşine artış olarak dönmesidir.

Bunun yanı sıra ülkemizde yoksulluk nafakası miktarları kadını yoksulluktan kurtarmaya çok uzak olduğu gibi, bu yoksulluğa dair sorumluluğun tamamı da sadece eski eşe ait değildir. Kadın yoksulluğunda devletin de payı ve sorumluluğu göz önünde bulundurulduğunda yoksulluk nafakasının (kadını) yoksulluktan kurtarmaya yetmediği durumlarda devletin “ilave” müdahalesi adil ve etkin bir çözüm yolu olacaktır. Bu hususta devletin muhatabı “eş”, “anne” ya da “çalışan” olarak değil insan haklarının öznesi olarak kadındır. Yoksulluk nafakası ve yoksulluktan kurtarılmaya, hem Anayasa’nın 2. maddesi gereği sosyal devletin sorumluluğunu hem de Anayasa’nın 10. maddesi gereği kadın erkek eşitliğinin yaşama geçmesini sağlama yükümlülüğünü gerektiren bir insan hakkı talebi olarak okunmalıdır.

İstihdamın düşük, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin yüksek ve sosyal devletin güçsüz olduğu ülkemiz koşullarında nafakanın süre ile sınırlanması karı-koca arasındaki bağı koparmayacak bilakis bu bağı kadına yönelik ekonomik şiddet hüviyetine büründürecektir. Sıklıkla dile getirilen kadın istihdamını artırmaya yönelik politikalar ise ancak hane içi eşitsizlikler giderildiğinde sonuç verecek uzun vadeli planlardır. Şu halde süre ile sınırlı olmaksızın hükmedilen yoksulluk nafakası bir süre daha küçük ama hayati işlevini ifa etmeye devam etmelidir. Aksi halde bu şartlar altında yoksulluk nafakasının süre ile sınırlanması kadınları yoksulluk ve özgürlük arasında bir cendereye sokacaktır. Yani eskilerin deyimiyle kırk katır mı kırk satır mı? Bir Amerikan deyişiyle ise “just a husband away from poverty!”

⁹⁷ DEMİRBAŞ, Ali: “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), Güz 2018, s.232.

KAYNAKÇA



- AB Katılım Sürecindeki Türkiye'nin Kadın İstihdamı Karnesi, İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu, İstanbul, 2019.
- ACAR, Feride: "Türkiye'de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum", Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama, Ed. Burcu Yeşiladalı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 305, 2010, s.13-22.
- AKÇABAY, F. Ceren: Yoksulluk Nafakası Araştırması (Sosyo-Hukuki Bir İnceleme), Kadın Dayanışma Vakfı, Şen Matbaa, Ankara, 2019.
- BARAN, Aylin Görgün/BAKACAK, Ayça Gelgeç/ELDEM, Canet Tuba/BARUTU, HİKMET, Fatma: İş Hayatında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin İÇASİFED Üyesi İşverenlerin Eğilim ve Beklentileri Açısından Değerlendirilmesi, The World Bank, 2016, <http://kasaum.ankara.edu.tr/files/2013/02/İŞ-HAYATINDA-TOPLUMSAL-CİNSİYET-EŞİTLİĞİNİN-İÇASİFED-ÜYESİ-İŞVERENLERİN-EĞİLİM-VE-BEKLENTİLERİ-AÇISINDAN-DEĞERLENDİRİLMESİ.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.01.2020).
- BARDASI, Elena/WODON, Quentin: "Measuring Time Poverty and Analyzing Its Determinants: Concepts and Application to Guinea," Gender, Time Use, and Poverty in Sub-Saharan Africa, Ed. C. Mark Blackden, Quentin Wodon, The World Bank, 2006, s.75-95.
- BERKTAY, Fatmagül: "Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferansı Yazıları", https://stk.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/01/berktay_std_7.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2021), s.1-30.
- BEŞPINAR, Fatma Umut: "Türkiye'de Evlilik", Türkiye Aile Yapısı Araştırması, Tespitler Öneriler, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 2014, s.112-169.
- BM Toplumsal Cinsiyet Göstergeleri 2018, <http://www.skdturkiye.org/esit-adimlar/yakin-plan/tuikten-yeni-toplumsal-cinsiyet-gostergeleri>, (Erişim Tarihi: 07.02.2021).
- BORA, Aksu: "“Olmayanın Nesini İdare Edeceksin?” “Yoksulluk, Kadınlar ve Hane” Yoksulluk Halleri: Türkiye'de Kent Yoksulluğunun Toplumsal Görünümleri, (ed.) Necmi Erdoğan, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s.100-141.
- BRÖCKEL, Miriam/ANDREß, Hans-Jürgen: "The Economic Consequences of Divorce in Germany: What Has Changed since the Turn of the Millennium?", Comparative Population Studies, 40(3), 2015, s.277-312.
- CARBONE, June: "Income Sharing: Redefining the Family in terms of Community", Houston Law Review, 31(2), 1994, s.372-373.
- CHANT, Sylvia: "Re-thinking the "Feminization of Poverty" in Relation to Aggregate Gender Indices", Journal of Human Development, 7(2), 2006, s.201-220.
- Cinsiyete Dayalı Ücret Farkının Ölçümü Türkiye Uygulaması, Uluslararası Çalışma Örgütü, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_756659.pdf, (Erişim Tarihi: 31.01.2021).
- ÇELİK, Aziz: "Muhafazakar Sosyal Politika Yönelimi: Hak yerine Yardım-Yükümlülük Yerine Hayırseverlik", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (42), 2010, s.63-81.
- DEDEOĞLU, Saniye: "Toplumsal Cinsiyet Rollerini Açısından Türkiye'de Aile ve Kadın Emeği", Toplum ve Bilim, 86(3), 2000, s.139-170.
- DEMİRBAŞ, Ali: "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5(2), Güz 2018, s.219-235.
- Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum; Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler ile Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları (1/948), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss834m.htm>, (Erişim Tarihi: 04.04.2021).
- DEVİRİM, Melishan: Ev İçi Emeğin Değeri Nedir? <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/11/25/ev-ici-emegin-degeri-nedir>, (Erişim Tarihi: 02.01.2021).
- DOZ COSTA, Fernanda: "Poverty and Human Rights: From Rhetoric to Legal Obligations: A Critical Account of Conceptual Frameworks", International Journal of Human Rights (81), 2008, s.80-107.
- DUCLOS, Jean-Yves: UNDP's Multidimensional Poverty Index, Development Indicators Working Paper, 2011.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- ECEVİT, Yıldız: "Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç", Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi, Ed. Yıldız Ecevit, Nadide Karkiner, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2011, s.2-30.
- ECEVİT, Yıldız: Toplumsal Cinsiyetle Yoksulluk İlişkisi Nasıl Kurulabilir? Bu İlişki Nasıl Çatışabilir? Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 25(4), 2003, s.83-88.

- ECEVİT, Yıldız: “Aile, Kadın ve Devlet İlişkilerinin Değerlendirilmesinde Klasik ve Yeni Yaklaşımlar”, *Kadın Araştırmaları Dergisi*, (1), 1993, s.9-34.
- EKER, Hülya: “Toplumsal Cinsiyet Bağlamında İş Dışı Zaman Kullanımı: Kamuda Çalışanlar Üzerine Sosyolojik Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 8(15), 2018, s.1218-1240.
- ELLMAN, Ira Mark: “The Theory of Alimony”, *California Law Review* 77(1), 1989, s.1-82.
- Emek Araştırma Raporu: Türkiye’de Kadın Emeği, DİSK/GENEL-İŞ, Mart 2020, <http://cloudsdomain.com/uploads/dosya/21031.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.01.2020).
- ERGÜNEŞ, Nuray: “Kadın İstihdamı Evet Ama Nasıl? Türk Tabipler Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi”, 15(56), 2015, s.30-36.
- FERRANT, Gaëlle/PESANDO, Luca Maria/NOWACKA, Keiko: “Unpaid Care Work: The Missing Link in the Analysis of Gender Gaps in Labour Outcomes”, OECD Development Centre, https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid_care_work.pdf, (Erişim Tarihi 31.01.2021), s.1-12.
- GÖREN, Zafer: “Sosyal Devlet”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s.1-48.
- HAUSHEER Heinz/WOLF Stephan: “Grounds For Divorce and Maintenance Between Former Spouses Switzerland”, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Switzerland-Divorce.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.02.2021), s.1-51.
- HOCHSCHILD, Arlie Russell/MACHUNG, Anne: *The Second Shift: Working Parents and the Revolution at Home*, New York, Viking, 1989.
- İMAMOĞLU, Olcay: “Değişen Dünyada Değişen Aile-İçi Roller”, *Kadın Araştırmaları Dergisi*, (1), 1993, s.58-68.
- Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023) Kadının Kalkınmadaki Rolü, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2018.
- Kamu Denetçiliği Kurumu, Çocuk Tesliminde Hak İhlallerine ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Özel Rapor, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, (34), 2019.
- KESSLER, Dorian: “Economic Gender Equality and the Decline of Alimony in Switzerland”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 17(3), 2020, s.493-518.
- KOÇ, İsmet/SARAÇ Melike: Türkiye’de İlk Evlilik Yaşının ve Evliliğe İlişkin Pratiklerin Değişimi ve Boşanma ile İlişkisi (2006-2016), Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Türkiye Aile Yapısı İleri İstatistik Analizi, Ankara, 2018, s.88-133.
- LEOPOLD, Thomas: “Gender Differences in the Consequences of Divorce: A Study of Multiple Outcomes”, *Demography*, Springer; PAA, 55(3), 2018, s.769–797.
- MCMULLEN, Judith G.: "Alimony: What Social Science and Popular Culture Tells Us about Women, Guilt, and Spousal Support after Divorce," *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 19(1), 2011, s.41-82.
- MORRISON, Andrew/RAJU, Dhushyanth/SİNHA Nistha: *Gender Equality, Poverty and Economic Growth*, The World Bank Policy Research Working Paper (4349), 2007.
- Oxford Learner’s Dictionaries, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/human-capital>, (Erişim Tarihi: 03.01.2021).
- PARLAKTUNA, İnci: “Türkiye’de Cinsiyete Dayalı Mesleki Ayrımcılığın Analizi”, *Ege Akademik Bakış*, 10(4), 2010, s.1217-1230.
- PEARCE, Diana: “The Feminization of Poverty: Women, Work and Welfare”, *Urban and Social Change Review*, (11), 1978.
- POLAT, Oğuz: “Şiddet”, *MÜHF-HAD*, 22(1), 2016, s.15-34.
- SAHLINS, Marshall David: *Stone Age Economics*, Aldine de Gruyter, Newyork, 1972.
- SAINSBURY, Diane: *Gender, Equality and Welfare States* Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- SALIDO, Olga/MORENO, Lois: “İspanya’da Kadın İstihdamı ve İspanyol Refah Rejiminin Gelişimi”, *Akdeniz’de Kadın İstihdamının Seyri*, (der.) Ayşe Buğra ve Yalçın Özkan, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s.29-55.
- SANCAR, Serpil: *Erkeklik: İmkansız İktidar, Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler*, İstanbul, Metis Yayınları, 2009.
- SEN, Amartya: *Inequality Reexamined*, Russell Sage Foundation, New York, 1992.
- SERİM, Azra Arkan: “Yoksulluk Nafakası”, *İÜHFM*, 65(1), 2007, s.287-302.
- SINGER, Jana B.: “Alimony and Efficiency: The Gendered Costs and Benefits of the Economic Justification for Alimony”, *Georgetown Law Journal*, 82(7), 1994, s.2423-2460.
- ŞENER, Ülker: “Kadın Yoksulluğu”, *Mülkiye Dergisi*, 36(4), 2012, s.51-67.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.
- The World Bank Turkey Country Gender Assessment 2017, January 2018, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32445/Turkey-Gender-Assessment-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 399, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss399.pdf>, (Erişim Tarihi: 22.08.2021).
- Türkiye’de Evlilik Tercihleri, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, <https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/athgm/uploads/pages/arastirmalar/turkiyede-evlilik-tercihleri-aras-tirmasi-2015.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.04.2021).
- UYSAL, Gökçe/DURMAZ ASLAN, Mine: Türkiye’de Kadınların İşgücü Piyasasına Katılma Kararını Belirleyen Etmenler, Türkiye Aile Yapısı İleri İstatistik Analizi, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2018.
- UZUN, Mine: “Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası”, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt: II Aile Hukuku, İstanbul, Nurgök Matbaa, 1965.
- WEATHERFORD, Roy C.: “Discussions Defining The Least Advantaged”, Equality and Liberty, London, Macmillan, 1991, s.37-45.
- WEITZMAN, Lenore J.: “To Love, Honor, and Obey? Traditional Legal Marriage and Alternative Family Forms”, The Family Coordinator, 24(4), 1975, s.531-548.
- World Bank, State Plannig Organization, Female Labor Force Participation in Turkey: Trends, Determinants and Policy Framework, The World Bank Report No 48508-TR, 2009.
- World Economic Forum, Global Gender Gap Report 2020, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf, (Erişim Tarihi: 28.01.2020).
- ZACCOUR, Suzanne: “All Families Are Equal, But Do Some Matter More than Others: How Gender, Poverty, and Domestic Violence Put Quebec's Family Law Reform to the Test”, Canadian Journal of Family Law, 32(2), 2019, s.425-481.
- TÜİK, İşgücü İstatistikleri, Ağustos, 2020, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- TÜİK, İşgücüne Dahil Olmayanların Yıllara Göre İşgücüne Dahil Olmama Nedenleri, 2020, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- TÜİK Konut Satış İstatistikleri, Aralık 2020, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- TÜİK, İstatistiklerle Kadın, 2019, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- TÜİK, Dünya Nüfus Günü, 2020, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- TÜİK, Gelir ve Yaşam Koşulları Araştırması, 2018, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- TÜİK, Kazanç Yapısı Araştırması, 2018, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- TÜİK, İstatistiklerle Kadın, 2018, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- TÜİK, İş ve Aile Yaşamının Uyumu, II. Çeyrek, 2018, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- TÜİK, Zaman Kullanım Araştırması, 2014-2015, www.tuik.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.04.2021).
- Boşanan Erkek, Sgk Muamelesi Görüyor”, Milliyet, 05.01.2018.
- Boşanmalarda Erkek mağduriyeti! ‘Süresiz Nafaka’ İsyanı, Sözcü, 04.04.2018.

ÖZGÜRSÜZLÜK, KANUN VE BİREYSEL BAŞVURU: TÜRK BİREYSEL BAŞVURU SİSTEMİNE BİR ELEŞTİRİ

UNFREEDOM, STATUTE AND INDIVIDUAL APPLICATION:
A CRITIQUE OF THE TURKISH INDIVIDUAL APPLICATION SYSTEM

Yahya Berkol GÜLGEÇ*  

Makale Bilgi

Gönderi: 18/12/2020
Kabul : 14/10/2021

Anahtar Kelimeler

*Bireysel Başvuru,
Kanun,
Özgürlük,
Negatif Özgürlük,
Temel Hak ve
Hürriyetler.*

Article Info

Received: 18/12/2020
Accepted: 14/10/2021

Keywords

*Individual Application,
Statute,
Unfreedom,
Negative Freedom,
Fundamental Rights and
Freedoms.*

Özet

Türk bireysel başvuru sistemi ilk andan itibaren pek çok eleştiriye konu olmuştur. Makale Türk bireysel başvuru sistemini yalnızca kanunlardan kaynaklı temel hak ve özgürlük ihlalleri açısından eleştirmektedir. Buna göre, doğrudan kanundan kaynaklı ihlaller dolayısıyla bireysel başvuru yapılamaması ve temel hak ihlaline yol açan kanunun bireysel başvuru neticesinde iptal edilememesi sistem açısından önemli bir eksikliklerdir. Bunun nedeni temel hak ve özgürlük ihlaline yol açan kanun geçersiz kılınmadıkça ihlalin devam etmesi ve hakların etkili korumadan mahrum kalmasıdır. Türk bireysel başvuru sistemi kapsamındaysa hak ihlalinin yalnızca birel bir normun muhataba uygulanmasıyla gerçekleşeceği düşünülmekte gibidir. Bu yanılmanın neticesinde telafisi güç bir tuhaflik ortaya çıkmaktadır. Buna göre, bireysel başvuruda bir hukuk sisteminin kendilerinden beklediğini yapıp geçerli bir kanuna uygun davranan kimselerin hakların ihlal edildiği, kanunu ihlal eden kişilerinse Anayasa Mahkemesinin ihlal kararıyla ödüllendirildiği durumlara rastlamak mümkündür. Makalede pozitif hukuk çerçevesinde bu eksiklikleri gidermenin yolları irdelenmekte, bu yolların etkili birer çözüm olmaktan uzak olduğu vurgulanarak sorunun anayasa değişikliği ile çözülmesi önerilmektedir.

Abstract

The Turkish individual application system has been subjected to many criticisms from the first time on. The article criticizes the Turkish individual application system only with respect to violations stemming from statutes. Accordingly, the lack of individual application based on violations directly stemming from statutes and the fact that the violating statute cannot be annulled as a result of the individual application process are important deficiencies of the system. This is because unless the statute violating the fundamental rights and freedoms is annulled, the violation will persist and it will be impossible to protect rights effectively. The Turkish individual application system seems to suggest that the violation of the right occurs only when an individual norm addressing the person is applied. This leads to a peculiarity that is difficult to eliminate. Accordingly, one might come across cases where the rights of individuals acting as expected by the legal system by complying with a valid statute are violated whereas those violating the valid statute are rewarded by the violation verdict of the Constitutional Court. The article examines the ways to circumvent these deficiencies within the bounds of positive law, stresses that these ways are far from being efficient, and suggests the solution of the problem via constitutional revision.

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.842645> 

I. GİRİŞ

5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 12 Eylül 2010 tarihinden bu yana Türk hukukunda bireysel başvuru sistemi, genel olarak olumlu bir gelişme olarak görülmekle birlikte, birçok eleştiriye konu olmuştur. Bireysel başvuru sistemine yönelik eleştiriler geniş bir yelpazeye yayılmıştır. Başlıca eleştiri konularını şu şekilde sıralıyoruz: 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (6216 sayılı Kanun) Anayasanın 148/3 maddesinde geçen “*kamu gücü*” kriterini anayasaya aykırı biçimde belli işlemlerle sınırlandırması¹, yine 6216 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 148/3 maddesinin “*herkes*” ifadesini kamu tüzel kişilerini dışlayacak şekilde daraltması², korumanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokolleri ile 1982 Anayasasında birlikte bulunan hak ve özgürlüklerle sınırlandırılması³, Anayasanın “olağan kanun yollarının” tüketilmesinden bahsetmesine rağmen 6216 sayılı Kanun'un “idari ve yargısal başvuru yolları” gibi daha geniş bir kapsamdan bahsetmesi⁴, Anayasa Mahkemesine ihlale yol açtığını tespit ettiği normu geçersiz kılma yetkisinin tanınmaması⁵.

Bu eleştirilerin neredeyse tamamına hak vermek gerekir. Bu eleştirilere rağmen Türk bireysel başvuru sisteminde gerekli değişiklikler yapılmamıştır. Bu çalışmada yalnızca kanunlara ilişkin düzenlemelerin bireysel başvuru ve genel olarak temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından yol açtığı sorunlara değinmek istiyoruz. Bunun bir sebebi de makalenin bu konuda doktrine daha orijinal bir katkı sunacağını düşünmemizdir.

Bizim incelememizin yukarıda zikrettiğimiz başlıklardan ikisiyle ilişkili olduğunu söyleyebiliriz. İlk olarak Anayasa metninde geçen “*kamu gücünden kaynaklanan ihlal*” kriterinin 6216 sayılı Kanun tarafından anayasaya aykırı biçimde daraltılmasıyla bir ilişki kurulabilir. Doğrudan kanunlardan kaynaklanan ihlallerin bireysel başvuruya konu edilememesinin ardında pek çok sebep olabilir. Biz bu sebeplerin geçersiz olduğunu ve kanunların (esasında genel nitelikli bütün normların) bireysel başvuru kapsamı dışında bırakılmasının temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından önemli bir kusur teşkil ettiği kanısındayız. Eleştirilerimiz ikinci olarak Anayasa Mahkemesine temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir normu iptal etme yetkisinin verilmemesiyle ilişkilidir. Çalışmamızda bu kusurların sakıncalarına dikkat çekip olası çözüm yollarına değineceğiz. Bunu yaparken temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin ne zaman gerçekleştiğine ve Türk hukuk sisteminin konuya yaklaşımındaki bir “*tuhafliğe*” dikkat çekeceğiz.

Devam etmeden önce terminolojik bir hususun da altını çizelim. Söz konusu bireysel başvuru olunca hak, özgürlük, hürriyet, temel hak ve hürriyetler gibi terimlerin kullanımı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Biz bu çalışmada özgürlük ve hürriyet kavramlarını eş anlamlı olarak kullanıyoruz. “*Temel hak ve özgürlükler*” ifadesini teknik olarak Anayasa tarafından güvence altına alınmış hak veya hürriyetleri ifade etmek için kullanmamıza rağmen⁶, metin içinde herhangi

¹ Örn. bkz. ŞİRİN, Tolga: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, On İki Levha, İstanbul 2015, s.85-87; ŞİRİN, Tolga: Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On İki Levha, İstanbul 2013, s.279-284; AYDIN, Öykü Didem: “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(4), 2011, s.145-146; SAĞLAM, Fazıl: “Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar”, in Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikâyeti/Anlamı ve Olası Sorunlar, TBB Yayını, Ankara 2011, s.28; ŞAHBAZ, İbrahim: “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, in Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikâyeti/Anlamı ve Olası Sorunlar, TBB Yayını, Ankara 2011, s.81; GÖZTEPE, Ece: “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 95, 2011, s.27; ERDİNÇ, Tahsin: “Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 6(20), 2015, s.109-110; ATASOY, Hakan: “Bireysel Başvuruda Güncel Sorunlar”, in Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), ed. Sevtap Yokuş, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2015, s.242-243; İNCEOĞLU, Sibel: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha, İstanbul 2017, s.191; KARAMAN, Ebru: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha, İstanbul 2013, s.198.

² Örn. bkz. ŞİRİN, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, s.18-28; ŞİRİN, Tolga: Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, s.246-247; GÖZTEPE, s.28-29; ŞİMŞEK, Tacettin: “İdari Yargı Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, in Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikâyeti/Anlamı ve Olası Sorunlar, TBB Yayını, Ankara 2011, s.131; AYDIN, s.153; ATASOY, s.239-241; HAMDİMİR, Berkan: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2018, s.186, 187; KARAMAN, s.127-128. Aksi görüş için. ERDİNÇ, s.96.

³ GÖZTEPE, s.34-37.

⁴ GÖZTEPE, s.25.

⁵ GÖZTEPE, s.31-33; GÖZTEPE, Ece: “Ece Göztepe’nin Konuşması”, in Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikâyeti/Anlamı ve Olası Sorunlar, TBB Yayını, Ankara 2011, s.36-37; AYDIN, s.140-141.

⁶ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2018, s.276-277.

bir nitelendirmeye konu olmayan “hak”, “özgürlük” ve “hürriyet” ifadelerini bireysel başvuruya konu olabilen temel hak ve özgürlüklerin ifade etmek için kullandığımızı belirtmek isteriz. Son olarak, hak ve özgürlük kavramları arasında da özel bir ayırım gözetmeyeceğiz. Daha doğrusu, hakkın olduğu her durumda bir tür özgürlüğün var olduğunu varsayacağız⁷. Bununla yanında, İngilizce *unfreedom*, yani özgür olmama durumunu “özgürsüzlük” ile karşılayacağız. “Özgürsüzlük” sözcüğü Türkçe sözlüklerde geçmemektedir. Bununla birlikte, “eşit” sıfatından türetilmiş “eşitsizlik” isminin varlığı düşünüldüğünde aynı eklerin kullanılmasıyla “özgürsüzlük” isminin de türetebileceği kanaatindeyiz⁸.

Son olarak, temel sorunu ifade edelim. Türk bireysel başvuru sisteminde temel hak ve özgürlük ihlali doğrudan bir kanundan kaynaklansa dahi, söz konusu kanunun uygulanmasına ilişkin birel idari işlem veya mahkeme kararı bulunmadığı sürece bireysel başvuru yolu kapalı kalıyor. Kanun ile kişi arasında birel idari işlem veya yargı kararı girdikten ve dolayısıyla bireysel başvurunun önü açıldıktan sonra dahi, bireysel başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi bölümünün ihlale yol açan kanunu iptal etme yetkisi bulunmuyor. Çalışma sırasında bu düzenlemenin yaratabileceği sorunlar ve bu sorunları aşma yolları incelenecektir.

II. İHLAL EDEN KANUNLARIN İPTAL EDİLEMELERİNİN SAKINCALARI

Öncelikle ilgili pozitif düzenlemeleri analım. Anayasanın 148/3 maddesine göre “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin *kamu gücü tarafından*, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”. Anayasa hükmündeki “kamu gücü” ifadesi hem kamusal merciler tarafından ihdas edilen herhangi bir işlemi hem de bu mercilerin eylemlerini kapsayacak ölçüde geniştir. Bu geniş ifade 6216 sayılı Kanun’un 45/1 maddesinde “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir” şeklinde tekrar edilmesine rağmen, aynı maddenin 3. fıkrası “*Yasama işlemleri* ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi, Anayasa mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz” demek suretiyle aleyhine bireysel başvuruda bulunulacak olan işlemler kümesini daraltmıştır.

6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesinin Anayasanın 148/3 maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir⁹. Kanımızca bu iddia doğrudur. Nitekim ilgili kanun maddesi anayasal bir hükme istisna getirmekte, hükmün kapsamını daraltmaktadır. Üst norm bu yönde açık bir hüküm getirmediği bir normun istisnası ancak söz konusu normla aynı hiyerarşik seviyede veya bu normdan daha üst seviyede bulunan bir norm tarafından getirilebilir¹⁰. Biz burada anayasaya aykırılık dışında bazı sorunlara dikkat çekmek istiyoruz.

Tespit ettiğimiz sorunlar “sistemin yönlendirme fonksiyonu açısından sorunlar” ve “temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından sorunlar” olmak üzere iki ana başlık altında toplanabilir. Bu sorunlardan bir veya birkaçının yalnızca kanunlar değil, idarenin düzenleyici işlemleri açısından da geçerli olmasını bekleyebiliriz. Biz bu normlar açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmayacak ve gerekli olursa sorunun idarenin düzenleyici işlemleri açısından da geçerli olacağını belirteceğiz. Tekrar hatırlatalım ki tespit edeceğimiz sorunlar hem kanunlara karşı doğrudan

⁷ Bu yaklaşımın pozitif statü hakları için ne derece yerinde olduğu tartışılabilir. Neticede hakkın tanındığı kişilerin özgürlüğünden genellikle negatif statü hakları söz konusu olduğunda bahsedilir. Bununla birlikte, pozitif statü haklarının hak sahibi kişilere “talep hakkı” tanıdığı kabul edildiğinde, pozitif statü hakları açısından bile bir tür özgürlükten, talep etme özgürlüğünden bahsetmek mümkün olabilir. Bu tartışmalı bir konudur. Ancak, bireysel başvuru kapsamında karşımıza çıkan hakların büyük çoğunluğu negatif statü hakkıdır. Dolayısıyla, hak-özgürlük özdeşleştirmesinin yerinde olmaması durumunda da bu makalede dikkat çekeceğimiz sorunun öneminden pek bir şey yitireceğini söyleyemeyiz.

⁸ Bkz. SİLİER, Yıldız: “İki Özgürlük Anlayışı”, Felsefe Tartışmaları, 31, 2003, s.52, dn. 2. Sözcüğün kullanıldığı bir başka çalışma için bkz. GÜLMEZ, Mesut: “‘Örgütlenme Özgürsüzlüğü’ Cephesinde Yeni Bir Şey Yok! Olacağı da Yok”, Çalışma ve Toplum, 2, 2013, s.15 vd.

⁹ AYDIN, s.145-146; SAĞLAM, s.28; ŞAHBAZ, s.81; GÖZTEPE, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, s.27; ERDİNÇ, s.109-110.

¹⁰ GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri”, in Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, ed. Ozan Ergül, Kamu Hukukçuları Platformu-Türkiye Barolar Birliği Ortak Yayını, Ankara 2013, s.44-45.

bireysel başvuruda bulunulmasının engellenmesine hem de Anayasa Mahkemesinin ihlale yol açtığını tespit ettiği kanunu iptal etme yetkisinin bulunmamasına ilişkindir¹¹.

A. Sistemin Yönlendirme Fonksiyonu Açısından

Bu kısımda öncelikle normatif sistemlerin eylemleri yönlendirme fonksiyonundan ve çatışan normların bu fonksiyon açısından sakıncalarından bahsedeceğiz. İkinci kısımda temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunların bu genel çerçeve içindeki konumuna değinerek, bu kanunları geçersiz kılmamanın mümkün olmamasının yol açabileceği sorunu ortaya koymuş olacağız.

1. Genel Çerçeve

Bir hukuk sisteminde içerik olarak birbiriyle çelişen normların bulunması ideal bir durum olarak görülmez. Nitekim bir norm muhataplarını “φ” ile yükümlü kılarken bir başka normun aynı muhatabı “~φ” ile yükümlü kılması durumunda muhatabın aynı anda her iki norma birden uyması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda normlar arasında mantıksal çelişki olduğu ve normlardan birinin geçersiz olması gerektiği düşünülebilir. Oysa normlar arasındaki çatışmalar mantıksal çelişki arz etmez¹². Olsa olsa söz konusu normları dile getiren normatif önermeler (*normative propositions*) arasındaki çatışma mantıksal olabilir¹³. Çatışan normatif önermelerden biri doğru ise diğeri yanlış olmak zorundadır. Normlar ise doğru veya yanlış değeri almazlar, geçerli veya geçersiz olurlar¹⁴. “Geçersiz norm” tamlaması kavramsal bir çelişki ifade eder; bir başka deyişle, geçersiz bir norm var olamaz. Öte yandan, bir önerme yanlış olsa dahi bir önerme olmaya devam eder¹⁵. Dolayısıyla, çatışan normlar sorununu mantıksal çelişkiden farklı bir şekilde açıklamak gerekir.

Çatışan normlar aynı anda geçerli olabilecek olsalar dahi, bu durumun bir normatif sistem açısından niçin arzu edilir olmadığını başka açılardan da ortaya koyabiliriz. Her şeyden önce pratik normatif sistemler eylemi yönlendirme (*guidance*) fonksiyonunu yerine getirirler. Beklenen, muhatapların söz konusu sistemin normlarını dikkate alarak gerekli davranışı yerine getirmesidir. Yaptırım gibi cibrî uygulamalar bir normatif sistemin ancak ikincil fonksiyonu olabilir. Yaptırım tehdidi muhatabı bir norma uymaya yönlendirecek ek bir eylem sebebi (*reason for action*) sağlar. Normlar arasındaki çatışmalar normatif sistemin eylemleri yönlendirme fonksiyonu açısından kusur teşkil ederler. Nitekim, muhatap çatışan ve buna rağmen her ikisi de geçerli olan normlardan hangisine uyması gerektiği konusunda tereddüt yaşayabilir.

Durumu hukuk sistemleriyle bağdaştırarak ifade edecek olursak, genellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görülen hukuki öngörülebilirlik, normatif sistemlerin davranışı yönlendirme fonksiyonu açısından önem arz eder. Muhatapların gelecekteki davranışlarını mevcut normlar aracılığıyla belirleyebilmesi ve düzenleyebilmesi gerekir. Eylemleri yönlendirmek hukuk sistemlerinin de birincil amacıdır ki geçmişe etkili, yani herhangi bir eylemi yönlendirme ihtimali bulunmayan, normların varlığına ancak istisnaen müsaade edilir.

2. Temel Hak ve Özgürlükleri İhlal Eden Kanunun Durumu

Aykırılık ve çatışma yakın anlamlı ancak farklı kavramlardır. Bu kavramların farklı kavramlar olduğu aykırılık niteliği taşımayan çatışmaların ve çatışma niteliği taşımayan aykırılıkların varlığıyla gösterilebilir¹⁶. Buna göre, aykırılık yalnızca farklı hiyerarşik seviyedeki normlar arasında ortaya çıkar. Bir kanunun kanuna aykırı olduğundan bahsetmeyiz. Farklı hiyerarşik güçteki normlar arasındaki aykırılık “çatışma” şeklinde ortaya çıkabileceği gibi “aykırı biçimde ihdas edilme” şeklinde de ortaya çıkabilir. Buna göre, eğer farklı hiyerarşik güçteki normların içeriksel uyumsuzluğundan bahsediyorsak ortada “çatışma şeklinde aykırılık” bulunur. Bununla birlikte, anayasal karar yetersayısına aykırı biçimde çıkarılmış bir kanun, içeriği anayasal hükümlerle uyumlu olsa dahi anayasaya aykırı olacaktır. Bu durumda ise “aykırı biçimde ihdas

¹¹ Aşağıda göreceğimiz gibi esasen Türk hukukunda temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunun bireysel başvuru neticesinde geçersiz kılınmasının bir yolu mevcuttur. Ancak, bu yol dolambaçlı ve usul ekonomisine aykırı bir yoldur. Bu yolun kesin bir çözüm olduğunu söylemek de zordur.

¹² KELSEN, Hans: *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford 1991, s.212-214.

¹³ Normlar ve normatif önermelerin farkları ve deontik ifadelerin aynı anda hem bir normu hem de bir normatif önermeyi dile getirebilmesi hakkında bkz. BULYGIN, Eugenio: “Norms, Normative Propositions, and Legal Statements”, in FLØISTAD, Guttorm: *Philosophy of Action: Contemporary Philosophy (A New Survey)*, Cilt: 3, Martinus Nijhoff, Lahey 1982, s.127-128.

¹⁴ BULYGIN, s.127-128; KELSEN, s.170-174.

¹⁵ KELSEN, s.171.

¹⁶ Biz daha önce bu farkı detaylı bir biçimde “Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması” başlıklı kitabımızda inceledik. Burada kitaptaki açıklamaların ancak bir özetini sunabiliriz. Detaylı bir tartışma için. GÜLGEÇ, Yahya Berkol: *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması*, On İki Levha, İstanbul 2018, s.34-38.

edilme” söz konusu olur. “Aykırı biçimde ihdas edilme” içeriksel sınırlara ilişkin de olabilir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri sınırlayan bir yönetmelikle anayasa arasında bu iki normun içeriği bağlamında bir aykırılık değil, “içerik şartlarına aykırı biçimde ihdas edilme” olarak ifade edebileceğimiz bir aykırılık bulunur.

Buradan anlaşılabilirliği üzere çatışma farklı hiyerarşik seviyedeki normlar arasında ortaya çıkabileceği gibi, aynı hiyerarşik düzeydeki normlar arasında da cereyan edebilir. Çatışmada mühim olan normların içerikleri, muhataplar açısından ifade ettikleri “olması gereken”ler arasındaki uyumsuzluktur. Dolayısıyla, bu bölümün başında verdiğimiz örneğe dayanarak “φ” ve “~φ” yükümlülüklerini öngören iki normun arasında çatışma olduğunu söyleyebiliriz. Bu iki norm aynı hiyerarşik güçteyse “saf çatışma”dan, yani aykırılık niteliği taşımayan çatışmadan bahsedebiliriz. Aksi halde iki norm arasındaki uyumsuzluk “çatışma şeklinde aykırılık” olarak tarif edilmelidir.

Temel hak ve özgürlüklere aykırı bir kanun hem anayasayla çatışmak hem de anayasaya aykırı olmak zorundadır. Çatışma zorunluluğu şuradan gelir: Temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir kanun, anayasanın kişilere tanıdığı bir hak veya özgürlüğün söz konusu kişiler açısından bulunmadığını, en azından anayasanın tanıdığı kadar geniş biçimde bulunmadığını ilan eder. Örneğin, “herkes koşmakta özgürdür” diyen bir anayasa normu ile “herkes saatte on kilometre hızın altında koşmakta özgürdür” diyen bir kanun normu çatışmaktadır. Bununla birlikte, temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir kanun anayasaya aykırı da olmak zorundadır. Zaten temel hak ve özgürlüklere müdahale eden kanunu anayasaya aykırı hale getiren husus bizatihi müdahale değil, bu müdahalenin anayasaya aykırılığıdır. Bir başka deyişle, müdahale ancak hukuka (anayasaya) aykırıysa ihlal niteliği taşır. Dolayısıyla, “temel hak ve özgürlükleri ihlal eden” sıfatı zaten “anayasaya aykırılık” niteliğini de içinde taşımaktadır.

Temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir kanunun anayasa ile çatışmak (ve hatta ona aykırı olmak) zorunda olduğunu gördüğümüze göre, bu normların iptal edilememesinin hem hukuk devleti, hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerine aykırı olacağını hem de bir normatif sistemin en temel fonksiyonu olan eylemleri yönlendirme yetisi açısından bir kusur teşkil ettiğini söyleyebiliriz. İhlalde bulunan kanun hâlâ bir kanundur. Anayasayla çatışan normlar uygulanmadıkça hukuk sisteminin niteliği açısından da aslı bir sorun olduğundan bahsedemeyiz. Ancak, ne kadar önemsiz olursa olsun çatışan normların varlığı hukuk sisteminin toplam etkinliğini ve etkililiğini düşürecektir. Burada etkinliği hukuk normlarıyla ulaşılmak istenen sonuca ulaşılması, etkililiği ise hukuk normlarının öngördüğü yükümlülük ile muhatapların davranışları arasındaki uyum olarak kullanıyoruz. Etkinliği düşüren anayasal normlarla ulaşılmak istenen amaca (temel hak ve özgürlükleri anayasaya aykırı biçimde sınırlayan kanunların bulunmaması) ulaşamamasıdır. Aynı zamanda sistemin toplam etkililiği de düşecektir. Nitekim kanuna uyarak daraltılmış özgürlük alanının dışına çıkmayan kişilerin eylemleri anayasayı¹⁷, kanunu ihlal ederek anayasal özgürlük alanını esas alan kişileri davranışı ise kanunu daha etkisiz kılacaktır.

B. Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması Açısından

Bu kısımda temel olarak şunu ileri süreceğiz: Temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanun geçersiz kılınmadıkça ihlalin önüne geçmek mümkün değildir. Kanun iptal edilmedikçe ihlal hem başvuru hem de kanun kapsamındaki diğer kişiler açısından devam edecektir.

Yukarıdaki iddia pek çok okuyucuya malumun ilanı gibi görünebilir. Ancak, görünüşe bakılırsa Türk kanun koyucusu için bu husus hiç de malum değildir. Türk kanun koyucusu bir kişinin bir hak veya hürriyetinin, ancak somut durumda söz konusu kişinin hak veya hürriyetten istifade etmesi engellenirse ihlal edileceğini düşünüyor gibidir. Dolayısıyla, konuyla ilgili bazı tartışmalar yürütmenin yerinde olacağını düşünüyoruz.

Bu iddiamızın doğruluğu temel hak ve özgürlük ihlalinin ne zaman gerçekleştiğine bağlıdır. Temel hak ve hürriyetin yalnızca somut durumda uygulama işlem ve eylemleriyle değil, aynı zamanda genel nitelikli normlarla ihlal edildiğini Matthew H. Kramer’ın özgürlük ve özgürsüzlük hakkındaki görüşlerine dayanarak açıklayacağız. Sonrasında Kramer’ın görüşleri doğrultusunda ulaşılan sonuçları Türk bireysel başvuru sistemine uygulayarak, bu sistemin çalışmanın giriş bölümünde zikredilen bir “tuhafliğine” değineceğiz.

¹⁷ Bunun nedeni hak tanıyan normların yetki veren normlar olarak görülebilmesi ve yetki veren normların etkililiğinin etkililikleri, yani bu normlarla amaçlanan hukuki sonuçlara ulaşılabilme yüzdesiyle ölçülebilecek olmasıdır. Bkz. MUNZER, Stephen: *Legal Validity*, Martinus Nijhoff, Lahey 1972, s.5.

1. Özgürlük ve Özgürsüzlük (*Freedom and Unfreedom*)

Detaylı açıklamalara geçmeden önce özgürlük ve hak arasında bu çalışmada esas alınan ilişkiyi hatırlatmak isteriz. Birey hakkı olan menfaati elde etmek için davranmakta özgürdür. Buradaki özgürlüğü de negatif özgürlük¹⁸, yani söz konusu menfaati elde etmek için gerçekleştirilen davranışın engellerden beri olmasını isteme hakkı olarak algılayabiliriz.

Kramer'ın özgürlüğe ilişkin ayrımı üçlü bir ayrımdır. Bir başka deyişle, insanların gerçekleştirmekte özgür olduğu ve olmadığı davranışlar geleneksel olarak tercih edildiği gibi ikiye değil, üçe ayrılarak incelenir. Bu ayrımı özgürlükler, özgürsüzlükler ve doğal özgürsüzlükler olarak ifade edebiliriz¹⁹. Bu bağlamda, özgürsüzlükler gerçekleştirmekte özgür olmadığımız bütün davranışları kapsamaz. Gerçekleştirmekte özgür olmadığımız davranışlar özgürsüzlükler ve doğal özgürsüzlüklerden oluşan birleşik bir kümedir. Öyleyse özgürlüklerden başlayarak bu farklı kategorileri görmekte yarar vardır.

Kramer, özgürlükleri “F Postulatu” ismini verdiği bir postulatla açıklar. Buradaki “F” harfi *freedom*ı temsil etmektedir. Biz Türkçeleştirme açısından bu postulate “Ö postulatı”, Kramer'ın “U Postulatu” ismini verdiği ve “U” harfinin *unfreedom*ı temsil ettiği postulate ise “ÖS postulatı” (Özgürsüzlük Postulatu) ismini vereceğiz. Buna göre Ö postulatı şu şekildedir:

“Bir kimse yalnızca φ yapma yetisine sahipse φ yapmakta özgürdür”²⁰

Postulattan da anlaşılabilceği üzere buradaki özgürlük formülasyonu deontik, yani normatif değil kiplikli (*modal*) ya da olgusal bir özgürlük anlayışıdır²¹. Bir başka deyişle, belirlenen bir kimsenin neyi yapmakta özgür olması gerektiği değil, neyi yapmakta özgür olduğudur. Benzer bir biçimde postulatın belirlediği bir kimsenin belli bir davranışı gerçekleştirmek için izne sahip olup olmadığı değil, gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğidir. Hukuk felsefesinde sık başvurulan bir örnekle açıklayacak olursak, eli silahlı haydudun muhataba bütün parasını ona vermesini emretmesi, emrin muhatabının deontik özgürlüğünü etkilemeyebilir. Ancak, kiplikli özgürlüğünü etkileyecektir. Bu farktan yola çıkarak Ö postulatının normatif bir düzen olan hukuk sisteminde uygulama bulamayacağı düşünülmemelidir. Her şeyden önce, Kramer'ın da belirttiği gibi, kiplikli ve deontik özgürlük durumları örtüşebilir²². Örneğin, cinayet işleyen hukuk düzeni tarafından ağır yaptırımlara tabi tutulacağını bilmesi cinayet işleme özgürlüğünü kısıtlar. Aynı zamanda, cinayeti yasaklayan ahlak ve hukuk normları nedeniyle bu kişi deontik olarak da cinayet işlemekte özgür değildir. Bununla birlikte, cinayetin hukuk düzeni veya pozitif ahlak tarafından yasaklanmamış olduğu bir durumda aynı kişi cinayet işlemekte kiplikli anlamda özgür olsa da, deontik anlamda özgür olmayacaktır.

İkinci olarak, Ö postulatının bir kimsenin belli bir davranışı gerçekleştirmekte fiziksel olarak sınırlandırılmamış olduğu anlamına geldiğini, ancak buradaki “fiziksel” ifadesinin zihinsel veya psikolojik sınırları dışlamadığını belirtelim²³. Bu anlamda, psikolojik veya zihinsel sebeplerle belli bir davranışı gerçekleştirme yetisi engellenmiş olan kişinin söz konusu davranışı gerçekleştirmekte özgür olduğu söylenemez.

ÖS postulatına göre izleyen iki şart birlikte gerçekleşirse özgürsüzlük söz konusu olacaktır:

1) Kişinin ikinci şartın gıyabında φ yapmakta özgür olacak olması ve 2) φ yapmayı isteyip istememesinden bağımsız olarak, başka bir kişinin tasarrufları (*dispositions*) doğrultusunda φ yapmasının engellenmiş olması²⁴.

Burada bizim açımızdan önemli olan birkaç hususun altını çizmekte yarar var. İlk şartın

¹⁸ Haliyle negatif özgürlük anlayışının yeterliliği ve meşruiyeti başta Marksist ve cumhuriyetçi (*republicanist*) yazarlar olmak üzere pek çok düşünür tarafından sorgulanmıştır (Cumhuriyetçi eleştiri için Quentin Skinner'ın izleyen çalışması örnek gösterilebilir: SKINNER, Quentin: “The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives”, in RORTY, Richard/SCHNEEWIND, Jerome B./SKINNER, Quentin: *Philosophy in History: Essays on the Historiography of Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge 1984, s.193-221). Biz burada bu tartışmayı ele almayacağız. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasasında yer alan hak ve özgürlüklerinin büyük bir çoğunluğunun negatif özgürlük olarak tanımlanmış olmasına dayanarak Kramer'ın görüşü ile temel hak ve özgürlüklerin korunması arasında kuracağımız bağlantının sorun yaratmayacağını düşünüyoruz.

¹⁹ KRAMER, Matthew H.: “Freedom and the Rule of Law”, *Alabama Law Review*, 61(4), 2010, s.828.

²⁰ KRAMER, Matthew H.: *The Quality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford 2003, s.3; KRAMER, “Freedom and the Rule of Law”, s.828; KRAMER, Matthew H.: “On the Counterfactual Dimension of Negative Liberty”, *Politics, Philosophy & Economics*, 2 (1), 2003, s.64.

²¹ KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.3; KRAMER, “Freedom and the Rule of Law”, s.835.

²² KRAMER, “Freedom and the Rule of Law”, s.836.

²³ KRAMER, “Freedom and the Rule of Law”, s.835-836; KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.60.

²⁴ KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.3; KRAMER, “Freedom and the Rule of Law”, s.828; KRAMER, “On the Counterfactual Dimension of Negative Liberty”, s.64.

önemi özgürlükler ve doğal özgürlükler arasındaki ayrımı ortaya koymasındır. Buna göre, doğal özgürlüğün söz konusu olduğu bir yerde özgürlükten bahsedilemeyecektir. İkinci olarak, belli bir davranışı gerçekleştirmek konusunda özgür olup olmamanın kişinin bu konudaki istek ve arzularından bağımsız hâle getirildiğini de akılda tutmak gerekir. Son olarak dikkat çekmek istediğimiz önemli bir husus var. Kramer postulatların formülasyonunda “engellenmek” (*to be prevented*) ifadesini kullanır. Aynı zamanda özgürlükleri bir “yeti” (*ability*) olarak açıkladığı düşünüldüğünde, okuyucu bir kimsenin belli bir davranışı gerçekleştirebildiği sürece, bu davranışın önündeki engellerden bağımsız olarak, özgür olduğunu düşünebilir. Biz Kramer’ın ifadesinin bu şekilde yorumlanmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bunun iki temel sebebi var. İlk olarak, Kramer’ın negatif özgürlük anlayışını benimsediğini hatırlamalıyız²⁵. Thomas Hobbes’un özgürlük anlayışını hatırlayacak olursak, özgürlüğü bir davranışın önündeki engellerin yokluğu olarak tanımlayabiliriz²⁶. Dolayısıyla, bir kimsenin belli davranışı gerçekleştirme özgürlüğü olmadığını söyleyebilmek için kişinin davranışı gerçekleştirmeye teşebbüs ettiğinde mutlaka başarısız olması gerekmez. Kramer’ın “önlenme” ifadesini de bu doğrultuda mutlak olmayan bir önlenme, davranış gerçekleştirme yetisini kısıtlayan bir engel olarak yorumlamak gerekir. İkinci olarak, bir yerde Kramer belli bir davranış engellenmenin failin bu davranış gerçekleştirme gücüne engel teşkil etmek (*impede*) olduğunu ima eder²⁷. Bu nedenle biz de herhangi bir yanlış anlaşılmayı engellemek amacıyla postulatların ifadesinde “engellemek” fiilini kullanmaktan kaçınıyoruz.

Özgürlüğe ilişkin kategorilerin üçüncüsü doğal özgürlüklerden oluşur. Buna göre, bir kişinin doğal sınırlar nedeniyle davranış gerçekleştirilemeyecek olması doğal özgürlük durumunu teşkil eder²⁸. Örneğin, hiçbir insan ışık hızından hızlı koşmakta özgür olamaz. Bunun nedeni hiçbir insanda bu yetinin bulunamayacak olmasıdır. Anlaşılacağı üzere, doğal özgürlükler başka bir kimsenin istek, talimat ve arzularına bağlı değildir. Üstelik, bu tür özgürlükler kapsam bakımından da sınırsızdır²⁹. Bütün eylemler kümesi sonsuz elemanlıysa, doğal özgürlük kapsamındaki eylemler de sınırlı sonsuz sayıda olacaktır. Doğal özgürlükler bizim tartışmamız açısından önemli olmayacak. Bu nedenle detaylı açıklamalardan kaçınıyoruz.

Kramer’ın tespitlerinde ele almak istediğimiz son bir husus özgürlük durumundan özgürlük durumuna geçişin zamanına ilişkindir. Bu tartışma için tehdit durumunu örnek olarak alacağız. Kramer tehdit altında olan kişinin özgürlüğünün kısıtlanacağından emindir. Bununla birlikte, siyaset felsefecileri arasında bu kısıtlanmanın ne zaman ortaya çıktığına dair tartışma olduğunu not eder³⁰. Kişinin belli bir davranış gerçekleştirme durumunda bir kötülükle³¹ karşılaşacağı yönünde tehdit edildiğini varsayalım. Burada tehdidin kaynağı önemsizdir. Tehdidin kaynağı bir devlet organı olabileceği gibi özel bir kişi de olabilir. Kramer’a göre, böyle bir durumda kişinin özgürlüğü tehditte bulunan kişinin emrini hiçe sayacak ve dolayısıyla tehditte bulunan kimsenin yaptırım uygulamasına yol açabilecek herhangi bir davranış gerçekleştirme yetisinin önündeki engellerden kaynaklanır³². Bazı teorisyenler özgürlük durumundan özgürlük durumuna geçişin yaptırımın veya tehdidin konusu olan olumsuzluğun uygulanmasıyla gerçekleştiğini düşünerek hata etmektedirler³³. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda tehditte bulunan kişinin isteklerine boyun eğen kişinin, bu kişiye yaptırım uygulanmayacağı veya bu kişi herhangi bir kötülükle karşılaşmayacağı için, özgür olduğu düşünülecektir³⁴. Buna ek olarak, hâlihazırda tehdide konu olan davranış hiç gerçekleştirmek istemeyen kimselerin de özgür kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Oysa ÖS postulatı hatırlanacak olursa, özgürlük durumunun kişinin isteklerine veya diğer kişinin istek, emir veya arzularına uyup uymamasına bağlı olmadığı görülecektir³⁵.

²⁵ KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.2.

²⁶ Bkz. HOBBS, Thomas: *Leviathan*, çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2013, s.162-163.

²⁷ KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.3.

²⁸ KRAMER, “Freedom and the Rule of Law”, s.828-829; KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.42.

²⁹ KRAMER, “Freedom and the Rule of Law”, s.828-829.

³⁰ KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.194.

³¹ Austin yaptırımı kötülük tehdidi olarak algılar ve bir irade açıklamasını emir yapanın, söz konusu irade açıklamasının içeriği değil, bu irade açıklamasına eşlik eden kötülük tehdidi olduğunu vurgular. Bkz. AUSTIN, John: *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. Wilfrid Ed. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s.21.

³² KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.203-204.

³³ KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.205.

³⁴ KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.205-206.

³⁵ Ayrıca bkz. KRAMER, *The Quality of Freedom*, s.205.

Bu noktadan sonra Kramer özgürsüzlüğün başlangıcı olarak tehdidin gerçekleştirilmesinin mi yoksa bu tehdidin muhatap tarafından öğrenilmesinin mi esas alınması gerektiğini sorar³⁶. Burada Kramer'ın açıklamalarını özetlemekle yetiniyoruz³⁷. Özgürlüğün belli bir davranışta bulunma yetisi ve bu yetinin önündeki engeller olarak anladığımızı hatırlayalım. Bu objektif bir özgürlük anlayışıdır. Bir başka deyişle, özgürlüğü değerlendirilen kişinin davranışının önündeki engellerden haberdar olması gerekmez. Bu nedenle de özgürlük durumundan özgürsüzlük durumuna geçişin tehdidin muhatap tarafından öğrenildiği andan önce, tehdit niyetinin varlık kazanmasıyla gerçekleşeceğini düşünebiliriz. Bununla birlikte, Kramer haklı biçimde belli şartlar altında muhatap tarafından tehdidin öğrenildiği anın da önem taşıyabileceğini belirtir³⁸. Bunun sebebi tehditte bulunan kişinin, tehdidinden haberdar olmayan birine yaptırım uygulama veya kötülük etme niyeti olmayabilecek olmasıdır. Bununla birlikte, burada tehditte bulunan kimsenin muhatabın tehditten haberdar olmadığını bilmesi de önemlidir. Dolayısıyla, tehditte bulunan kişinin muhatabın tehditten haberdar olmadığını bildiği ve haberdar olmayan muhatap veya muhataplara yaptırım uygulama veya kötülük etme niyetinin bulunmadığı durumlarda, ve yalnızca bu durumlarda, tehdidin öğrenildiği anın özgürsüzlüğün başladığı an olarak kabul edilmesi mümkündür. Son olarak, Kramer'ın özgürlüğün sınırlandırıldığı an olarak tehditte bulunduğu anın değil, emre veya isteklere aykırı davranışlara yaptırım uygulama veya kötülük etme niyetinin ortaya çıktığı anın esas alınması gerektiğini düşündüğünü belirtelim³⁹.

2. Kanunlar ve İhlal

Şimdi Kramer'ın özgürlük anlayışını kanunlar tarafından gerçekleştirilen özgürlük ihlaline uyarlayacağız. İlk olarak, şu kadarı açık olmalı ki temel hak ve özgürlüklerin ihlali bu hak ve özgürlükleri anayasaya aykırı biçimde sınırlandıran kanunun somut durumda kişilere uygulanmasıyla gerçekleşmez. Bunun iki nedeni var. Öncelikle, özgürlüğün kısıtlanması için genel nitelikli bir norm tarafından öngörülen “kötülüğün” kişiye uygulanması, bir başka deyişle kişinin zor kullanmak, izin vermemek vb. şekillerde bir özgürlüğü kullanmasının önüne geçilmiş olması gerekmez⁴⁰. İkinci olarak, yukarıda gördüğümüz gibi, özgürsüzlük dönemi genel olarak tehdit niyetinin ortaya çıkması ve bazı durumlarda da tehditten muhatabın haberdar olması anında başlar.

Türk hukukunda Resmi Gazete’de yayınlanma şartı kanunların geçerlilik şartı değil, yürürlük şartı olarak kabul edilir⁴¹. Türk hukuk sistemindeki yayınlanma, muhatabın tehditten haberdar edilmesi anlamına gelir. Aslında muhatap söz konusu tehditten haberdar olmasa bile, bu husus yetkililerin söz konusu kanunu muhataba uygulama niyetinde herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Dolayısıyla, Türk hukukunda özgürsüzlük döneminin başlangıcının muhatap tarafından tehdidin öğrenilme anı değil, tehditte bulunan organın bu tehdidi duyurma anı olacağını söyleyebiliriz. Elbette bu analizde hukuk yetkililerinin hukuka uyacağını, yani yayınlanmamış bir kanun dolayısıyla kimseye yaptırım uygulama niyeti taşımayacağını varsayıyoruz.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Türk hukukunda bir temel hak ve özgürlük ihlali, anayasaya aykırı biçimde bu hak ve özgürlüklere müdahale eden kanunun yayınlanmasıyla başlıyor. Zaman açısından kanunlar aracılığıyla ihlali gördükten sonra, bir de muhatap açısından ihlale dikkat çekmemiz gerekir. Söz konusu kanunlar, kısıtlanan özgürlüğün kapsamına giren davranış veya davranışların muhataplar tarafından gerçekleştirilmek istenip istenmemesinden

³⁶ KRAMER, The Quality of Freedom, s.205-206.

³⁷ Bkz KRAMER, The Quality of Freedom, s.205-208.

³⁸ KRAMER, The Quality of Freedom, s.207.

³⁹ KRAMER, The Quality of Freedom, s.208-209.

⁴⁰ Tolga Şirin yasama organının büyük ihtimalle doğrudan kanunla bir temel hak ve hürriyetin ihlal edilemeyeceğini düşündüğünü vurguladıktan sonra bu varsayımı eleştirmektedir. Buna göre, bazı yasalar uygulandıkları anda temel hak ve hürriyetleri ihlal ederler. Bu yasaların somut durumda kişilere uygulanmasını beklemek onların “*potansiyel mağduriyetlerini kabul etmek demektir*” (bkz. ŞİRİN, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, s.85). Biz de, eğer yasama organı bu varsayımı benimsemişse, varsayımın hatalı olduğunu düşünüyoruz. Sanıyoruz “potansiyel mağduriyetlerini kabul etmek” ifadesiyle vurgulanan geçerli bir kanunun uygulanmasının hak ihlaline yol açacağı durumlarda bireysel başvuru için uygulama işlemini beklemenin yerinde olmayacağı, böyle bir tercihin, amacı temel hak ve özgürlükleri korumak olan bir sistemin etkinliğini düşüreceğidir. Bu argümana katılmak mümkün. Ancak, argüman bu hâliyle yalnızca temel hak ve özgürlüklerin etkin biçimde korunması için, ihlalin somut olarak ortaya çıkmasından önce harekete geçebilmenin mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bakış açısıyla geçerli bir biçimde ihdas edilmiş olmakla birlikte hiçbir zaman uygulanmayan bir kanun temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeyecektir. Bizim Kramer'ın özgürsüzlük anlayışından yola çıkarak yapacağımız yorum temel ihlalin kanunun ihdasıyla başladığını ve ihlalin ortaya çıkması için uygulama işlemine gerek olmadığını ortaya koyacaktır.

⁴¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.655-656.

bağımsız olarak – ÖS postulatının ikinci ayağı – tüm muhatapların temel hak ve özgürlüklerini ihlal eder.

Hal böyleyken, 6216 sayılı Kanun'un kanunlara karşı doğrudan bireysel başvuru yapılmasının önüne geçmesinin için anlaşılamayacağı ortadadır. 6216 sayılı Kanun kapsamında sanki bir temel hak ve hürriyetin ancak birel işlemler niteliğindeki idari işlem ve yargı kararlarıyla ihlal edilebileceği düşünülmektedir. Bir başka olasılığa göre, kanun koyucu kanunların tek başlarına temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiğinin pekâlâ bilincindedir. Bununla birlikte, bu ihlale karşı herkesin değil, yalnızca somut durumda ihlalden “canı yananların” bireysel başvuruda bulunabilmesini kabul etmektedir. Neticede temel hak ve hürriyetlerin ihlali herkes açısından sorun yaratmayabilir. Korunmak istenen objektif olarak temel hak ve hürriyetler olmayıp, bertaraf edilmek istenen bu hak ve hürriyetlerden faydalanmak *isteyenlerin* can sıkıntısıdır.

Şu durumda Türk bireysel başvuru sistemi yalnızca geçerli bir kanunun hukuka aykırı biçimde getirdiği kısıtlamayı ihlal eden ve bunun sonucunda birel işlemlerin muhatabı olan (idari para cezası alan, mahkûm edilen vb.) kişilerin haklarını korumaktadır. Eğer bireysel başvuru neticesinde ihlale neden olan kanun iptal edilemezse, hem başvurucu hem de kanunun muhatabı olan diğer kişiler açısından ihlal devam edecektir. Hatta bir açıdan, hakkı korunmayan diğer kişilerin bir hukuk sisteminin kendilerinden beklediğini yapan, geçerli bir kanuna uyan kimseler olduğunu söyleyebiliriz.

Burada okuyucunun aklına şu soru gelebilir: Anayasaya aykırı kanunların ve düzenleyici işlemlerin iptali için ayrı bir usul öngörülmüştür. Bu usul işletilerek ihlaller giderilebilecekken bireysel başvuru sürecine bunların da dâhil edilmesine gerek var mıdır? Bu soruya şöyle bir cevap verilebileceği kanısındayız: Kanunların iptali için temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen kişilerin yapabileceği tek şey kanunun ihlale sebep olan hükmünün kendilerine uygulanmasından sonra⁴² somut norm denetimini işletme teşebbüsünde bulunmaktır. Dolayısıyla, kanunlar açısından somut norm denetiminin hayata geçirilme şartları ile bireysel başvurunun şartları örtüşmektedir: İki durumda da öncelikle kanunun somut durumda kişiye uygulanması veya uygulanacak olması gerekmektedir. Dolayısıyla, somut norm denetimi yoluyla önüne gelecek olan kanunları iptal etmesi gereken olan Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru nedeniyle bu yetkisini kullanamayacak olmasının ardındaki sebebi anlamak güçtür. Elbette, bireysel başvurulara bakmakla Anayasa Mahkemesi'nin bölümleri görevli kılınmışken, iptal davalarını çözüme bağlamak Genel Kurul'un yetki ve görev alanına girer. Yine de temel hak ve özgürlükleri korumak için kanunların iptali için etkin bir mekanizma bu kadar gerekliyken, bu sorunun yanıtız bırakılması, üstelik kanunlar aleyhine doğrudan bireysel başvuru gerçekleştirilememesi isabetsiz olmuştur⁴³. Biz ilerleyen bölümde mevcut sistemde bu sorunu atlatmanın hukuka uygun bir yolu olup olmadığını tartışacağız.

III. OLASI ÇÖZÜM YOLLARI

Kanunlara karşı doğrudan bireysel başvurunun önünün kapatılması ve temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunların iptal edilememesinin yol açacağı sorunları gördük. Bu kısımda gerek pozitif hukuk kapsamında gerekse gerekli kanuni ve anayasal değişikliklerin yapılmasıyla bu sorunların giderilme yollarına değineceğiz. Bu çözüm yollarının bir kısmı doktrinde önerilmiş ve tartışılmıştır.

A. Bireysel Başvuruyu İnceleyen Anayasa Mahkemesi Bölümü Tarafından Genel Kurul'da İptal Davası Açılması

6216 sayılı Kanun'un taslağı incelemede bulunan bölümün Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunda ihlal eden kanun aleyhine iptal davası açabilmesini öngörüyordu. İlgili madde şu şekildeydi: “*Bölümler bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerinden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa, bu kanun hükmünün ya da kanun hükmünde kararname hükmünün iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar*”. Eğer bu tasarı kanunlaşmış olsaydı, Ece Göztepe'nin de dikkat çektiği gibi, sistem içi bütünlük sağlanacak⁴⁴, çatışan normlara ilişkin sorun giderilecekti. Ayrıca, en nihayetinde temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanun geçersiz kılınabileceği için, temel hak ve özgürlükler yalnızca

⁴² Davadan önce bir kanun hükmünün bir kimseye uygulanmış olması şart olmayabilir. Somut norm denetiminde mühim olan karara esas alınacak olan bir kanunun anayasaya aykırılığı olduğundan, temel hak ve özgürlük ihlaliyle doğrudan ilgisi olmayan bir dava sırasında da kişinin temel hak ve özgürlüklerini ihlal edecek bir kanunun uygulanması söz konusu olabilir.

⁴³ Benzer bir değerlendirme Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından yapılabilir.

⁴⁴ GÖZTEPE, “Ece Göztepe'nin Konuşması”, s.37.

başvuru sahibi değil, bütün ilgili kişiler açısından korunmuş olacaktır.

Alt Komisyonunda muhalefet üyelerinin öne sürdüğü gerekçe bu hükümlerle Anayasaya aykırı bir biçimde, iptal davası açmanın yeni bir yolunun belirleniyor olmasıydı⁴⁵. Ece Göztepe Alt Komisyon raporunda yasama organının ilgili kanunu yürürlükten kaldıracığı yönündeki tespiti naif bulmuştur⁴⁶ ve kanımızca bu görüşünde de sonuna kadar haklıdır. Soyut ve somut norm denetimi yasama organına güvenmekle yetinmeyip, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı kanunları geçersiz kılabilmesine imkân tanırken, temel hak ve özgürlüklere aykırılık gibi önemli bir konuda takdirin yasama organına bırakılması kuşkuyla bir tercih olmuştur.

Ece Göztepe bir başka çalışmasında bölümlerin temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunlar aleyhine Genel Kurula yapılacak olan başvuruyu “somut norm denetimi” kapsamında değerlendirmektedir⁴⁷. Eğer bu yorum doğruysa, “davaya bakmakta olan mahkeme” konumundaki bölümün kanuni herhangi bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymadan, Anayasanın somut norm denetimine ilişkin 152. maddesi uyarınca Genel Kurul’a başvurabilmesi gerekir. Bu durumda Alt Komisyon’daki gerekçenin aksine, esasen anayasaya aykırı bir biçimde yeni bir iptal davası açma usulü öngörüldüğü de söylenemez. Tolga Şirin de bireysel başvuruya bakan bölümün anayasaya aykırı gördüğü kanunun aleyhine Genel Kurula yapılacak olan bir başvuruyu iptal davası olarak görmez. Yazara göre bunun sebebi iptal davasının yargı dışı özneler tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruya verilen isim olmasıdır⁴⁸.

Bununla birlikte, bölümlerin Genel Kurula yapacağı başvurunun “somut norm denetimi” kapsamında görülmesi mümkün değildir. Öncelikle somut norm denetiminin şartlarını hatırlayalım: 1) Ortada görülmekte olan bir *dava* olacak, 2) Davaya bakmakta olan bir *mahkeme* olacak ve 3) anayasaya aykırılığı iddia edilecek olan norm *davada uygulanacak bir norm* olacak. Genel olarak bireysel başvurunun bir dava olduğu düşünülmektedir⁴⁹. Keza davaya bakmakta olan merciin de bir mahkeme olduğu söylenebilir⁵⁰. Bununla birlikte, temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanun davada Anayasa Mahkemesi bölümü tarafından *uygulanacak* bir kanun değildir⁵¹. Bir kanunun uygulanacak olması, söz konusu kanunun mahkemenin karar veya kararlarına dayanak oluşturacak olmasıdır. Anayasa Mahkemesi bölümü ise bireysel başvuru sırasında temel hak ve özgürlük ihlali olup olmadığına kanunu uygulayarak karar verecek değildir. Uygulanacak olan anayasal normlar ve mahkemenin görev ve işleyişini düzenleyen 6216 sayılı Kanun’dur. Dolayısıyla, eğer anayasa aykırılık 6216 sayılı Kanun açısından ortaya çıkarsa, örneğin bireysel başvuruyu inceleyen bölüm 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesinin anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa, bu madde aleyhine somut norm denetimine gidebilir. Nitekim bireysel başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına karar verirken bu maddeyi uygulayacaktır. Bu anlamda Anayasa Komisyonu Raporunda önerilen hüküm ile itiraz yolunun karşılaştırılmasının da yerinde olmadığını eklemeliyiz⁵².

Netice itibarıyla, bölümün Genel Kurula başvurusunun somut norm denetimi teşkil etmeyeceğini söyleyebiliriz. Bu durumda tasarıda yer alan ve çıkarılan hükmün soyut norm denetimini örneklediğini kabul edebiliriz. Anayasanın 150. maddesi kimlerin soyut norm

⁴⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), Dönem: 23, Tarih: 11 Ocak 2011, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>, Erişim Tarihi: 28 Ağustos 2020, s.20.

⁴⁶ GÖZTEPE, “Ece Göztepe’nin Konuşması”, s.37.

⁴⁷ GÖZTEPE, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, s.32; GÖZTEPE, “Ece Göztepe’nin Konuşması”, s.37.

⁴⁸ ŞİRİN, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, s.281.

⁴⁹ Örn. bkz. KILINÇ, Bahadır: “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı, 25, 2008, s.23; AYDIN, s.125; SAĞLAM, s.20; ŞAHBAZ, s.73; İNCEOĞLU, s.197.

⁵⁰ İNCEOĞLU, s.196. Bununla birlikte, Kemal Gözler aksi görüştedir. Yazara göre, bireysel başvuruyu değerlendiren bölümler Anayasanın 152. maddesi kapsamında “davaya bakmakta olan mahkeme” olarak değerlendirilemez. Ne bireysel başvuru bir davadır ne de Anayasa Mahkemesi bölümleri birer mahkeme. Bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.1075,1083. Biz zaten Kemal Gözler’in de dikkat çektiği gibi (bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.1083), temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunun bir bireysel başvuruda “davada uygulanacak olan kanun” olmadığını savunup bireysel başvuru sırasında somut norm denetimine gidilebileceğini reddedeceğimiz için tartışmanın detaylarına girmedik.

⁵¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.1083. Aksi görüş için bkz. İNCEOĞLU, ss.197-199.

⁵² Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), Dönem: 23, Tarih: 11 Ocak 2011, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>, Erişim Tarihi: 28 Ağustos 2020, s.20.

denetimi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini belirlemiştir. Kanunla sınırlı sayıda belirlenmiş olan bu kişilerin genişletilmesi anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, Alt Komisyon'un "anayasaya aykırılık" argümanının geçerli olduğunu ve tasarıdaki hükmün çıkarılmasının hukuken doğru bir tercih olduğunu söyleyebiliriz⁵³.

Bununla birlikte, Alt Komisyon'un hukuken doğru tercihi maalesef sorunumuzu çözmekte, anayasaya aykırı kanunun iptal edilmesi gerekliliği karşımızda durmaya devam etmektedir. Bu noktada anayasa değişikliğiyle bireysel başvuru sırasında anayasaya aykırı olduğu tespit edilen kanun aleyhine bölümler tarafından Genel Kurulda iptal davası açılmasının ayrıca öngörülmesi düşünülebilir. Kanımızca bu çözüm hukuken de isabetli olacaktır. Bu noktada Almanya, Macaristan ve Avusturya'nın bireysel başvuru sistemlerini örnek verebiliriz. Bu sistemlerde temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunun anayasa mahkemeleri tarafından geçersiz kılınması mümkündür⁵⁴.

Bu durumda ise tasarıda yer alan maddenin Komisyon raporundaki diğer gerekçe karşısındaki durumu tartışılabilir: "*Anayasa Mahkemesi hem hakim hem savcı durumuna düşürülmemelidir... Ayhan Sefer Üstün bölümlerde görev yapan üyelerin genel kurula da katılacaklarını bunun, sakıncalı olduğunu... yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapması gerektiğini söylemiştir*". Komisyon raporuna göre, bir üyenin bireysel başvuruyu inceleyen Bölüm'de kanunun Anayasayı ihlal ettiği kanısına vardıktan sonra Genel Kurul'da aynı kanunun anayasaya aykırılığı iddiasını incelemesi hâkim tarafsızlığına aykırı bir durum teşkil edecektir. Benzer şekilde, kanunun anayasaya aykırı olmadığını düşünen ve azınlıkta kalan bir üyenin de Genel Kurul'da yer alması hâkim tarafsızlığı açısından sakıncalı görülebilir. 6216 sayılı Kanun'un 59/1-ç maddesi, başkan ve üyelerin "hâkim, savcı, hakem sıfatıyla bakmış veya tanık ya da bilirkişi olarak beyanda bulunmuş olduğu dava ve işlere" bakamayacağını belirtmektedir. Bu hükmün maksadı Anayasa Mahkemesi üyesinin bir dava veya iş hakkında önceden edindiği kanaatlerin etkisini ortadan kaldırmaktır⁵⁵. Bu durumda bireysel başvuruya bakan Bölüm'deki üyelerin, ihlal eden kanunun anayasaya aykırılığına ilişkin iptal davasına bakamayacağını söyleyebiliriz⁵⁶. Hâl böyleyken, yani Anayasa Mahkemesi üyelerinin tarafsızlığına dair böyle bir hüküm mevcutken ve bu hüküm bireysel başvuru dışındaki durumlara uygulanabilirken, Komisyon raporundaki gerekçeye hak vermek mümkün müdür?

Komisyon'daki gerekçede belirtilmese de, mevcut hükümler ışığında bireysel başvuruya bakan üyelerin Genel Kurul önündeki iptal davasına bakamayacak olmasının şöyle bir pratik sakıncası olabilir: 6216 sayılı Kanun'un 22/1 maddesine göre, Bölümler bir başkanvekili ve dört üyenin katılımıyla, yani toplam beş üyeyle toplanır. Bir bölümde ise başkanvekili ile birlikte toplam altı üye bulunur⁵⁷. Aynı kanunun 21/1 maddesine göreyse, Genel Kurul on beş üyeden oluşur ve en az on üye ile toplanır. Bu durumda, bireysel başvuru sırasında kanunun anayasaya

⁵³ Tahsin Erdinç de tasarıda yer alan hükmün çıkarılmasının isabetsiz olduğunu düşünmektedir (bkz. ERDİNÇ, s.113). Burada söylediklerimizin tasarıdaki hükmün çıkarılmasının niçin hukuken doğru olduğunu açıklayabildiğini umuyoruz.

⁵⁴ Alman hukuk sisteminde bir yasama işleminden kaynaklanan temel hak ve özgürlük ihlallerinin başka türlü çözülmesi mümkün değilse ve ihlal doğrudan bu işlemde kaynaklanır nitelikteyse, yasama işlemine karşı anayasa şikâyeti (*Verfassungsbeschwerde*) gerçekleştirilebilmekte (bkz. EPPING, Volker: Grundrechte: In Zusammenarbeit mit Sebastian Lenz und Phillipp Leydecker, Springer, Berlin 2004, s.70; HARBICH, Jürgen: "Die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht", *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*, 135, 2005, s.39) ve bu başvurunun neticesinde Alman Federal Anayasa Mahkemesi yasama işlemi geçersiz kılabilir (bkz. HARBICH, s.39). Macaristan örneğinde ise Anayasa Mahkemesi yalnızca hak ihlaline sebep olan soyut normu denetlemekte, somut durumdaki ihlale ilişkin bir karar vermemekte ve hak ihlaline yol açtığını tespit ettiği soyut normu geçersiz kılmaktadır (bkz. ZAKARIAS, Kinga: "Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht im Ungarischen Recht", *Iustum Aequum Salutare*, 6(3), 2010, s.236-237; SÁRI, János: "Schutz und Garantien der Durchsetzung der Grundrechte im Ungarischen Verfassungssystem", *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica*, 43, 2002, s.8; PIEROTH, Bodo: "Das Verfassungsgericht als Kommunikatives Element Moderner Verfassungsstaatlichkeit, Rechtstheorie, 34(3), 2003, s.304). Avusturya'da ancak uygulama niteliğindeki nihai idari işlem üzerine bireysel başvuru yapılabilmektedir (HAMDEMİR, s.64). Bununla birlikte, temel hak ve özgürlük ihlali anayasaya aykırı bir kanundan kaynaklanıyorsa, anayasa mahkemesi bireysel başvuru ile birlikte kanunun anayasaya uygunluk denetimini başlatabilmektedir (bkz. HAMDEMİR, s.66).

⁵⁵ ÖDEN, Merih: "Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 43 (1-4), 1993, s.78.

⁵⁶ Tolga Şirin'e göre Anayasa Mahkemesi yüce divan sıfatıyla yaptığı yargılamalarda ve siyasi parti kapatma davalarında hem davayı çözerken uygulayacağı kanunun anayasaya aykırı olduğundan şüphelenip hem de söz konusu kanunun anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirebilmektedir. Dolayısıyla, yüce divan sıfatıyla yapılan yargılamalar ve siyasi parti kapatma davalarında bu husus kabul edilirken, bireysel başvuru açısından kabul edilmemesi için bir sebep yoktur. Bkz. ŞİRİN, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, s.282.

⁵⁷ Bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.1081.

aykırı olduğu kanısına varılan toplantıda altı üyenin bulunduğu durumlarda, bu üyelerin iptal davasına bakamayacağı ve dolayısıyla da toplantı için yeter sayıya erişilemeyeceği için iptal davasının görülemeyeceği mi düşünülmelidir? 6216 sayılı Kanun'un 60/3 maddesi her ne kadar "Genel Kurul ya da bölümlerin toplanmasına mani olacak sayıda üyenin reddine ilişkin talepler dinlenmez" dese de, söz konusu hüküm üyelerin davaya bakmaktan kesin yasaklı olduğu durumlara değil, tarafsızlıklarından kuşku edilebilecek olan durumlara ilişkindir. Bir üyenin bireysel başvuru neticesinde söz konusu kanununun anayasaya aykırılığı hakkında bildirdiği görüş ise 59. madde kapsamında yasaklılık hâlini örneklendirir.

Bireysel başvurunun 6 üyenin katılımıyla görüldüğü durumlarda söz konusu kanunun anayasaya aykırılığına dair iptal davasının görülüp görülemeyeceği belirsizdir. 6216 sayılı Kanun'un 21/1 maddesi Genel Kurul'un 10 üye ile toplanacağını, 59/1-ç maddesi ise bireysel başvuruyu inceleyen 6 üyenin olası bir iptal davasına bakamayacağını düzenlemektedir. Eğer tasarıdaki madde kanunlaşsaydı, ortaya çıkan durumun ideal bir durum olmayacağı açıktı. Bununla birlikte, söz konusu sorun anayasa değişikliği gerektirmeyen, kanunda yeniden düzenleme yapılmasıyla giderilebilecek, aşılabilecek bir sorundur. Dolayısıyla, Komisyon raporunda Anayasa Mahkemesinin üyelerinin tarafsızlığına ilişkin gerekçenin nihai bir geçerliliğe sahip olmadığını, üyelerin tarafsızlığını etkileyebilecek durumlara ilişkin önlemler kanunla alınmışken, bireysel başvuru neticesinde ilgili bölüm tarafından Genel Kurulda iptal davası açılmasının önüne geçilmesi için geçerli bir sebep olmadığını söyleyebiliriz.

Son olarak, Komisyon raporundaki gerekçe geçerli kabul edilirse, bireysel başvuruya bakan bölümde görev yapan üyeler bir kere belli bir kanunun temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiğini tespit ettiğinde, sonradan söz konusu kanun diğer mahkemeler tarafından Genel Kurulun önüne taşınmış olsa dahi, Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmekten kaçınması gerekecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin üyeleri değişmediği sürece, bu üyelerden bazıları anayasaya aykırılık iddiasını bireysel başvuru sırasında gündeme getirmiş olacaklardır. Kanımızca Komisyon raporunda açıklanan gerekçeyle bazı kanunlara anayasaya aykırı biçimde yargısal denetim bağımsızlığı tanınması mümkün değildir. Dolayısıyla, gerekçenin geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir.

B. Yasama Organının Kanunu İlga Etmesi veya Yeniden Yargılama Yapan Mahkemenin Somut Norm Denetimine Gitmesi

Kabul edilebilir bulunan bir bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi iki tür karar verebilir. Ya başvuruçunun bir temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verecek (ihlal kararı) ya da başvuruyu esastan reddedecektir. Bizi burada ilgilendiren Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının içeriği, yani bu kararın ihlal tespitinden başka neleri içerdiği/içerebileceğidir.

İhlal kararı yalnızca bir tespitten ibaret değildir. 6216 sayılı Kanun'un 50/1 maddesine göre, Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de karar verir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlara ilişkin olarak şu hüküm yer almaktadır:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvuruçunun lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir".

Şu durumda iki hâlde ihlale yol açan kanunun geçersiz kılınması mümkün olabilir: 1) Anayasa Mahkemesi kanunun temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiğini tespit edip, yasama organından söz konusu kanunu ilgasını talep edecek veya 2) ihlale yol açan nihai işlemin bir mahkeme kararı olduğu durumlarda, *yeniden yargılama yapılmasına gerek görülürse*, yeniden yargılamayla yükümlü olan mahkeme ihlallerin ortadan kaldıracak şekilde karar vermekle yükümlü olduğu için, anayasaya aykırı kanun açısından somut norm denetimine gidecektir. Önce kanunun geçersiz kılınma ihtimallerinden ilkinin hukuka uygunluğunu denetleyelim.

1. İhlalin Ortadan Kaldırılması İçin Kanunun İlga Edilmesi Gerektiğinin Tespit Edilmesi

6216 sayılı Kanun'un 50/1 maddesine göre, "İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlal in ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir". Ayrıca, Anayasanın 153/6 hükmüne göre, Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Dolayısıyla, bir temel hak ve özgürlüğün kanun tarafından ihlal edildiğinin tespiti hâlinde, Anayasa Mahkemesi ihlalin ortadan kaldırılması için söz konusu kanunun yasama organı tarafından

yürürlükten kaldırması gerektiğine karar verebilir. Bu durumda söz konusu kararın yasama organı açısından bağlayıcı olacağı ve söz konusu kanunu yürürlükten kaldırmayan yasama organının (yasama organı üyelerinin) anayasayı ihlal etmiş olacağı düşünülebilir⁵⁸.

Öncelikle, 6216 sayılı Kanun'un 45/3 hükmünün bu yoruma engel olup olmadığı değerlendirilmelidir. Söz konusu hüküm yasama işlemleri aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılmasının önüne geçmektedir. Buna göre, temel hak ve özgürlük bir kanun tarafından ihlal edilse dahi, bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için söz konusu kanunun bireysel idarî işlem veya mahkeme kararıyla uygulanması gerekir. Bir başka deyişle, araya bir uygulama işlemi girmeksizin kanundan kaynaklanan bir ihlalin bireysel başvuruya konu edilmesi mümkün değildir. Ancak, dikkat edilecek olursa, ilgili hüküm kanundan kaynaklanan ihlalin ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilemeyeceğine değil, kanundan kaynaklı ihlaller açısından bir uygulama işlemi (bireysel idarî işlem veya mahkeme kararı) olmaksızın bireysel başvuru yapılamayacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin bireysel başvuru neticesinde ihlalin ortadan kaldırılması için ihlal eden kanunun ilga edilmesi gerektiğinin tespit edilmesine engel olamaz. Sonuç olarak, bireysel başvuru için olağan kanun yollarının tüketilmesi de gerektiğinden, ancak bir mahkeme süreci ve mahkeme kararını takiben bireysel başvuru gerçekleştirilebilecektir⁵⁹. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesi ihlal kararı neticesinde ihlalin ortadan kaldırılmasıyla ilgili yasama organının yapması gerekene dair bir karar verilemeyeceğini ifade etmekten uzaktır.

Temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir kanun anayasaya aykırıdır. 1982 Anayasasına göre, anayasaya aykırı kanunların geçersiz kılınmasının usulü soyut veya somut norm denetiminden geçer. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmedebileceği Anayasa tarafından değil, 6216 sayılı Kanun tarafından öngörülmüştür. Dolayısıyla, 6216 sayılı Kanun'un 50/1 maddesi ile anayasaya aykırı bir kanunun geçersiz kılınmasının önünün açıldığı, bunun ise anayasaya aykırı olduğu iddia edilebilir.

Dikkat edilecek olursa, iptal davasında Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırı bulduğu kanunu doğrudan kendisi geçersiz kılmaktadır. Bu durumda, kanunla Anayasa Mahkemesinin ihlalin ortadan kaldırılması için ne yapılması gerektiğine karar vereceğinin öngörülmesi ve yasama organının belli bir kanunu ilga etmesi gerektiğine hükmetmenin bu yetkinin kapsamı içinde olması, Anayasanın soyut ve somut norm denetimine ilişkin hükümlerine aykırı olamaz. Bu hükümlerde söz konusu olan bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından geçersiz kılınmasıdır. Tartışılan durum söz konusu kanunun Anayasa Mahkemesi kararıyla TBMM tarafından geçersiz kılınmasıdır. Netice itibarıyla, Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcı olduğuna (Anayasa m. 153/6) ve Anayasa Mahkemesi ihlal ile sonuçlarının ortadan kaldırılması konusunda karar vermeye yetkili olduğuna (6216 sayılı Kanun m. 50/1) göre, Anayasa Mahkemesinin belli bir kanunun temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği ve yasama organı tarafından ilga edilmesi gerektiği yönündeki kararının yasama organı açısından bağlayıcı olduğu hâlâ söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir kanunun yasama organı tarafından kaldırılmasına karar verebilmesinin mahkemeyi negatif kanun koyucu olmaktan çıkarıp, pozitif kanun koyucu konumuna sokacağı da iddia edilebilir⁶⁰. Anayasa Mahkemesinin "negatif

⁵⁸ Bkz. AYDIN, s.141-142. Bu görüşe bir eleştiri olarak ihlale neden olan kanunun yürürlükten kaldırılması sırasında işaretlerle oylama yapılabilmesi nedeniyle ihlale hangi üyelerin yol açtığı belirlenmesinin güç olabileceği belirtilmektedir. Bu eksikliğin TBMM İçtüzüğünde ilgili oylamanın açık oy usulüyle yapılması gerektiği yönünde bir hüküm öngörerek giderilebileceği belirtilmektedir (bkz. HAMDEMİR, s.193). Bizim burada ilgilendiğimiz husus bireysel başvuruyu inceleyen bölümün yasama organına bir kanunun yürürlükten kaldırılması şeklinde talimat verme yetkisine – neticede bağlayıcı karar vermek ile talimat vermek arasında bunların ağırlığı, gücü vs. arasında fark bulunmamaktadır – sahip olup olmadığı ile sınırlıdır.

⁵⁹ Bunun tek istisnası olarak Anayasa Mahkemesinin etkili bir başvuru yolunun bulunmadığına karar verdiği ihlaller gösterilebilir. Anayasa Mahkemesine göre tüketilmesi gereken başvuru yolları bir sonuç vermesi mümkün olan, hak ihlalinin ortadan kaldırması beklenebilecek olan yollardır (bkz. Anayasa Mahkemesinin 7 Kasım 2013 tarihli ve 2013/1582 başvuru numaralı *Taner Kurban* kararı, 23. paragraf, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1582?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=1582>, Erişim Tarihi: 27 Kasım 2020; Anayasa Mahkemesinin 7 Kasım 2013 tarihli ve 2013/2355 başvuru numaralı *S.S.A. kararı*, 28. paragraf, T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2355?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=2355>, Erişim Tarihi: 27 Kasım 2020). Etkili başvuru yolunun bulunmadığı durumlarda bireysel başvuruya konu olan bir ihlale mahkeme kararının yol açmadığı, mahkeme kararının ihlalin oluşumunda rol oynamadığı söylenebilir.

⁶⁰ Bu iddia Ergun Özbudun tarafından Anayasa Mahkemesi kararlarının yalnızca hüküm fıkrasının değil, gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu yönündeki görüşü eleştirmek için ileri sürülmüştür. Bkz. ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa

kanun koyucu” olarak adlandırılmasının nedeni mahkemenin kanunları geçersiz kılabilmesidir⁶¹. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi kanun yapamayacak olsa da bir kanunu geçersiz kılabilir. Olası itiraza göre, Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir kanunun yasama organı tarafından ilga edilmesi yönünde bağlayıcı karar verebilmesi durumunda, bir kanun ancak başka bir kanun tarafından yürürlükten kaldırılabilir için, Anayasa Mahkemesinin kararı hukuken bir kanun yapılmasını gerektirecek ve mahkeme pozitif kanun koyucu gücüne kavuşacaktır. Böylelikle, Anayasa Mahkemesi kendisine Anayasa ile verilmemiş, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir güce kavuşacaktır.

Yukarıda yaptığımız açıklamaya benzer şekilde, burada da kanunun doğrudan Anayasa Mahkemesinin iradesiyle ortaya çıkmadığını, ilga eden kanunun ortaya çıkabilmesi için yasama organının bir işleminin gerektiğini vurgulamak gerekir. Negatif kanun koyucu sıfatı Anayasa Mahkemesinin başka bir organın aracılığına gerek duymaksızın bir kanunu geçersiz kılabilmesinden kaynaklanır. Oysa Anayasa Mahkemesi ilga eden kanuna kendi iradesiyle yol açamayacaktır. Burada Anayasa Mahkemesi pozitif kanun koyucu olmaksızın yasama organının hiyerarşik üstü gibi davranmaktadır. Kanımızca temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunun ilga edilmesi gerektiğine karar vermekle ilgili sorun da burada yatmaktadır.

Organlar hiyerarşisinde yasama organının hiyerarşik üstü asli veya tali kurucu iktidardır⁶². Yasama organının belli bir düzenlemeyi yapması gerektiği yönünde bağlayıcı bir norm ancak kurucu iktidar tarafından yaratılabilir. Elbette, kurucu iktidarın yarattığı bir norm olan Anayasa tarafından öngörülmesi durumunda Anayasa Mahkemesinin bu yetkiye sahip olduğu kabul edilebilir. Örneğin, negatif kanun koyucu normal şartlar altında yasama organıdır. Bununla birlikte, Anayasa bu yetkiyi belli şartlara tabi olmak kaydıyla (yalnızca anayasaya aykırı bulunan kanunları geçersiz kılabilme) Anayasa Mahkemesine de vermiştir. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetme yetkisi ise Anayasa tarafından değil, bir kanun tarafından verilmektedir. Anayasa Mahkemesinin ihlali veya sonuçları ortadan kaldırmak için yasama organını bağlayan, yasama organını belli bir işlem tesis etmek yönünde yükümlü kılan bir karar verebileceği Anayasa değil, 6216 sayılı Kanun tarafından öngörülmektedir. Anayasal organların yetkilerini dar yorumlanması ve şüphe durumunda anayasal organların yetkisiz olduğunu düşünmek gerektiği için, anayasal düzlemde Anayasa Mahkemesinin bir kanunun ilga edilmesine karar verme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu yetkiyi veren kanunun ise anayasaya aykırı olduğunu düşünmek gerekecektir. Bu durumda 6216 sayılı Kanun’un 50/1 maddesini dar yorumlamak suretiyle anayasaya aykırılığın önüne geçilebilir. Bir başka deyişle, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için neyin yapılması gerektiğine hükme yetkisinin yasama organının yapması gerekenlere hükmetme yetkisini kapsamadığı düşünülmelidir.

2. Yeniden Yargılama Yapan Mahkemenin Somut Norm Denetimine Başvurması

Daha önce belirttiğimiz gibi, bireysel başvurudan önce mutlaka bir mahkeme süreci bulunmak zorundadır. Bireysel başvurudan önce kanun yollarının tüketilmesi gerekeceği, yargı denetiminin dışında tutulmuş olan normlardan dolayı bireysel başvuru gerçekleştirilemeyeceği ve genel nitelikli normlardan kaynaklı ihlallerden dolayı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı için, pratikte bireysel başvurudan önce mutlaka bir mahkeme sürecinin bulunması gerekecektir. İhlale yol açan işlemi geçersiz kılmayan her mahkeme kararının da temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği düşünülebileceği için, esasen Türk bireysel başvuru sisteminde her ihlalin aynı zamanda bir mahkeme kararından kaynaklanacağı söylenebilir. Elbette bunun tersi doğru değildir. Bir başka deyişle, yalnızca mahkeme kararından kaynaklanan ihlallerin bulunması mümkündür.

Bu açıklamadan yola çıkarak, her bireysel başvuruda gerekli görülmesi hâlinde yeniden yargılama yoluna başvurulabileceğini söyleyebiliriz. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapan mahkemenin yapması gerekenlerse Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenecektir. Bu durumda temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanun aleyhine somut norm denetimi gerçekleştirilmesi gerektiği Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanabilir. Böylelikle, anayasaya aykırı normun denetimi Anayasa çerçevesi içinde kalınarak

Hukuku, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2019, s.412. Anayasa Mahkemesi kararlarında hüküm fıkrasıyla birlikte gerekçelerin de bağlayıcı olduğu görüşü için bkz. TEZİÇ, Erdoğan: “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı Dergisi, 7, 1990, s.46; SAĞLAM, Fazıl: “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, Anayasa Yargısı Dergisi, 13,1996, s.57-58.

⁶¹ KELSEN, Hans: General Theory of Law and State, 3. Baskı, çev. Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge 1949, s.157.

⁶² Organlar hiyerarşisi hakkında genel olarak bkz. GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 10. Baskı, Ekin, Bursa 2013, s.181-185.

gerçekleştirilebilir. Sonuç olarak, sol kulak sağ elle gösterilmek suretiyle de olsa ihlal eden kanunun geçersiz kılınmasının pozitif hukuka uygun bir yolunun bulunduğunu kabul edebiliriz. Bu yol doktrinde de kabul edilmekte⁶³, ancak usul ekonomisine aykırı bir yöntem olduğu için eleştirilmektedir⁶⁴.

Kanımızca olası ilk çözüm hem anayasa aykırı hem de etkisiz olabilecek bir yoldur. Anayasa Mahkemesi kararına rağmen temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunu ilga etmekten kaçınan bir yasama organına karşı ne yapılabileceği meçhuldür. Bununla birlikte, anayasaya uygun olduğuna karar verdiğimiz “yeniden yargılama sırasında somut norm denetimine başvurma” yolu da etkisiz olabilir. Neticede yeniden yargılama yapan mahkeme de yasama organı gibi somut norm denetimine gitme konusunda hukuka aykırı bir direnme yoluna gidebilir. Bu durumda konunun olağan kanun yolları içinde tekrar değerlendirilmesi veya somut norm denetimine gitmeyen mahkeme veya mahkemelerin bu kararı dolayısıyla yeniden bireysel başvuru yapılması mümkün olsa da bu tür olasılıklar hakkı ihlal edilen kişiler açısından yıldırıcı bir hâl alabilir. Sorunun hem temel hak ve özgürlükleri korumak hem de kanunların anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmek olan Anayasa Mahkemesi içinde çözülmesi çok daha yerinde olacaktır.

IV. SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklere aykırı kanunların geçerliliğini koruması “çatışan normların varlığı” ve “ihlalin devamlılığı” açısından sorunlar yaratır. Dolayısıyla, bireysel başvuru neticesinde temel hak ve hürriyetleri ihlal edildiği tespit edilen kanunun geçerliliğinin sona erdirilebilmesi gerekir. Türk hukuk sisteminde ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklandığı ve Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar gördüğü durumlarda, usul ekonomisi açısından sorunlu bir biçimde, yeniden yargılama yapan mahkemenin somut norm denetimine *gitme yükümlülüğü* dolayısıyla bu sorun aşılabilir. Ancak, bu yolun usul ekonomisi açısından sakıncalı, yıldırıcı ve etkisiz olabileceğini yukarıda vurguladık.

Kanımızca bu sorunun en makul çözümü anayasa değişikliğine gitmektir. Bu değişiklik ile bireysel başvuruya bakmakta olan bölümün Genel Kurul’da iptal davası açabilmesi sağlanmalıdır. Bölümde görev alan üyelerin Genel Kurul’a da katılmasının hukuk sistemi açısından yaratacağı sorun, temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kanunların geçerliliğini korumasının yaratacağı sorundan çok daha önemsizdir. Kaldı ki bu şekilde açılan iptal davalarında bölümde görev alan üyelerin Genel Kurul’a katılamayacağı öngörülmek suretiyle bu sorunun da önüne geçilebilir. Eğer Türk bireysel başvuru sistemi yalnızca geçerli kanunları ihlal eden kişilerin hakkını korumayı amaçlayan ve ihlale sebep olan kanun geçerliliğini koruduğu için bu amaçta dahi başarılı olamayan, anayasaya aykırı kanunların geçersiz kılınmasında yasama organının iyi niyetinden fazlasına güvenen, etkili bir sistem olmayı amaçlıyorsa anayasal bir değişiklik zorunlu görünüyor.

⁶³ AYDIN, s.141; HAMDEMİR, s.192.

⁶⁴ ŞAHBAZ, s.91-94.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Ankara 1996.
- ARMAĞAN, Servet: Anayasa Mahkemesinde Kazaî Murakebe Sistemi, İÜHF Yayınları, İstanbul 1967.
- ATASOY, Hakan: “Bireysel Başvuruda Güncel Sorunlar”, in Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), ed. Sevtap Yokuş, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2015, s.227-272.
- AUSTIN, John: The Province of Jurisprudence Determined, ed. Wilfrid Ed. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- AYDIN, Öykü Didem: “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(4), 2011, s.121-170.
- BULYGIN, Eugenio: “Norms, Normative Propositions, and Legal Statements”, in FLØISTAD, G: Philosophy of Action: Contemporary Philosophy (A New Survey), Cilt: 3, Martinus Nijhoff, Lahey 1982, s.127-152.
- EPPING, Volker: Grundrechte: In Zusammenarbeit mit Sebastian Lenz und Phillip Leydecker, Springer, Berlin 2004.
- ERDİNÇ, Tahsin: “Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 6(20), 2015, s.87-138.
- GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 10. Baskı, Ekin, Bursa 2013.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2018.
- GÖZLER Kemal: “Yorum İlkeleri”, in Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, ed. Ozan Ergül, Kamu Hukukçuları Platformu-Türkiye Barolar Birliği Ortak Yayını, Ankara 2013, s.15-119.
- GÖZTEPE, Ece: “Ece Göztepe’nin Konuşması”, in Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikâyeti/Anlamı ve Olası Sorunlar, TBB Yayını, Ankara 2011, s.32-43.
- GÖZTEPE, Ece: “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 95, 2011, s.13-40.
- GÜLGEÇ, Yahya Berkol: Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması, On İki Levha, İstanbul 2018.
- GÜLMEZ, Mesut: ““Örgütlenme Özgürsüzlüğü’ Cephesinde Yeni Bir Şey Yok! Olacağı da Yok”, Çalışma ve Toplum, 2, 2013, s.13-40.
- HAMDEMİR, Berkan: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- HARBICH, Jürgen: “Die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht”, Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata, 135, 2005, s.32-48.
- HOBBS, Thomas: Leviathan, çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2013.
- İNCEOĞLU, Sibel: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha, İstanbul 2017.
- KARAMAN, Ebru: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha, İstanbul 2013.
- KELSEN, Hans: General Theory of Law and State, çev. Anders Wedberg, 3. Baskı, Harvard University Press, Cambridge 1949.
- KELSEN, Hans: General Theory of Norms, çev. Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford 1991.
- KILINÇ, Bahadır: “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı, 25, 2008, s.19-59.
- KRAMER, Matthew H.: “Freedom and the Rule of Law”, Alabama Law Review, 61 (4), 2010, s.827-845.
- KRAMER, Matthew H.: “On the Counterfactual Dimension of Negative Liberty”, Politics, Philosophy & Economics, 2 (1), 2003, s.63-92.
- KRAMER, Matthew H.: The Quality of Freedom, Oxford University Press, Oxford 2003.
- ÖDEN, Merih: “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 43 (1-4), 1993, s.61-124.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2019.
- PIEROTH, Bodo: “Das Verfassungsgericht als Kommunikatives Element Moderner Verfassungsstaatlichkeit”, Rechtstheorie, 34(3), 2003, s.299-305.
- SAĞLAM, Fazıl: “Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar”, in Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikâyeti/Anlamı ve Olası Sorunlar, TBB Yayını, Ankara 2011, s.20-31.
- SAĞLAM, Fazıl: “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, Anayasa Dergisi, 13, 1996, s.43-60.
- SÁRI, János: “Schutz und Garantien der Durchsetzung der Grundrechte im Ungarischen Verfassungssystem”, Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica, 43, 2002, s.5-19.
- SİLİER, Yıldız: “İki Özgürlük Anlayışı”, Felsefe Tartışmaları, 31, 2003, s.51-68.
- SKINNER, Quentin: “The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives”, in RORTY, Richard/SCHNEEWIND, Jerome B./SKINNER, Quentin: Philosophy in History:

- Essays on the Historiography of Philosophy, Cambridge University Press, Cambridge 1984, s.193-221.
- ŞAHBAZ, İbrahim: “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, in Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikayeti/Anlamı ve Olası Sorunlar, TBB Yayını, Ankara 2011, s.71-128.
- ŞİMŞEK, Tacettin: “İdari Yargı Açısından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, in Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Şikayeti/Anlamı ve Olası Sorunlar, TBB Yayını, Ankara 2011, s.129-141.
- ŞİRİN, Tolga: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, On İki Levha, İstanbul 2015.
- ŞİRİN, Tolga: Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On İki Levha, İstanbul 2013.
- TEZİÇ, Erdoğan: “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı Dergisi, 7, 1990, s.31-46.
- ZAKARIAS, Kinga: “Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht im Ungarischen Recht”, Iustum Aequum Salutare, 6(3), 2010, s.227-244.

TÜRK MEDENÎ KANUNU'NA GÖRE VAKIFLARDA AMACIN DEĞİŞTİRİLMESİ

THE CHANGE OF PURPOSE IN FOUNDATIONS ACCORDING TO THE TURKISH CIVIL CODE

Murat SARIKAYA* 

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.970263> 

Makale Bilgi

Gönderi: 12/07/2021
Kabul : 17/10/2021

Anahtar Kelimeler

Medenî Kanun,
Vakıf,
Amaçın
Değiştirilmesi,
Türk Hukuku,
İsviçre Hukuku.

Article Info

Received: 12/07/2021
Accepted: 17/10/2021

Keywords

Civil Code,
Foundation,
Change of Purpose,
Turkish Law,
Swiss Law.

Özet

TMK m.113/I hükmü, vakıf tüzel kişiliğinde amaç değişikliğinin koşullarını düzenlemektedir. Yine amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen koşulların ve yüklemelerin kaldırılması veya değiştirilmesi de aynı hükme tabi kılınmıştır (TMK m.113/II). Çalışmada, vakıf tüzel kişiliği bakımından amaç kavramının anlam ve önemi açıklandıktan sonra, amaç değişikliğinin koşulları maddi ve şekli yönden ayrı ayrı incelenmektedir. Keza vakıfta amaç değişikliğine gidilen hâllerde yeni amacın belirlenme yöntemi, amaç değişikliğinin sonuçları ve sınırları üzerinde de durulmaktadır. TMK m.113/II hükmü uyarınca kaldırılması veya değiştirilmesi söz konusu olan koşul ve yükleme kavramlarından ne anlaşılması gerektiği çalışmada ele alınan bir diğer konudur. Bunun ötesinde, İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri bağlamında amaç değişikliğine ilişkin özellik arz eden durumlar olarak vakfedenin amacı değiştirme hakkı (Art. 86a ZGB) ve esaslı olmayan vakıf senedi değişiklikleri (Art. 86b ZGB) temel hatlarıyla açıklanmaktadır. Nihayet çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında yararlananların vakıftan yararlanma koşullarında yapılacak değişiklikler (TMK m.110/V) özel olarak incelenmektedir.

Abstract

Art. 113/I of TCC stipulates the requirements for a change in purpose for foundations. The removal or amendments of conditions which significantly prejudice the purpose of foundation are also subjected to the same requirements (Art. 113/II TCC). In the study, the concept of purpose in foundations is initially clarified, and thereafter the material and formal requirements for the change of purpose are separately examined. The method of determining the new purpose and the results of the change of purpose as well as the limits thereof are also highlighted. Another issue discussed in the study is the notion of conditions that are subject to removal or amendment in accordance with Art. 113/II TCC. Furthermore, in the context of the relevant provisions of the Swiss Civil Code, the right of founder to change the purpose (Art. 86a SCC) and the minor changes to the foundation charter (Art. 86b SCC) are treated as special cases of change of purpose in foundations. Last but not least, the matter of changing the conditions for being beneficiary in the employee benefits foundations (Art. 110/V TCC) is distinctively examined.

EXTENDED SUMMARY

Aim of the Study: The aim of this study is to shed light onto the matter of changing the purpose in foundations. In line with this objective, the material and formal requirements for the change of purpose in foundations, the method of determining the new purpose and the results of the change of purpose as well as the limits thereof are examined in the study. This examination is carried out in the light of legal doctrine and jurisprudence pertaining to Turkish and Swiss Law.

Scope of the Study: In the study, the requirements for the change of purpose are analyzed mainly for ordinary foundations. Nevertheless, the relevant features of family foundations and employee benefits foundations are also highlighted. Furthermore, within the framework of the relevant provisions of the Swiss Civil Code (SCC), the right of founder to change the purpose (Art. 86a SCC) and the minor changes to the foundation charter (Art. 86b SCC) are treated as special cases of change of purpose in foundations. Finally, the matter of changing the conditions for being beneficiary in the employee benefits foundations is distinctively examined.

Theoretical Background and Key Findings: The notion of purpose in foundation constitutes the basis for its legal entity. In this respect, it is principle that the purpose initially set by the founder cannot be changed. As a matter of this fact, according to the Turkish Civil Code (TCC) the purpose of the foundation can only be changed in the presence of certain strict requirements (Art. 113/I TCC). Since some important changes in the circumstances may render impossible for the foundation to achieve its original purpose in the same manner. Considered from the material point of view, the requirement for the change of purpose is that the original purpose has turned out to bear fundamentally different meaning or results so that the foundation has been evidently alienated from the intentions of the founder. In this regard, it must be apparent that according to the hypothetical will of the founder, he/she would not have determined the purpose of the foundation in its original form had he/she known of the relevant change in the circumstances. For the change of purpose in the foundation it is formally sought that upon the application of the supervisory authority or the board of trustees and by taking the written opinion of the other a court decision is given. If the requirements for the change of purpose are met, the hypothetical will of the founder must again be taken into account in order to determine the new purpose. Accordingly, it should reasonably be determined how the founder would specify the purpose of the foundation at the time of the adaptation. It is also important to ensure that the new purpose is designated as close as possible to the original purpose of the foundation. Therefore, after the need that the founder wishes to meet or the benefit that he/she wants to provide has been determined correctly, the most suitable purpose under the new circumstances should be adopted. However, if an intention is declared in the foundation charter that prohibits the change of purpose, so means that the foundation must be dissolved in a situation requiring a change of purpose, this will of the founder must be respected. According to Art. 113/II TCC, the removal or amendments of conditions which significantly prejudice the purpose of foundation are also subjected to the same requirements as to change of purpose. Nevertheless, it must be accepted that in terms of changing the conditions for being beneficiary in the employee benefits foundations Art. 110/V TCC is a special provision compared to Art. 113 TCC, and the strict requirements stipulated by the Art. 113/I TCC are not to seek if the relevant change is in favor of the beneficiaries of the foundation.

Conclusions: The change of purpose in foundations is exceptional. However, it appears in practice that regardless of whether the necessary requirements for the change of purpose are met, many applications are submitted to the courts to change the purpose clause in the foundation charter, especially to expand it. It must be noted that most of the requests for the change of purpose made in this way are rejected by the Turkey's Court of Cassation. Therefore, not only theoretically but also from practical point of view, it is important to examine the subject of change of purpose in foundations comprehensively. There is no doubt that further examinations of the topic could also contribute a lot to legal doctrine as well as the practice of law.

I. GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu, vakıf kurulduktan sonra vakıf senedi değişikliğine gidilebilmesini “Yönetimin, amacın ve malların değiştirilmesi” başlığı altında¹ TMK m.112-113 hükümlerinde düzenlemiştir². Bu bağlamda, TMK m.112 hükmü yönetimin, TMK m.113 hükmü ise amacın ve malların değiştirilmesini konu edinmektedir. Çalışmada, TMK m.113/I hükmü kapsamında vakfın amacının değiştirilmesi ve TMK m.113/II uyarınca amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen koşul ve yüklemelerin kaldırılması veya değiştirilmesi incelenmektedir. Belirtmek gerekir ki bu inceleme, Türk Medenî Kanunu (ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi) hükümlerine göre kurulan, Vakıflar Kanunu’nun “yeni vakıflar” olarak tanımladığı (m.3) vakıflara yöneliktir³. Yine çalışmada olağan (klasik) vakıflar esas alınmış, aile vakıflarının ve çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarının arz ettiği özellikler üzerinde de yeri geldikçe durulmuştur.

Uygulamada vakfın amacının değiştirilebilmesi için gerekli koşulların oluşup oluşmadığına dikkat etmeksizin vakıf senedindeki amaç maddesinin değiştirilmesi, özellikle de genişletilmesi için mahkemeye müracaat edildiği anlaşılmaktadır. Bu şekilde yapılan pek çok değişiklik talebini Yargıtay’ın reddettiği belirtilmelidir. Dolayısıyla vakıfta amaç değişikliği konusunun koşulları ve sonuçlarıyla birlikte kapsamlı olarak incelenmesi teorik olduğu kadar pratik bakımdan da önemlidir.

II. VAKIF TÜZEL KİŞİLİĞİNDE AMAÇ KAVRAMI VE ÖNEMİ

Vakıf tüzel kişiliğinin zorunlu bir unsuru olarak amaç, vakfedenin arzusuna uygun olarak vakıf faaliyetinin yöneldiği hedefi ifade eder⁴. Bu bakımdan vakfın amacı, kaynağını vakfedenin vakıf senedinde açıkladığı iradesinde bulur⁵. Vakfı oluşturan malvarlığı değerleri açıklanan bu amaca özgülenmiştir (TMK m.101/I). Vakfeden, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde vakfın amacını serbestçe belirleme imkânına sahiptir⁶.

TMK m.101/I hükmü, vakfın amacının belirli ve sürekli olmasını öngörmektedir⁷. Bunun yanında, amacın imkânsız (TMK m.5, TBK m.27) veya yasak amaçlardan⁸ (TMK m.101/IV) olmaması da gerekir⁹. Vakfın amacının bu nitelikleri taşıması, tüzel kişiliğin kazanılması için olduğu kadar, vakfın varlığını sürdürmesi için de gereklidir (*Karş.* TMK m.47/II, 101/IV, 116). Bu bakımdan amaç, vakıf tüzel kişiliğinin kalbi olarak nitelendirilir¹⁰.

Açıklanan mahiyet ve önemine istinaden vakfın amacının değiştirilebilmesi, kanunda sıkı koşullara bağlanmıştır¹¹. Nitekim vakfın amacının *değiştirilemezliği* prensip olarak kabul edilir¹².

¹ Mehaz İsviçre Medenî Kanunu’nun ilgili hükümleri (Art. 85-86b ZGB) ise “Vakfın Dönüştürülmesi” (*Umwandlung der Stiftung*) başlığı altında yer almaktadır.

² TMK m.107/II hükmü de vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlanmasına ilişkindir.

³ Vakıflar Kanunu m.14 uyarınca “*Vakıfların, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Meclis yetkilidir.*”. Görüldüğü üzere, yeni vakıfların amaç değişikliği TMK m.113 hükmüne tabi iken mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları bakımından Vakıflar Kanunu m.14 uygulama alanı bulmaktadır. Bu ikili durum hakkında bkz.: ALTUNKAYA, Mehmet: “Vakıflar Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, İstanbul 2007, s.1700-1701.

⁴ Bkz.: İŞERİ, Ahmet: Türk Medenî Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara 1968, s.32-33; ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M.Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk: Giriş – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Ankara 2000, s.708; ALTUNKAYA, s.1699.

⁵ Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, 3. Auflage, Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, Zürich 2016, EISENRING Martin, Art.86 N.1.

⁶ KÖPRÜLÜ, Bülent: Medenî Hukuk: Genel Prensipler – Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, s.567; ÖZSUNAY, Ergun: Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982, s.387; İŞERİ, s.18; AKSOY DURSUN, Sanem: Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi, İstanbul 2021, s.20-21.

⁷ Amacın belirli ve sürekli olması hakkında bkz.: ÖGÜZ, Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007, s.32 vd.; AKSOY DURSUN, s.21 vd.

⁸ Vakıflarda yasak amaçlara ilişkin Yargıtay uygulaması hakkında bkz.: ÖZ, Turgut: “Vakfın Amacına İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. III, Dernekler ve Vakıflar, Ed. Baki İlkey Engin, İstanbul 2021, s.20 vd.

⁹ Bkz.: ÖGÜZ, s.35-36; AKSOY DURSUN, s.24 vd.

¹⁰ Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, Hrsg. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, Basel 2018, GRÜNINGER Harold, Art.85/86 N.7; EISENRING, Art.86 N.1.

¹¹ GRÜNINGER, Art.85/86 N.7; BGE 103 Ib 161 (E.2).

¹² HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/SCHMID, Jörg: Einleitungartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2016, s.382; EISENRING, Art.86 N.1; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medenî Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2018, s.695.

Gerçekten de vakıf tüzel kişiliği doğduktan sonra ne bizzat vakfedenin ne de vakıf organlarının¹³ amacı değiştirme yetkisi vardır¹⁴. Derneklerden farklı olarak vakıflarda organların tüzel kişiliğin yapısını değiştirme yetkisi bulunmadığı için vakfın durağan (sabit) bir yapıya sahip olduğu kabul edilir¹⁵. Bu anlamda, vakıf organlarının ancak yönetim yetkisine sahip olduğu ifade edilebilir¹⁶.

III. VAKIFLARDA AMACIN DEĞİŞTİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği gibi vakıf tüzel kişiliğinde asıl olan, amacın değiştirilememesidir. Bununla birlikte kanun koyucu, amaç değişikliği imkânını bütünüyle sistem dışında bırakmamış; TMK m.113/I'de öngörülen bazı koşulların varlığı hâlinde buna izin vermiştir. Zira zaman içerisinde bilim ve teknikte görülen yenilikler, ekonomide ve sosyal ilişkilerde yaşanan dönüşümler –TMK m.113/I hükmünün ifadesiyle *durum ve koşullardaki değişmeler*- vakfın başlangıçta öngörülen amacının aynı şekilde gerçekleşmesini olanaksız kılabilir¹⁷. Böyle bir hâlde, amaç değişikliğine imkân tanımamak, vakfın yararsız kalmasına veya tamamen sona ermesine yol açacaktır. Bu durum ise çoğu kez vakfedenin arzusuyla bağdaşmaz. Vakfın amacının uygun şekilde değiştirilmesiyle vakfedenin başlangıçtaki arzusuna uyum sağlanması mümkün olabilir¹⁸. Nitekim *Eugen Huber*'in İsviçre Medenî Kanunu'nun öntaslağına ilişkin açıklamalarında (*Erläuterungen*), ilgili makamlara vakfın amacını değiştirebilme yetkisi tanınmasının belirli ölçüde tehlike içerdiği; ancak bunun, vakfın tamamen anlamsız faaliyetlere bırakılmasına veya sona erdiğinin kabul edilmesine nazaran daha normal görülmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁹. Şu hâlde, kanun koyucunun hangi koşullara bağlı olarak vakıfta amaç değişikliğine izin verdiğini incelemek önem kazanmaktadır.

B. Amaç Değişikliğinin Koşulları

Yukarıda ifade edildiği gibi kanun, vakıfta amaç değişikliğine sıkı koşullar altında izin vermiştir. TMK m.113/I hükmü çerçevesinde söz konusu koşulları maddi yönden ve şekli yönden ayrı ayrı incelemek mümkündür. Dolayısıyla amaç değişikliğine ilişkin koşullar, aşağıda bu ayrıma göre ele alınmaktadır.

1. Maddi Yönden

Maddi yönden ele alındığında TMK m.113/I (Art. 86/I ZGB) hükmü uyarınca vakıfta amaç değişikliğine gidilebilmesi, biri objektif diğeri subjektif olarak değerlendirilen iki kriterle bağlı şekilde mümkün olmaktadır. Objektif kriter, vakfın başlangıçtaki amacının büsbütün (esaslı şekilde) farklı bir anlam veya netice taşır hâle gelmesidir. Subjektif kriter ise söz konusu objektif değişime istinaden vakfın, vakfedenin iradesine (arzusuna) açıkça yabancılaşmasıdır²⁰.

¹³ Bkz.: Yarg. 18. HD. 24.02.2015, E.2014/12132 K.2015/2676; Yarg. 18. HD. 29.03.2010, E.2010/2605 K.2010/4770; Yarg. 18 HD. 31.01.2005, E.2004/10957 K.2005/138; Yarg. 18. HD. 27.12.2004, E.2004/8309 K.2004/10091; Yarg. 18. HD. 22.12.2003, E.2003/7274 K.2003/10203 (Kararlar için bkz.: Kazancı-İçtihat.)

¹⁴ RIEMER, Hans Michael: Das Personenrecht, Die juristischen Personen, Die Stiftungen: Systematischer Teil und Kommentar zu Art.80-89bis ZGB, 3. Auflage, Bern 1975, Art.85/86 N.15; İKİZLER, Metin: "Vakıf Seneğinde Değişikliğe Gidilmesi (TMK m.107, 112 ve 113'ün Kapsamı ve Birbirleriyle İlişkisi)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI(1-2), 2007, s.189.

¹⁵ PEDRAZZINI, Mario M./OBERHOLZER, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 3. Auflage, Bern 1989, s.258; TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich-Basel-Genf 2015, s.158; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, s.381.

¹⁶ SAYMEN, Ferit H.: Medenî Hukukumuzda Hükmî Şahıslar, İstanbul 1944, s.265; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, s.158; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, s.381; AKSOY DURSUN, s.218.

¹⁷ KÖPRÜLÜ, s.596; RIEMER, Art.85/86 N.2; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.696; İŞERİ, s.199; GÜNERİ, Hasan: Türk Medenî Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976, s.74; ÖĞÜZ, s.103. Hükmün kanunda düzenlenen özel bir *clausula rebus sic stantibus* öngördüğü yönünde bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.2; GRÜNINGER, Art.85/86 N.2; SEROZAN, Rona: Tüzel Kişiler, Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994, s.103-104; AKSOY DURSUN, s.251.

¹⁸ HAUSHEER, Heinz/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Bern 2016, s.376; EISENRING, Art.86 N.1; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.695.

¹⁹ Bkz.: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Ausgabe, s.95 (REBER, Markus/HURNI, Christoph: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Materialien zum Zivilgesetzbuch, C. II, Bern 2007, s.91-92).

²⁰ BGE 133 III 167 (E.3.1); GRÜNINGER, Art.85/86 N.7; EISENRING, Art.86 N.2; ÖZSUNAY, s.453; AKÜNAL, Teoman: Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995, s.140; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.725; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2020, s.374; İKİZLER, s.193; AKSOY DURSUN, s.226-227; GENÇ ARIDEMİR, Arzu: "Vakfın Amacının Değiştirilmesine İlişkin Hukuki Sorunlar ve Yargıtay'ın Bakışı", Medenî Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. III, Dernekler ve Vakıflar, Ed. Baki İlkay Engin, İstanbul 2021, s.43-44; Yarg. 18. HD. 24.02.2015, E.2014/12132 K.2015/2676; Yarg. 18. HD. 29.03.2010, E.2010/2605 K.2010/4770; Yarg. 18 HD. 31.01.2005, E.2004/10957

Başlangıçtaki amacın anlamsız hâle dönüşmesi veya bütünüyle değersiz kalması, objektif kriterin mevcudiyetini gösterir²¹. Yine vakfın anlamlı bir amaç izleyebilmesi için lüzumlu beklentilerin gerçekleşmemesi de aynı sonucu doğurur²². Bunun yanı sıra, vakfın başlangıçta öngörülen amaç doğrultusunda hiçbir anlamlı faaliyetinin kalmaması şart koşulmamakta, faaliyet imkânının esaslı şekilde azalması yeterli görülmektedir. Örneğin, vakıf salgın bir hastalıkla mücadele etmek için kurulmuşsa bu hastalık tamamen ortadan kalkmış olmasa da önemini büyük ölçüde yitirmiş olabilir²³. Buna karşın, vakfın amacını bu tarzda etkileyen objektif bir değişiklik olmaksızın, salt vakfın farklı bir amaçla daha faydalı olacağını düşünülmesi amaç değişikliğini sağlayamaz²⁴. Amanın değiştirilmesini gerektiren objektif durum veya koşul değişikliği, genel nitelikli bir değişiklik olabileceği gibi, yalnız vakfı ilgilendiren müşahhas bir değişiklik de olabilir. Bu anlamda, vakfın malvarlığında meydana gelen değişiklikler de amaç değişikliğine gidilmesini zorunlu kılabilir²⁵.

Sübjektif yönden değerlendirme kıstası ise vakfedenin, ilgili durum veya koşul değişikliğini bilseydi vakfın amacını mevcut şekliyle belirlemeyeceğinin söylenebilmesidir²⁶. Bunun için de makul bir bakış açısıyla vakfedenin farazi iradesi sorgulanmalıdır²⁷. Kuramsal olarak ele alındığında vakfın amacına müdahale edilebilmesini mümkün kılan asıl unsurun, sübjektif kriterin gerçekleşmesi olduğu belirtilmelidir²⁸.

Önemle belirtmek gerekir ki yukarıda açıklanan objektif kriter ile sübjektif kriter, birbirine bağlı iki parça şeklinde maddi yönden vakfın amacının değiştirilebilmesi koşulunu oluşturmaktadır yoksa bunların iki ayrı koşul teşkil etmesi söz konusu değildir²⁹. Bunun anlamı, başat unsur olarak sübjektif kriterin gerçekleşmesinin, her zaman ve ancak, objektif kriterin gerçekleşmesiyle mümkün olmasıdır. Bir bütün olarak değerlendirildiğinde vakfın kurulma sebebini (temelini) oluşturan olguların değişmesi hâlinde amaç değişikliği gerekli hâle gelmektedir³⁰.

Yukarıda söylenenlere uygun olarak, vakfın amacının farklı bir anlam veya netice taşımaya yol açan objektif bir durum veya koşul değişikliği söz konusu değilse vakfın, vakfedenin arzusuna aykırı hâle geldiği kabul edilemez³¹. Özellikle sağlığında vakfedenin kişisel görüş ve tercihlerinin değişmiş olması, kurulmuş olan vakfın amacının değiştirilmesinin gerekçesi olamayacaktır³². Yine örneğin, ölüme bağlı tasarrufla vakıf kurulmuşsa vakfedenin geride bıraktığı aile üyelerinin sonradan fakirliğe düşmesi sebebiyle vakfın, vakfedenin iradesine yabancılaştığı da iddia edilemeyecektir. Bu bakımdan, sonradan gerçekleşen objektif durum veya koşul değişikliği faaliyetteki vakfın amacını etkileyen bir değişiklik olmalıdır. Şu hâlde, *kanımızca*, TMK m.113 hükmü kaleme alınırken mehaz Art. 86 ZGB düzenlemesinden farklı olarak “başlangıçtaki amacının büsbütün farklı bir anlam veya netice taşır hâle gelmesi” (...*ursprünglicher Zweck eine ganz andere*

K.2005/138; Yarg. 18. HD. 27.12.2004, E.2004/8309 K.2004/10091; Yarg. 18. HD. 22.12.2003, E.2003/7274 K.2003/10203 (Kararlar için bkz.: Kazancı-İçtihat).

²¹ EGGER, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, C. I, Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 1930, Art.85/86 N.5.

²² Bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.10; GRÜNINGER, Art.85/86 N.7; EISENRING, Art.86 N.2.

²³ RIEMER, Art.85/86 N.10.

²⁴ RIEMER, Art.85/86 N.10; AKBULUT, Pakize Ezgi: Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilmesi, İstanbul 2020, s.204.

²⁵ RIEMER, Art.85/86 N.9-10; AKSOY DURSUN, s.226.

²⁶ Bkz.: PEDRAZZINI/OBERHOLZER, s.258-259; EISENRING, Art.86 N.2; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, s.159; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.696-697; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.726; AKBULUT, s.192; AKSOY DURSUN, s.227. Ayrıca bkz.: SAYMEN, s.265.

²⁷ EGGER, Art.85/86 N.6; RIEMER, Art.85/86 N.9; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, s.159; AKSOY DURSUN, s.227.

²⁸ Bkz.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Einleitung (GMÜR Max) - Personenrecht (HAFTER Ernst), 2. Auflage, Bern 1919; HAFTER, Art.86 N.3; GRÜNINGER, Art.85/86 N.7; İŞERİ, s.201.

²⁹ Bkz.: EGGER, Art.85/86 N.4-6; RIEMER, Art.85/86 N.7.

³⁰ GUTZWILLER, Max: Die Stiftungen, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel-Stuttgart 1967, s.622-623.

³¹ Yarg. 18 HD. 24.02.2015, E.2014/12132 K.2015/2676 (Kazancı-İçtihat): “Somut olayda, davaya konu vakfın senedinin 3. maddesinde, vakfın amacını, ilk, orta ve yüksek tahsil kademelerinde inkamı olmayan gençleri bir taraftan asrın müspet ilimleriyle teçiz, diğer taraftan milli kültür ve manevi değerlere sahip olarak yetiştirmek için her türlü yardımı yapmak ve bu konuda gerekenleri temin etmek hususunda her türlü teşebbüslerde bulunmak şeklinde belirlenmiş iken, madde metninde belirtilen ifadeler tamamen çıkarılarak yerine ‘...dershane, etüt merkezi, özel öğretim kurumları, üniversite açmak...’, gibi geniş kapsamlı genel bir ifadeyle vakfın amacının kuruluş iradesine aykırı olarak genişletildiği anlaşıldığından, vakıf senedinin 3. maddesinde yapılan söz konusu bu değişikliğin...4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 113. maddesinde öngörülen koşullara uygun düşmediği...”

³² RIEMER, Art.85/86 N.10; AKBULUT, s.205. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda Art. 86a ZGB hükmü belirli şartlar altında vakfedenin sonradan amacı değiştirebilmesine imkân tanımıştır. Bu konuda bkz. aş. V. A.

Bedeutung oder Wirkung erhalten hat...) unsuruna vurgu yapılmaksızın, çok geniş bir ifadeyle “durum ve koşullardaki değişimler”den bahsedilmesi isabetli olmamıştır³³.

Buna göre, objektif durum veya koşul değişikliği, vakfın belirlenen amacının gerçekleştirilmesi üzerinde bir etkiye sahipse önem taşıyacaktır. Vakfın mevcut amacı aynı şekilde gerçekleştirilebiliyorsa sırf yeni durum veya koşulların ortaya çıkmasına bağlı olarak vakfedenin arzusunun başka yönde olacağı gerekçesine dayanılmaz. Özenle dikkat edilmesi gereken bu ayrımı İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında incelenen olay üzerinden ortaya koymak mümkündür. Dava konusu olayda vakfedenler, resmi evlilikten gelen ve X soyadını taşıyan altsoylarının eğitimi, desteklenmesi ve benzeri ihtiyaçları için gerekli masrafların karşılanması amacıyla aile vakfı kurmuşlardır. Kanton mahkemesi, vakfın kurulmasından sonra aile hukukunda gerçekleşen değişiklikleri dikkate almış ve amaç değişikliği öngörmüştür. Bu bağlamda, kadının artık kocası tarafından geçiminin sağlanması hakkına sahip olmadığı ve kadının evlenmeden önceki soyadını evlenmeden sonra da koruyabildiği belirtilmiştir. Kanton mahkemesine göre bu koşullar çerçevesinde vakfedenlerin farazi iradesi, resmi evlilikten gelen ve finansal ihtiyacı bulunan tüm altsoylarını vakıftan yararlandırmak yönünde olacaktır. Evlilik içerisinde kadın ve erkek arasında ayırım yapılması veya X soyadını taşımaya önem atfedilmesi gerekli değildir. Federal Mahkeme ise Art. 86 Abs. 1 ZGB (TMK m.113/I) hükmünde öngörülen ilk kriterin olayda mevcut olmadığına ve amaç değişikliği öngörülmesinin yanlış olduğuna karar vermiştir. Zira objektif kriter olarak başlangıçtaki amacın anlam veya neticesinin değişmesi söz konusu değildir. Vakfedenlerin X soyadını taşıyan altsoyları bulunduğu göre amacın gerçekleştirilmesi mümkündür³⁴. Görüldüğü üzere, objektif olarak durum veya koşullardaki önemli değişikliklerin vakfın amacını değiştirmek için yeterli olduğu kabul edilseydi, incelenen olayda amaç değişikliğine gidilmesi doğru bulunabilirdi. Fakat başlangıçta amaç belirlenirken göz önünde bulundurulmuş durum ve koşullarda önemli değişiklikler yaşansa dahi öngörülen amacın gerçekleştirilmesi aynı şekilde mümkün oluyorsa, diğer bir ifadeyle vakfedenin belirlediği amaç sahip olduğu anlam ve neticeyi koruyorsa amacın değiştirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla durum veya koşullardaki objektif değişiklikler, vakfın mevcut amacının anlam veya neticelerini etkiledikleri takdirde amaç değişikliğine gerekçe oluşturabilmektedir. Böyle bir durum yoksa vakfedenin açıkladığı iradeye riayet edilmesi gerekir, vakfın kurulmasından sonra yeni durum veya koşullar sebebiyle daha acil ihtiyaçların ortaya çıkması da bu sonucu değiştirmeyecektir³⁵.

Diğer taraftan, şayet vakfın amacı bütünü farklı bir anlam veya netice taşıyır hâle gelmişse vakfın, vakfedenin iradesine (arzusuna) yabancılaştığı varsayılmaktadır³⁶. Fakat bunun için, amacı etkileyen herhangi bir durum veya koşul değişikliği yeterli değildir; amacın “bütünü” (esaslı şekilde) farklı bir anlam veya netice taşıyır hâle gelmesi ve buna bağlı olarak vakfedenin arzusuna “açıkça” uymayacak olması gerekir³⁷. Mesela ilköğretim öğrencilerinin eğitim ücretini karşılamak için kurulan bir vakfın, kamunun ilköğretimi ücretsiz sunması üzerine eğitim bursları veren bir vakfa dönüştürülmesi mümkündür³⁸. Fakat aynı örnekte, ilköğretim öğrencilerinin eğitim ücreti için devletin belirli bir yardım yapmaya başlaması -her durumda- vakfın amacının değiştirilmesi için yeterli sayılmaz zira vakfın aradaki farkı ödemesi de vakfedenin gidermeyi arzuladığı ihtiyaca hizmet edebilecektir. Bu gibi hâllerde, mevcut amacın tesirine ilişkin azalmanın hangi noktadan itibaren amaç değişikliğini haklı kılacağı, *kanımızca* da isabetli olarak, bir takdir meselesi olarak görülmektedir³⁹.

Nihayet belirtmek gerekir ki vakfedenin dini inancı veya politik tercihi gibi kişisel özellik ve görüşleriyle şekillenmiş vakıflarda amaç değişikliğine giderken daha temkinli davranılması

³³ Buna karşın, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 903 sayılı Kanun ile değişik 80. maddesinde “*Vakfın asıl gayesinin mahiyet ve şümulü...değişmiş olursa...*” ifadesine yer verilmiş; yine 903 sayılı Kanun’dan önce de ilgili hüküm 79. maddede “*Tesisteki gayenin mahiyet ve şümulü;...tebeddül etmiş olursa...*” ifadesiyle düzenlenmiştir. Hüküm, TMK m.113/I’de yeniden kaleme alınırken amaç değişikliğinin maddi koşulu yönünden değişiklik öngörülme istendiği söylenemez; nitekim gerekçede bu yönde hiçbir işaret bulunmamaktadır. Sadeleştirilmek istenen lafzın, objektif kriteri tam olarak yansıtamaz hâle geldiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, mehaz hükme uygun yorum yapılması gerekmektedir.

³⁴ BGE 133 III 167.

³⁵ İŞERİ, s.206.

³⁶ Bkz.: EGGER, Art.85/86 N.6; RIEMER, Art.85/86 N.7.

³⁷ Bkz.: İŞERİ, s.201; RIEMER, Art.85/86 N.7.

³⁸ RIEMER, Art.85/86 N.13; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, s.259; GRÜNİNGER, Art.85/86 N.7; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, s.382; EISENRING, Art.86 N.2.

³⁹ İŞERİ, s.201; GÜNERİ, s.75.

gerekmektedir⁴⁰. Zira vakfedenin sübjektif özelliklerinin ön planda olması, farazi irade değerlendirmesini etkileyecek ve koşullar değişmiş olsa da vakfın farklı bir amaçla faaliyet göstermesini engelleyebilecektir⁴¹.

2. Şekli Yönden

Vakıfta amaç değişikliği TMK m.113/I (Art. 86 Abs. 1 ZGB) hükmünün öngördüğü usul ve şartlar altında, mahkeme kararına bağlı olarak mümkündür. Bu bakımdan, vakıf senedinde vakfın bir organına veya başka bir makama gerektiğinde amacı değiştirme yetkisinin verilmesi geçerli olmayacaktır⁴².

Vakfın yönetim organı ve denetim makamı birbirlerinden bağımsız olarak amaç değişikliği için mahkemeye başvurma yetkisine sahiptir⁴³. Bunlardan birinin başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünün alınması gerekir (TMK m.113/I)⁴⁴; fakat bu görüş mahkeme için bağlayıcı değildir⁴⁵. Vakıf senedinde amaç değişikliği için yönetim organından farklı bir organın karar alması gerektiği düzenlenmişse vakıf senedi uyarınca yetkili organın kararından sonra yönetim organının mahkemeye başvurması lazımdır⁴⁶. Yine vakıf senedinde, değişiklik kararı için öngörülen bir karar nisabı varsa kararın buna uygun alınması gerekir⁴⁷. Yetkili organda usulüne uygun alınan karar sonrasında noterde resmi senet düzenlenerek bunun tescili için mahkemeye başvurulmaktadır⁴⁸. Doktrinde bir görüşe göre, TMK m.113 uyarınca yeni amacı belirleme yetkisi bizzat mahkemeye verilmiş olduğundan amaç değişikliğine ilişkin resmi senet düzenlenmesinin aranması isabetli değildir⁴⁹. *Kanımızca* da mahkeme, TMK m.113 çerçevesinde kendisine yapılan başvuruda önerilen yeni amacı uygun bulmaz ve fakat vakfın amacının değiştirilmesi gerektiğine kanaat getirirse yeni amacı resen tayin etmelidir.

Yönetim organı veya denetim makamının görüşünün alınmasından başka, amaç değişikliğinden etkilenenler olarak vakıftan yararlananların da dinlenebileceği kabul edilmektedir⁵⁰; ancak amaç değişikliğine gidilebilmesi için bunların onayının alınması şart değildir⁵¹. Hâlen hayatta olması durumunda bizzat vakfeden bakımından da aynı durum geçerlidir⁵². Özellikle yeni amacın tayini noktasında hâkim, vakfedenin görüşünü sorabilirse de onun görüşüyle bağlı değildir⁵³.

C. Yeni Amacın Belirlenmesi

Yeni amacın belirlenmesinde izlenecek yöntem, vakfedenin uyarılama anında vakfın amacını nasıl belirleyeceğinin makul şekilde tespit edilmesidir⁵⁴. Dolayısıyla yine farazi irade araştırması

⁴⁰ RIEMER, Art.85/86 N.10; AKBULUT, s.205.

⁴¹ Böyle bir hâlde vakfın sona ermesi gündeme gelebilir. Daha fazla açıklama için bkz. aş. III. E.

⁴² Bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.15; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, s.260; GRÜNINGER, Art.85/86 N.1; İKİZLER, s.190; AKBULUT, s.158; AKSOY DURSUN, s.231. Bununla birlikte, vakıf senedinde belirli bir olayın gerçekleşmesinden veya belirli bir sürenin geçmesinden sonra takip edilecek ikincil bir amaç öngörülebileceği (RIEMER, Art.85/86 N.84) ve objektif olarak belirli veya belirlenebilir koşullara bağlı olarak vakıf organlarına veya bizzat vakfedene yine objektif olarak belirli veya belirlenebilir şekilde amacı değiştirme yetkisi tanınabileceği (RIEMER, Art.85/86 N.88; GRÜNINGER, Art.85/86 N.1) ifade edilmektedir. Ancak işaret edilen son hâlde dahi vakıf senedinin değiştirilebilmesi için mahkemeye başvurmak gerekecektir (AKSOY DURSUN, s.222). Bu bağlamda, TMK m.113 hükmünün emredici olup olmadığı doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır. Hükmün emredici olmadığı yönünde bkz.: AKBULUT, s.187. Hükmün emredici olduğu görüşünde bkz.: İKİZLER, s.190. Ayrıca *inc.* AKSOY DURSUN, s.218 vd.

⁴³ TMK m.113 (Art. 86 ZGB) hükmünün şartları gerçekleşmişse amaç değişikliği için başvurunun bir yükümlülük olduğu yönünde bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.16; ÖĞÜZ, s.103.

⁴⁴ İsviçre’de mehaz Art. 86 ZGB hükmünün 8 Ekim 2004 tarihli Federal Kanun’la (AS 2005 4545) değiştirilmesi sonrasında, madde metninde vakfın en yüksek organının veya denetim makamının görüşünün alınması gerekliliğinden bahsedilmemektedir. Ancak bu gereklilik, yeni hükmün gerekçesinde ifade edilmiştir (BBI 2003 8153, s.8168).

⁴⁵ Bkz.: HAFTER, Art.85 N.7, Art.86 N.5; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, s.260; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s.377; GENÇ ARIDEMİR, s.54; YHGK. 22.07.2009, E.2009/18-348 K.2009/398 (Kazancı-İçtihat).

⁴⁶ AKBULUT, s.195; GENÇ ARIDEMİR, s.54; Yarg. 8. HD. 19.01.2017, E.2017/198 K.2017/497 (Kazancı-İçtihat).

⁴⁷ Bkz.: Yarg. 18. HD. 09.04.2007, E.2007/2719 K.2007/3180 (Kazancı-İçtihat).

⁴⁸ Yarg. 18. HD. 12.02.2007, E.2007/574 K.2007/945; Yarg. 8. HD. 30.03.2017, E.2017/8958 K.2017/4764 (Kararlar için bkz.: Kazancı-İçtihat).

⁴⁹ GENÇ ARIDEMİR, s.56-58.

⁵⁰ HAFTER, Art.85 N.8, Art.86 N.5; RIEMER, Art.85/86 N.28.

⁵¹ RIEMER, Art.85/86 N.30.

⁵² Bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.32; İŞERİ, s.208.

⁵³ İKİZLER, s.196.

⁵⁴ RIEMER, Art.85/86 N.11; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, s.259; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, s.159; GRÜNINGER, Art.85/86 N.8; EISENRING, Art.86 N.2; AKBULUT, s.202. Amaç değişikliğini gerektiren bir durum ortaya çıkması hâlinde takip edilecek yeni amacın vakıf senedinde önceden belirlenebileceği yönünde bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.86.

söz konusudur⁵⁵. Bunun için de bir yönüyle subjektif, bir yönüyle de objektif değerlendirme yapılması gerekir⁵⁶. Subjektif olarak bizzat vakfedenin geçmişteki iradesi ve amacı göz önüne alınmalı, objektif olarak da yeni koşullar altında bu amaca en yakın makul amaç tespit edilmelidir⁵⁷. Bu bağlamda, vakfın mevcut amacına nazaran daha genel bir amacın belirlenmesi mümkün olduğu gibi, mevcut amaçla aynı doğrultuda olan benzer bir özel amacın benimsenmesi de imkân dâhilindedir⁵⁸. *Kanımızca*, yeni amaç belirlenirken vakfedenin gidermeyi arzuladığı ihtiyaç veya sağlamak istediği menfaat doğru şekilde tespit edildikten sonra yeni şartlar altında buna en uygun olan amacın benimsenmesi gerekir⁵⁹. Vakfedenin başlangıçtaki arzusunun tespit edilmesi bakımından o zamanki durum ve koşulların dikkate alınması icap eder. Yeni şartlar altında buna en uygun amacın tayini noktasında ise vakıf malvarlığının durumu⁶⁰, faaliyetlerini sürdürebileceği yer ve zaman gibi uyarılma anındaki objektif durum ve koşullar da dikkate alınmalıdır⁶¹.

Yeni amacın vakfın mevcut amacına mümkün olduğunca yakın belirlenmesine dikkat edilmelidir⁶². Bu prensip, kanunun hazırlık çalışmalarında ifadesini bulduğu gibi⁶³, TMK m.54/II (Art. 57 Abs. 2 ZGB) hükmü dikkate alındığında sistematik yorumun da ortaya koyduğu bir neticedir. Gerçekten tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda malvarlığının mümkün olduğunca daha önce özgülendiği amaç için kullanılması gerektiğine göre (TMK m.54/II; Art. 57 Abs. 2 ZGB), tüzel kişiliği ayakta tutmayı hedefleyen amaç değişikliği hâlinde aynı prensip öncelikle geçerli olmalıdır⁶⁴. Aslına bakılırsa bu husus, vakfedenin malvarlığını belirli bir amaca özgülleme iradesine itibar edilmesinin de vazgeçilmez bir gereğidir. Zira her ne kadar vakfedenin başlangıçta öngördüğü amaca aynen bağlı kalmak artık mümkün görülmemese de onun sağlamayı arzuladığı menfaate yakın bir menfaatin vakıf faaliyetinde esas alınması, vakıf ile vakfedenin iradesi arasındaki bağlantıyı korumak bakımından zorunludur.

Şu hâlde cevaplanması gereken soru, yeni amaç belirlenirken vakfın başlangıçtaki amacı ile ne derecede bir bağlılık aranacağı olmaktadır. Bu noktada doktrinde bir görüş, mutlaka başlangıçtaki amaçtan en az ayrılan çözümün dikkate alınmasının gerekmediğini, vakfın aynı alanda faaliyet göstermesinin yeterli olacağını savunmaktadır⁶⁵. *Kanımızca*, yeni amacın belirlenmesinde hareket sahasını bu şekilde geniş ele alan görüşlere temkinli yaklaşmak gerekir. Zira amaç değişikliği, vakfedenin iradesinin yeni durum ve koşullara uygun olarak devam ettirilmesini hedeflemelidir. Dolayısıyla vakfedenin özelleşmiş bir menfaat sağlamayı arzuladığı anlaşıldığı ölçüde, mümkün olduğunca buna yakın ve benzer menfaatler esas alınmalı; daha genel faaliyet alanına yönelmekten kaçınılmalıdır. Bununla birlikte, amaç değişikliği neticesinde vakfın yeniden tam olarak anlamlı bir faaliyete kavuşturulması gerekir⁶⁶. Dolayısıyla bu gereği sağlayamayan “en yakın amacın” tercih edilmesinden sarfınazar edilebilecektir.

Vakıfta amaç değişikliğinin İsviçre hukukundan gelen klasik örnekleri; bir beldenin gaz lambalarıyla aydınlatılması için kurulan vakfın, bu beldede elektrik kullanılmaya başlanmasından sonra elektrikli ampullerle aydınlatma amacına çevrilmesi⁶⁷ ve -yukarıda belirtildiği gibi- ilköğretim öğrencilerinin eğitim ücretini karşılamak için kurulan vakfın, kamunun ilköğretimi ücretsiz sunması üzerine eğitim bursları veren bir vakfa dönüştürülmesidir. Buna karşın, salgın hastalık döneminde bir karantina evinin yapımı ve masraflarının karşılanması için kurulan vakfın,

⁵⁵ RIEMER, Art.85/86 N.11; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, s.259; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, s.159; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, s.382; AKBULUT, s.202. Kanunumuza §87/II BGB hükmüne benzer bir çözüm getirilmesi gerektiği görüşünde bkz.: ÖZSUNAY, s.455.

⁵⁶ RIEMER, Art.85/86 N.9.

⁵⁷ Benzer yönde bkz.: AKÜNAL, s.140.

⁵⁸ RIEMER, Art.85/86 N.11.

⁵⁹ *İkizler*'in önerdiği iki aşamalı yöntem (önce vakfedenin amacına uygun amaç adaylarının belirlenmesi, sonra bunlar içinden vakfedenin isteğine en yakın ve vakıf için en uygun olanın seçilmesi) de sonuçları yönünden aynı doğrultuda görünmektedir. Bkz.: İKİZLER, s.195 vd.

⁶⁰ Yargıtay da amacın değiştirilmesi, özellikle de genişletilmesi talepleri karşısında vakfın gelirinde uygun bir artış olup olmadığına önem atfetmektedir. Bkz.: Yarg. 18. HD. 07.02.2005, E.2004/7793 K.2005/409; Yarg. 18. HD. 31.01.2005, E.2004/10957 K.2005/138 (Kararlar için bkz.: Kazancı-İçtihat).

⁶¹ Bkz.: İKİZLER, s.196.

⁶² EGGER, Art.85/86 N.7; RIEMER, Art.85/86 N.11; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, s.259; GRÜNINGER, Art.85/86 N.8; EISENRING, Art.86 N.2; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.697; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.726; AKSOY DURSUN, s.230-231.

⁶³ Bkz.: Erläuterungen, s.63 (REBER/HURNI, s.60).

⁶⁴ RIEMER, Art.85/86 N.11. *Karş.* HAFTER, Art.86 N.6.

⁶⁵ RIEMER, Art.85/86 N.11. Ayrıca *karş.* GRÜNINGER, Art.85/86 N.8.

⁶⁶ EGGER, Art.85/86 N.7.

⁶⁷ RIEMER, Art.85/86 N.9; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, s.259; ÖZSUNAY, s.453.

korunmaya ihtiyacı olan çocuklar için faaliyet gösteren bir vakfa dönüştürülmesi TMK m.113/I (Art. 86 Abs. 1 ZGB) hükmüne uygun bir amaç değişikliği olmayacaktır. Söz konusu her iki amaçta kamu yararı bulunması da varılan neticeyi değiştirmez. Zira vakfın başlangıçtaki amacına uygun şekilde -hiç değilse- sağlık alanında faaliyet göstermesini temin etmek mümkün ve gereklidir⁶⁸.

Bazen de vakfın mevcut amacı korunmakla birlikte, bu amacın ve dolayısıyla vakfın faaliyet alanının genişletilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir genişletme özellikle vakfın hâlihazırdaki amacına ilginin önemli ölçüde azaldığı ve malvarlığının fazlalık verdiği durumlarda⁶⁹ kabul edilebilecektir. Vakıfta bu tarzda amaç değişikliği, başlangıçtaki amacı gerçekleştirmek için gerekli malvarlığının vakfedilmesi düşüncesinin karşılıksız kalmasına dayanmaktadır⁷⁰. Yetimhane açmak üzere kurulan bir vakıfta, tüm gelir kaynaklarının kullanılmaması sebebiyle çocuklara ve gençlere yönelik diğer sosyal yardım çalışmalarını da destekleyecek şekilde amaç değişikliğine gidilmesi⁷¹ bu hususta örnek gösterilebilir. Benzer şekilde, malvarlığının artışına bağlı olarak vakfın mevcut amacının, kaynaklara nazaran çok dar kapsamlı kalması da amacın genişletilmesini gerektirebilir⁷². Ancak amaç değişikliğini haklı kılan herhangi bir durum veya koşul değişikliği olmaksızın sırf vakıf organlarının kanaatine göre vakfın amacının genişletilmesi mümkün değildir⁷³.

Yine belirli bir süre için amaç değişikliğine gidilmesinin de TMK m.113/I (Art. 86 Abs. 1 ZGB) çerçevesinde mümkün olduğu benimsenmektedir. Zira hükümde amacın nihai olarak değiştirilmesine izin verildiğine göre, süreli değişikliğin de caiz olduğu kabul edilmektedir⁷⁴. Bunun için, vakfın amacının öngörülebilir bir zaman diliminde tekrar anlamlı hâle geleceği yönünde ciddi bir beklenti bulunmalı; dolayısıyla amacın geçici bir süre için anlamsız kaldığı anlaşılmalıdır⁷⁵. Nihayet vakfın belirlenen amacının bazı kısımları anlamını yitirmişse bunların refedilmesi de mümkündür⁷⁶.

D. Amaç Değişikliğinin Sonuçları

Vakıfta amacın değiştirilmesi, vakfın iç yapısında ve faaliyet alanında bir değişikliği ifade etse de hukukî süje olarak tüzel kişiliği etkilemez⁷⁷. Bu bakımdan, prensip olarak, gerek vakfın üçüncü kişilere karşı hakları⁷⁸ gerekse de üçüncü kişilerin vakfa karşı olan hakları, amaç değişikliğine rağmen varlığını korur. Dolayısıyla bir sözleşmeye yahut haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi diğer bir borç ilişkisine istinaden üçüncü kişilerin vakfa karşı doğmuş olan hakları, amaç değişikliğinden etkilenmez⁷⁹.

Vakıftan yararlananların durumu ise ayrıca incelenmeye değerdir. Vakfın amacının ve dolayısıyla vakıf senedinin değiştirilmesi, o ana kadar vakıftan yararlananların haklarını sınırlayabilir veya tamamen ortadan kaldıracaktır. TMK m.113 (Art. 86 ZGB) çerçevesinde şartları oluşmuşsa bu etkiyi doğurabilecek bir amaç değişikliği de imkân dâhilindedir⁸⁰. Amaç değişikliğinin o ana kadar vakıf senedi uyarınca hak sahibi olanların hakkını ortadan kaldıracak veya sınırlandıracak olması, bu değişikliğin yapılmasına kendiliğinden engel değildir; zira vakıf senedinde üçüncü kişilere tek taraflı olarak tanınan hakların yine tek taraflı olarak geri alınması mümkündür. Ancak elbette amaç değişikliğinden önce muaccel olan edimler hak sahiplerince talep edilebilir⁸¹. Bunun dışında, vakıftan yararlananların menfaati amaç değişikliğinin sınırları çerçevesinde korunabilecektir. TMK m.113/I hükmünün öngördüğü şartlar bulunmadığı sürece amacın değiştirilmesi ve böylece vakıftan yararlananların haklarına müdahale edilmesi mümkün olmadığı gibi, amaç değişikliğinin mümkün ve gerekli olduğu durumda dahi yeni amacın mevcut

⁶⁸ Örnek için bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.11.

⁶⁹ EGGGER, Art.85/86 N.5.

⁷⁰ RIEMER, Art.85/86 N.10.

⁷¹ Bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.13.

⁷² Bkz.: GRÜNINGER, Art.85/86 N.7.

⁷³ Bkz.: Yarg. 18. HD. 29.03.2010, E.2010/2605 K.2010/4770; Yarg. 18. HD. 07.02.2005, E.2004/7793 K.2005/409; Yarg. 18. HD. 31.01.2005, E.2004/10957 K.2005/138; Yarg. 18. HD. 22.12.2003, E.2003/7274 K.2003/10203; Yarg. 18. HD. 03.06.2002, E.2002/3669 K.2002/6289; Yarg. 18. HD. 27.05.2002, E.2002/3481 K.2002/6011 (Kararlar için bkz.: Kazancı-İçtihat).

⁷⁴ RIEMER, Art.85/86 N.12; AKSOY DURSUN, s.233-234.

⁷⁵ RIEMER, Art.85/86 N.12. Aynı yönde bkz.: AKBULUT, s.207.

⁷⁶ RIEMER, Art.85/86 N.10; AKBULUT, s.204.

⁷⁷ RIEMER, Art.85/86 N.25.

⁷⁸ BGE 51 II 465 (E.4): Vakfın amaç değişikliğinden önce kazanmış olduğu alacak, amaç değişikliğinden sonra ileri sürülebilir.

⁷⁹ Bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.25-26.

⁸⁰ RIEMER, Art.85/86 N.26; SEROZAN, s.103.

⁸¹ RIEMER, Art.85/86 N.26.

amaca mümkün olduğunca yakın belirlenmesi gerekmektedir⁸². Dolayısıyla vakıflarda amaç değişikliğinin dayandığı hukukî esaslar, vakıftan yararlananların menfaatlerinin de mümkün olduğunca korunmasını ve zorunlu olmadıkça bunlara müdahale edilmemesini gerektirmektedir⁸³. Bu bakımdan, vakıfta amaç değişikliğine gidilen durumlarda da vakıftan yararlananların haklarına zorunlu olanın ötesinde müdahale edilmemelidir⁸⁴.

E. Amaç Değişikliğinin Sınırları

TMK m.116 (Art. 88 ZGB) hükmü, amacını gerçekleştirme olanaksızlaşan veya amacı yasak amaç hâline gelen vakfın sona ermesini düzenlemektedir. Bu bakımdan, vakfın mevcut amacı doğrultusunda faaliyetlerini sürdüremeyecek olmasına bağlanan yegâne sonuç, amacın değiştirilmesi değildir. Aksine vakfın takip edilebilir bir amacının kalmaması, tüzel kişiliğin sona ermesine yol açabilmektedir. Şu hâlde, amaç değişikliğine ilişkin TMK m.113 hükmü ile vakfın sona ermesine ilişkin TMK m.116 hükmü arasındaki ilişki önem kazanmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki vakıfta amaç değişikliğine gidilmesi, tüzel kişiliğin sona ermesine nazaran önceliklidir⁸⁵. Şayet amacın değiştirilmesi suretiyle vakfın varlığını sürdürmesi sağlanabiliyorsa tüzel kişiliğin sona erdiğine karar verilemez⁸⁶. Nitekim bu husus, TMK m.116 hükmünün her iki fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla vakıfta gerektiğinde amaç değişikliğine gidilmesi, tüzel kişiliğin korunmasına da hizmet etmektedir⁸⁷. İŞERİ'ye göre, bu noktada genel amaç ile özel amacın birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir; genel amaç gerçekleştirilebiliyorken özel amaç gerçekleştirilemiyorsa vakfa yeni bir özel amaç verilmesi, amacın değiştirilmesidir. Yazarın verdiği örneğe göre, uzak bir köyden okula gelen çocuklara öğle yemeği verilmesi için vakıf kurulduğu, sonrasında ise bu köy kendi okulunu inşa ettiği takdirde vakfedenin niyeti (yani vakfın genel amacı) okul çocuklarına yardım şeklinde anlaşılabilirse okul çocuklarına öğle yemeği verme şeklindeki özel amaç onlara burs verme, tatilde kamp yapmalarını sağlama gibi yeni özel amaçlarla değiştirilebilir⁸⁸. Kanımızca, burada yine vakfedenin farazi iradesi belirleyicidir. Vakfedenin, mevcut amacın gerçekleştirilemeyeceğini bilseydi vakfı daha genel nitelikli bir amaçla veya gerçekleştirilmesi mümkün benzer bir özel amaçla kuracağı söylenebiliyorsa amaç değişikliğine gidilmesi gerekir. Buna karşın, vakfedenin münhasıran özel bir amaçla vakıf kurduğunu kabul etmek gerekiyorsa bu amacın gerçekleşmesi olanaksızlaştığı takdirde vakıf sona erecektir (TMK m.116/D)⁸⁹. Örneğin, bir okuldaki öğrencilere kitap yardımı yapılması amacıyla vakıf kurulmuşsa bu okulun kapanması hâlinde vakfın yakın bir amaçla varlığını sürdürüp sürdüremeyeceği sorusu, vakfedenin farazi iradesi araştırılarak cevaplanabilir. Vakfedenin özel olarak bu okula ilgisi sebebiyle vakıf kurduğu anlaşılıyorsa vakfın sona erdiğini, eğitimi destekleme arzusunun bir görünümü olarak mevcut amacın belirlendiği anlaşılıyorsa amaç değişikliğini kabul etmek gerekir; bu son hâlde vakıf, yine vakfedenin farazi iradesine göre belirlenecek olan (özel veya genel nitelikte) yakın bir amaçla varlığını sürdürecektir. Bu gibi hâllerde vakfedenin farazi iradesinin saptanması bakımından vakıf senedinde yer alan diğer düzenlemeler yol gösterici olabilir. Örneğin, vakıf özel bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulmuş ve vakıf senedinde tasfiyeden sonra malvarlığının belirli kurum veya kişilere intikal edeceği düzenlemişse bu durum, amaç değişikliğine cevaz verilmediğini gösterebilir. Bununla birlikte, vakıf kurmakla vakfedenin daimi bir yarar sağlama arzusunda olduğu esas kabul edilebileceğinden, amacın değişmesinin istenmediği yönündeki (farazi) irade şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılmadıkça amaç değişikliğine gidilebilmelidir⁹⁰.

Şayet vakıf senedinde amacın değiştirilmesini yasaklayan, bu anlamda amaç değişikliğini gerektiren bir durumda vakfın sona ereceğini belirten bir irade açıklanmışsa vakfedenin bu iradesine

⁸² Bkz. yuk. III. C.

⁸³ Ayrıca bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.26; AKBULUT, s.202-203.

⁸⁴ Bu noktada, vakıftan yararlananların amaç değişikliğine ilişkin mahkeme kararına karşı kanun yoluna başvurup başvuramayacağı sorusu önem kazanır. Kanımızca, vakıfta amacın değiştirilmesi çekişmesiz yargı işi olarak görülmesi gerektiğinden (İŞERİ, s.207; GÜNERİ, s.88), vakıftan yararlananlar hukuki yararı bulunan ilgililer olarak istinaf yoluna başvurabilmelidirler (HMK m.387). İsviçre hukukunda, vakıftan yararlananların amaç değişikliğine karşı kanun yoluna başvurabileceği yönünde bkz.: GRÜNINGER, Art.85/86 N.11; BGer, 11.10.2007, 5A.4/2007 (E.2.3).

⁸⁵ GRÜNINGER, Art.85/86 N.3, 9; BGE 133 III 167 (E.4.1); BGE 83 III 147 (E.4); İKİZLER, Metin/KURBAN, Yasin: Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku, Ankara 2020, s.223.

⁸⁶ Bkz.: Erläuterungen, s.95 (REBER/HURNI, s.92); RIEMER, Art.85/86 N.38; İKİZLER/KURBAN, s.223.

⁸⁷ Bkz.: BGE 51 II 465 (E.4). Amacı bütünüyle gerçekleşen vakfın kendiliğinden son bulacağı, amacın değiştirilmesi yoluna gidilemeyeceği yönünde bkz.: İŞERİ, s.218; aksi yönde bkz.: AKBULUT, s.217.

⁸⁸ İŞERİ, s.199-200. Aynı yönde bkz.: GÜNERİ, s.69-71.

⁸⁹ Benzer yönde bkz.: İKİZLER, s.193-194; AKBULUT, s.193-194; AKSOY DURSUN, s.227.

⁹⁰ Ayrıca bkz. ve karşı. İKİZLER, s.193,195.

riayet edilmesi gerekir⁹¹. Böyle bir hâlde ayrıca farazi irade araştırmasına gerek yoktur. Yine özellikle vakfın malvarlığının önemli ölçüde azalmasına bağlı olarak amacını gerçekleştiremeyecek hâle geldiği durumlarda tüzel kişiliğin sona erdiği kabul edilmektedir⁹². *Kanımızca* bu durumda dahi vakfın daha dar kapsamlı bir amaç doğrultusunda faaliyetine devam edip edemeyeceği sorgulanmalıdır. Şayet vakfın malvarlığı göz önüne alındığında, mevcut amacın kapsamının daraltılması veya mevcut amaca yakın ancak daha az maliyet gerektiren bir amacın belirlenmesi suretiyle tüzel kişiliğin korunabileceği anlaşılıyorsa yine amaç değişikliğine gidilmesi yeterli olacaktır.

Vakfın bir aile vakfı olması hâlinde amacı değiştirebilmenin sınırı ayrıca belirlenmelidir. TMK m.372/I hükmüne göre aile vakfı, “*Aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamaların yapılması için...*” kurulan vakıflardır. Görüldüğü üzere, aile vakıflarında amaç ve vakıftan yararlananlar, genel nitelikli (olağan/klasik) vakıflara nazaran özelleştirilmiştir⁹³. Dolayısıyla aile vakıflarında amaç değişikliğine gidilmesi hâlinde, vakfın bu özel yapısına dikkat edilmesi gerekir. Bu bağlamda, belirlenen yeni amacın vakfın, aile vakfı olma niteliğini değiştirmemesi lazımdır. Örneğin, şartları varsa aile bireylerine yönelik yardımlar “benzer amaçlar” kapsamına girdiği ölçüde genişletilebilir veya değiştirilebilir (TMK m.113/I), vakıf senedinde öngörülen koşul ve yüklemeler kaldırılabilir veya değiştirilebilir (TMK m.113/II). Buna karşın, aile bireyleri dışındaki kişilerin desteklenmesini sağlayacak şekilde amaç değişikliğine gidilmesi mümkün değildir⁹⁴. Diğer taraftan ise vakıf senedinde aile fideikomisine yol açacak bir değişiklik yapılamaz (TMK m.372/II).

IV. Yükleme ve Koşulların Kaldırılması veya Değiştirilmesi

TMK m.113/I hükmüne göre vakıfta amaç değişikliğinin çerçevesi yukarıda açıklanmıştır. TMK m.113/II hükmüne göre “*Amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen koşulların ve yükümlülüklerin kaldırılmasında veya değiştirilmesinde de aynı hüküm uygulanır.*”. Öncelikle belirtmek gerekir ki her ne kadar hükmün lafzında “*yükümlülük*” kavramı kullanılmış olsa da bunu mehzaz hükme uygun şekilde “*yükleme*” olarak ifade etmek daha doğrudur. Zira mehzaz Art. 86 Abs. 2 ZGB hükmünde “*Auflagen*” kavramı kullanılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu’nda ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda bu kavramın kullanıldığı diğer hükümlerin Türk hukukundaki karşılıklarına bakıldığında “*yükleme*” teriminin tercih edildiği görülmektedir⁹⁵. TMK m.113/II hükmünde de aynı terminolojiyi benimsemek gerekir. Mezkûr hükümde düzenleme konusu olan “*yükleme*” kavramı, vakfedenin, vakfa olumlu (yapma, verme) veya olumsuz (kaçınma, katlanma) bir davranışı hukuken bağlayıcı bir ödev olarak yüklemesini ifade etmektedir⁹⁶.

Bu bağlamda *Riemer*, iki tür yüklemenin birbirinden ayırt edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Vakfeden, asıl olarak vakfın amacının dışında kalan bir takım yüklemeler koyabileceği gibi, vakfın amacını somutlaştırmaya yarayan yüklemeler de öngörebilir. Vakfın asıl amacı dışında belirli kimselere belirli bir edim ifa edeceğinin öngörülmesi birinci tür yüklemelere, bir bölgenin imarı için kurulan vakıfta yapılara ilişkin kurallar konulması ikinci tür yüklemelere örnek gösterilebilir⁹⁷. Doktrinde bir görüşe göre, TMK m.113/II (Art. 86 Abs. 2 ZGB) hükmünde birinci tür yüklemeleri anlamak gerekir⁹⁸. Diğer bir görüşe göre ise hükümde kastedilen ikinci tür yüklemelerdir⁹⁹. *Kanımızca*, hükmün amacı doğrultusunda her iki tür yüklemenin de şartları varsa kaldırılması veya değiştirilebilmesi mümkün olmalıdır. Aslına bakılırsa ikinci tür yüklemeler bakımından TMK

⁹¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.695; RIEMER, Art.85/86 N.39; AKSOY DURSUN, s.225; GENÇ ARIDEMİR, s.52. Örneğin, vakfedenlerin kendi soyadlarını taşıyan altsoyunun ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurduğu vakıfta, erkek altsoyun kalmaması hâlinde vakfın sona ereceği öngörülmüşse vakfın amacını, soyadı değişen altsoyu kapsar hâle getirerek ayakta tutmak mümkün olmayacaktır (Bkz.: BGE 133 III 167 E.3.4.).

⁹² Bkz.: HAFTER, Art.88/89 N.5; EGGER, Art.88/89 N.3; RIEMER, Art.85/86 N.39; OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2020, s.452-453. Yargıtay da aynı görüştedir. Örn. bkz.: Yarg. 18. HD. 17.02.2003, E.2003/187 K.2003/778 (Lexpera).

⁹³ Bkz.: SAYMEN, s.253-254.

⁹⁴ Aile vakfından yararlanan tüm aile bireylerinin ölmesi hâlinde vakfın kendiliğinden sona ereceği yönünde bkz.: HAFTER, Art.88/89 N.3; GÜNERİ, s.168; DURAL/ÖĞÜZ, s.380.

⁹⁵ Bkz.: Art. 482 ZGB, TMK m.515; Art. 245, 246 OR, TBK m.291; Art. 249 Ziff. 3 OR, TBK m.295.3. Ancak Art. 321 Abs. 1 ZGB hükmünde yer alan “*Auflage*” kavramı, TMK m.357/I hükmünde “*koşul*” olarak ifade edilmiştir.

⁹⁶ Bkz.: HAFTER, Art.86 N.8. Yükleme (mükellefiyet) kavramı hakkında ayrıca bkz.: GÜRİSOY, Kemal Tahir: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, X(1), 1953, s.468 vd.; AKINTÜRK, Turgut: “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXVII(3), 1970, s.231 vd.

⁹⁷ Bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.43.

⁹⁸ Bkz.: HAFTER, Art.86 N.8.

⁹⁹ RIEMER, Art.85/86 N.43.

m.113/II hükmünün açıklayıcı nitelikte olduğu söylenebilir. Zira bu tür yüklemeler, vakıf amacının sınırlarını çizmeye veya amacın ne şekilde gerçekleştirileceğini göstermeye yaramaktadır. Dolayısıyla TMK m.113/II hükmü olmasaydı dahi TMK m.113/I çerçevesinde amaca dâhil görülebilecekleri ifade edilebilir¹⁰⁰. Birinci tür yüklemeler ise asıl amacın dışında vakfedenin gerçekleştirmek istediği diğer menfaatler olarak kabul edilebilir. Bunların yerine getirilmesi asıl amacın gerçekleştirilmesini tehlikeye sokacak bir hâle gelmişse kaldırılmaları veya değiştirilmeleri mümkün olmalıdır. Özellikle vakfın malvarlığında meydana gelen gelişmeler bu tür bir müdahaleyi gerekli kılabılır¹⁰¹. Şayet vakfedenin, vakfın amacını gerçekleştirmesini tehlikeye sokan yeni malvarlığı karşısında ilgili yüklemeyi mevcut şekliyle öngörmeyeceği söylenebiliyorsa (farazi irade) buna müdahale edilebilmelidir. Keza vakfedenin öngördüğü yüklemeye sağlamak istediği menfaat veya gidermeyi arzuladığı ihtiyaç ortadan kalkmış veya değişmişse yüklemenin de kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin, vakfın gelirlerinden vakfedenin mali yönden zor durumda bulunan bir yakınına ödeme yapılması öngörülmüşse bu kişinin sonradan varlıklı bir insan hâline gelmesi varsayımında yüklemenin kaldırılması gerekir¹⁰².

Hükümde ifade edilen “koşullar” ise vakfın amacı doğrultusunda yerine getireceği edimlerin bağlı bulunduğu harici durum veya özellik/niteliklerdir¹⁰³. Örneğin, belirli bir not ortalamasına sahip olan hukuk fakültesi öğrencilerine burs vermek amacıyla kurulan vakıfta, fakültenin not sisteminin değişmesi amacın gerçekleşmesini engelliyor ya da önemli ölçüde güçleştiriyorsa not ortalaması koşulunun yeni duruma göre uyarlanması gerekecektir. Bu bağlamda, vakıftan yararlanabilmek için öngörülen şartlar TMK m.113/II çerçevesinde değerlendirilir¹⁰⁴. Vakıftan yararlananların çevresini vakfedenin öngörüsü dışında ve makul olanın ötesinde daraltan değişimler, ilgili koşulların da değiştirilmesini veya kaldırılmasını gerektirebilir¹⁰⁵. Buna karşın, vakfın amacını tehlikeye düşürmeyen koşulların, sırf vakıf faaliyetlerini güçleştirdikleri gerekçesiyle kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün değildir¹⁰⁶.

TMK m.113/II (Art. 86 Abs. 2 ZGB) çerçevesinde “koşullara” müdahale edilebilmesinin hükmün ilk fıkrasına nazaran esas bakımından bir yenilik getirmediği zira düzenleme konusu koşulların zaten amacı somutlaştırmaya yaradığı, dolayısıyla TMK m.113/I kapsamında da değerlendirilebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁷. Bu bakımdan, yukarıda açıklanan ikinci tür yüklemelere benzer bir durum söz konusudur¹⁰⁸. Ancak belirtmek gerekir ki yüklemeler bizzat vakfın yerine getirmesi gereken edimleri (davranışları), koşullar ise vakfın dışında kalan keyfiyetleri ifade etmektedir¹⁰⁹.

V. İSVİÇRE MEDENİ KANUNU’NUN İLGİLİ DÜZENLEMELERİ BAĞLAMINDA AMAÇ DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

A. Vakfedenin Amacı Değiştirme Hakkı (Art. 86a ZGB)

İsviçre Medenî Kanunu’na 8 Ekim 2004 tarihli Federal Kanun¹¹⁰ ile eklenen Art. 86a ZGB hükmü, vakfedene belirli şartlar altında vakfın amacını değiştirebilme hakkını tanımıştır. Bunun için, vakıf senesinde amacı değiştirme yetkisinin saklı tutulmuş olması ve vakfın kurulmasından ya da vakfedenin talebi üzerine son amaç değişikliğinden itibaren en az on yıl geçmiş olması gerekmektedir. Belirtilen şartların varlığı hâlinde, yetkili Federal makam veya Kanton makamı

¹⁰⁰ Yine vakfın gelirinden amaca tahsis edilecek oranın değiştirilmesi de amaç değişikliğine tabi tutulmuştur; YHGK. 22.07.2009, E.2009/18-348 K.2009/398 (Kazancı-İçtihat).

¹⁰¹ Benzer yönde bkz.: KÖPRÜLÜ, s.597; GÜNERİ, s.105; GENÇ ARIDEMİR, s.56.

¹⁰² HAFTER, Art.86 N.8.

¹⁰³ Bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.47.

¹⁰⁴ Bkz.: RIEMER, Art.85/86 N.47.

¹⁰⁵ HAFTER, Art.86 N.9.

¹⁰⁶ İŞERİ, s.210.

¹⁰⁷ RIEMER, Art.85/86 N.47.

¹⁰⁸ TMK m.113 (Art. 86 ZGB) hükmünün ikinci fıkrası olmasaydı dahi ilk fıkranın geniş yorumlanmasıyla aynı hukukî sonuçlara ulaşılabileceği yönünde bkz.: HAFTER, Art.86 N.7. Yükleme ve koşulları ikinci derecede amaç olarak nitelendiren görüş için bkz.: GÜNERİ, s.91 vd.; İKİZLER, s.198.

¹⁰⁹ Doktrinde bir görüşe göre, TMK m.113/II uyarınca yükleme ve koşulların kaldırılması veya değiştirilmesinde amaç değişikliğinin subjektif kriteri ayrıca aranmaz; bu sebeple, yükleme ve koşullara müdahale edilmesi amaç değişikliğine nazaran daha kolaydır (İŞERİ, s.209; GÜNERİ, s.109-110; İKİZLER, s.198-199; AKSOY DURSUN, s.229-230). Kanımızca, bu görüşü konunun kanunun düzenleniş şekliyle bağdaştırmak zordur. TMK m.113/II’de yükleme ve koşullara müdahale edilmesinin de amaç değişikliğine ilişkin TMK m.113/I hükmüne tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Burada subjektif kriter bakımından önemli olan, vakfedenin sonraki gelişmeleri bilseydi ilgili yükleme veya koşulu mevcut hâliyle öngörmeyeceğinin söylenebilmesidir.

¹¹⁰ AS 2005 4545 (Erişim: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2005/591/de>). Hüküm, İsviçre’de 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

vakfedenin başvurusu veya onun ölümüne bağlı tasarrufu üzerine vakfın amacını değiştirecektir (Art. 86a Abs. 1 ZGB). Bu noktada, Art. 86 ZGB (TMK m.113) hükmünden farklı olarak yetkili makama amaç değişikliğine gidilmesi konusunda takdir yetkisi tanınmamıştır¹¹¹; yapılacak inceleme yalnız amaç değişikliğinin şartların mevcut olup olmadığına yöneliktir¹¹². Vakfedene bu şekilde amacı değiştirebilme hakkı tanınmasının faydası, vakıf kurulurken göz önünde bulundurulmayan yeni gelişmelere göre vakfedenin tercihini değiştirebilmesidir¹¹³.

Vakfeden ilgili makama başvurusunda vakfın yeni amacını da belirtecektir; bunun yanında, takip edilecek yeni amacın vakıf senedinde önceden belirlenmesi de mümkün görülmektedir¹¹⁴. Yeni amaç, vakfın mevcut amacından tamamen farklı olabilir¹¹⁵; mevcut amaca yakın bir amacın belirlenmesi şart değildir. Hükme göre, vakfedenin birden çok defa amaç değişikliğine gitmesi de imkân dâhilindedir; ancak her bir değişiklikten sonra en az on yıl geçmiş olması gerekir¹¹⁶. Şartları mevcutsa başvuru üzerine yetkili makamın amacın değiştirilmesine karar vermesi gerekmektedir meğerki talep edilen yeni amaç hukuka veya ahlaka aykırı olsun¹¹⁷.

Amacı değiştirme hakkı, vakfedenin şahsına sıkı sıkıya bağlıdır¹¹⁸. Bu hak, üçüncü kişilere devredilemediği gibi, miras yoluyla da intikal etmez. Vakfeden bir tüzel kişi ise amacı değiştirme hakkı, en geç vakfın kurulmasından yirmi yıl sonra sona ermektedir (Art. 86a Abs. 3 ZGB). Vakıf birden fazla kişi tarafından kurulmuşsa vakfedenler, amaç değişikliğini ancak birlikte talep edebilirler (Art. 86a Abs. 4 ZGB); aralarından birinin ölmesi hâlinde amacı değiştirme hakkının hepsi için sona ereceği kabul edilmektedir¹¹⁹. Ölümüne bağlı tasarrufla amaç değişikliği istenmişse ölümüne bağlı tasarrufu açan makam, yetkili denetim makamına vakfın amacını değiştirme kararını bildirmektedir (Art. 86a Abs. 5 ZGB).

Türk doktrininde bir görüş, Art. 86a ZGB hükmünün hukukumuzda bu yönde ihtiyaç duyulan düzenleme için de yol gösterici olabileceği görüşündedir¹²⁰. Buna karşın, *kanımızca* da tercih edilmesi gereken diğer bir görüş, vakfın kurulmakla vakfedenden bağımsızlaştığı ilkesini üstün tutarak¹²¹ Türk hukukunda bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığını savunmaktadır¹²².

B. Esaslı Olmayan Vakıf Senedi Değişiklikleri

1. İsviçre Hukuku'nda Art. 86b ZGB Çerçevesinde Esaslı Olmayan Vakıf Senedi Değişiklikleri

İsviçre Medenî Kanunu'na yine 8 Ekim 2004 tarihli Federal Kanun'la eklenen Art 86b ZGB hükmü, vakıf senedinde esaslı olmayan değişikliklere gidilmesi bakımından kolaylaştırılmış bir yol öngörmüştür. Buna göre, gerektirici objektif sebeplerin varlığına ve üçüncü kişilerin haklarının zedelenmemesine bağlı olarak denetim makamı, vakfın en yüksek organını dinledikten sonra vakıf senedinde esaslı olmayan değişiklikler yapabilmektedir (Art. 86b ZGB). İsviçre hukukunda 1 Ocak 2006'dan itibaren yürürlükte olan bu hükmün, uygulamada kanun boşluğunu doldurmak suretiyle geçerli olan durumu¹²³ açıkça düzenlediği belirtilmektedir¹²⁴. Vakıf senedinde gerçekleşecek esaslı

¹¹¹ BBI 2003 8153, s.8169-8170; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, s.383; GRÜNINGER, Art.86a N.9; EISENRING, Art.86a N.5. Buna karşın, Art 86a ZGB hükmünün aile vakıflarına, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarına ve kilise vakıflarına uygulanamayacağı kabul edilmektedir; bkz. HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, s.383; GRÜNINGER, Art.86a N.2; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, s.160. Ayrıca vakfın vergi mevzuatına göre kamusal veya topluma yararlı amaç izlediği kabul ediliyorsa yeni amacın da kamusal veya topluma yararlı olması gerektiği düzenlenmiştir (Art. 86a Abs. 2 ZGB).

¹¹² BBI 2003 8153, s.8169-8170.

¹¹³ Bkz.: GRÜNINGER, Art.86a N.3.

¹¹⁴ BBI 2003 8153, s.8169; EISENRING, Art.86a N.3.

¹¹⁵ GRÜNINGER, Art.86a N.3.

¹¹⁶ On yıllık süre dolmadan başvuru yapılması hâlinde başvurunun reddedilmeyip, yetkili makamın karar için beklemesi gerektiği yönünde bkz.: BBI 2003 8153, s.8169.

¹¹⁷ BBI 2003 8153, s.8170; EISENRING, Art.86a N.5.

¹¹⁸ BBI 2003 8153, s.8170; GRÜNINGER, Art.86a N.5; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, s.159; EISENRING, Art.86a N.7.

¹¹⁹ GRÜNINGER, Art.86a N.8.

¹²⁰ AKBULUT, s.199-200.

¹²¹ Art. 86a ZGB hükmünün, vakıf tüzel kişiliğine hâkim olan vakfedenden bağımsızlaşma esasına müdahale oluşturduğu yönünde bkz.: HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, s.377; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, s.383.

¹²² AKSOY DURSUN, s.236. Nitekim İsviçre doktrininde Art. 86a ZGB hükmüne yönelik eleştiriler hakkında bkz.: UYAN, Göktürk: "Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun Vakıflara İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişiklik ve Yenilikler Üzerine Bir İnceleme: Aynı Zamanda Türk Medeni Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s.714-716.

¹²³ Bkz.: BGE 103 Ib 161; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, s.260.

¹²⁴ TUOR/SCHNYDER/SCHMID, s.160; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, s.383; GRÜNINGER, Art.86b N.1; EISENRING, Art.86b N.1.

olmayan değişiklikler bakımından bu şekilde farklı bir rejim kabul edilmesi, özellikle çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında değişen koşullara uyum sağlama ihtiyacına dayanmaktadır¹²⁵.

Vakıf senedinde hangi değişikliklerin esaslı olmayan değişiklik kabul edileceği sorusu ise kesin bir cevaba sahip değildir¹²⁶. Vakfın yapısında önemli bir değişime sebep olmayan ve vakfedenin varsayılan iradesine göre değiştirilemez nitelikte görünen hükümlerden birini etkilemeyen değişikliklerin uygulamada esaslı olmayan değişiklik kabul edildiği ifade edilmektedir¹²⁷.

Türk hukukunda da doktrinin bir kısmı -İsviçre hukukunda olduğu gibi- vakıf senedinde esaslı olmayan değişiklikler ile esaslı değişikliklerin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği kanısındadır¹²⁸. Bu bağlamda bir görüşe göre, kanunumuzda esaslı olmayan değişiklikler bakımından boşluk bulunduğu kabul edilmeli, bu tür değişikliklerin usulünü kolaylaştıracak şekilde Art. 86b ZGB hükmünü karşılayan bir düzenleme getirilmelidir¹²⁹. Diğer bir görüşe göre ise TMK m.112/I ve 113 hükümlerinde örtülü boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve teleolojik redüksiyon yoluyla hâkim, somut olaya göre esaslı olmayan değişikliğin şartlarını ilgili hükümlerde yer alan koşulları sınırlamak suretiyle belirlemelidir¹³⁰.

Bu bağlamda, vakfın amacına ilişkin bir değişikliğin “esaslı olmayan değişiklik” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusu ayrıca önem kazanmaktadır. Doktrinde, vakfın yardım amaçlarının genişletilmesi esaslı olmayan değişikliğe örnek gösterilebilmektedir¹³¹. *Kanımızca*, amacın bütünüyle değiştirilmesinde olduğu gibi, kapsamının maddi anlamda genişletilmesi veya daraltılması hâlinde de değişikliğin esaslı olduğu kabul edilmelidir¹³². Bununla birlikte, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında yararlananların vakıftan yararlanma koşullarında yapılacak değişiklikler hakkında kanun koyucu özel bir hüküm öngördüğünden (TMK m.110/V) bu konunun üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir.

2. Çalıştırılanlara ve İşçilere Yardım Vakıflarında Yararlananların Vakıftan Yararlanma Koşullarında Yapılacak Değişiklikler (TMK m.110/V)

Bu vakıf türünün amacı, vakıftan yararlanan çalıştırılanlara ve işçilere bazı ekonomik

¹²⁵ BGE 103 Ib 161 (E.2); GRÜNINGER, Art.86b N.2.

¹²⁶ GRÜNINGER, Art.86b N.3; EISENRING, Art.86b N.2.

¹²⁷ GRÜNINGER, Art.86b N.3; EISENRING, Art.86b N.2.

¹²⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.445-446; AKSOY DURSUN, s.253-254; AKBULUT, s.227-230.

¹²⁹ AKSOY DURSUN, s.253-254. Kanun boşluğunun TMK m.1 uyarınca hâkim tarafından doldurulması, esaslı olmayan değişikliklerin objektif sebepler haklı kılmaktaysa yapılabilmesi gerektiği yönünde bkz.: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.445-446.

¹³⁰ AKBULUT, s.227-230 (Bununla birlikte yazar, mevzuat değişikliğine gidilerek senet değişikliği sürecinin kolaylaştırılması gerektiğini de ifade etmektedir).

¹³¹ GRÜNINGER, Art.86b N.3.

¹³² Ancak vakfın amacının kapsamında gerçek anlamda değişikliğe yol açmayan, yalnız tereddütleri giderici nitelikteki şekli değişiklikler esaslı olmayan değişiklik olarak kabul edilebilir. Bkz.: Yarg. 18. HD. 08.04.2002, E.2002/793 K.2002/3691 (Kazanıcı-İçtihat): “*Dosyada bulunan ve noterde düzenleme şeklinde hazırlanan söz konusu vakıf senedi değişikliğinde, vakıf senedinin amaç maddesine eklenmesi istenilen ve D’de bulunan ihtiyaç sahibi kişilerin maddi ve manevi ihtiyaçlarını karşılamayı hedefleyen (e) fıkrası ile D... Vakfı’na önemli ölçüde nakdi ve aynı katkıda bulunanların zamanla muhtaç duruma düşmeleri halinde kendilerine yardımda bulunmayı öngören (g) fıkrası vakfedenlerin iradelerini yansıtan vakıf senedinin 3.maddesindeki muhtaç ve düşkünlerin barındırılıp korunacakları darülacezeye yönelik amaçlar kapsamında faaliyetler olarak mütalaası mümkün ve bu bağlamda, uygulamada tereddütleri giderici nitelikte olması nedeniyle senede eklenmesi amaç değişikliği oluşturmayacağı cihetle uygun bulunmuştur.*” Bu karara atıfla doktrinde bir görüş, “uygulamada tereddütleri giderici nitelikteki değişikliklerin” amacın gerçekleştirilmesi için yapılacak faaliyetlere ilişkin vakıf senedi değişiklikleri olabileceğini ve bu hâlde TMK m.112 hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir; GENÇ ARIDEMİR, s.48-49. Ancak *kanımızca*, karara konu olan durumdaki gibi vakfın yöneldiği hedefi (ve bu bağlamda vakıftan yararlananların çevresini) ilgilendirir nitelikteki değişikliklerin TMK m.112 hükmüne altlanması isabetli olmayacaktır. Vakfedenin iradesi doğrultusunda belirlenen hedefe/amaca ulaşmak için “araç” niteliğinde görülebilen vakıf faaliyetleri TMK m.112 kapsamında değerlendirilebilirse de amacı somutlaştıran değişiklikler/eklemeler bu mahiyette değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki İsviçre Federal Mahkemesi de (Art. 86b ZGB hükmünün kanuna eklenmesinden önceki) bir kararında, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakfı bünyesindeki emekli sandığının müstakil bir vakıf hâline getirilebilmesi için vakıf senedinin amaca ilişkin maddelerinde yapılan değişiklikleri esaslı olmayan değişiklik kabul etmiş ve objektif sebeplere dayanan bu yapısal değişikliği Art. 85/86 ZGB (TMK m.112/113) hükümlerinin sıkı şartlarına tabi tutmadan uygun görmüştür (BGE 103 Ib 161).

Genel olarak, vakıf senedinde yapılmak istenen değişikliğin TMK m.112 hükmüne mi yoksa TMK m.113 hükmüne mi altlanması gerektiği hususunda tereddüt yaşanırsa bunun bir yorum sorunu olduğu yönünde bkz.: YAĞCI, Kürşad: “Yargıtay Kararlarında Yönetime İlişkin Konularda Vakıf Senedi Değişiklikleri”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. III, Dernekler ve Vakıflar, Ed. Baki İlkay Engin, İstanbul 2021, s.102. Bu gibi hâllerde, senet değişikliği talebinin hangi hukuk kuralı kapsamına girdiğini tespit etmek hâkimin görevidir; aynı yönde bkz.: İKİZLER, s.205.

menfaatler (örneğin; işgöremezlik, hastalık, ölüm, doğum, kaza, evlenme, emeklilik, gıda veya giyim yardımları) sağlamaktır¹³³. Belirtmek gerekir ki TMK m.113 hükmünün uygulama alanı, prensip olarak, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarını da kapsar¹³⁴. Bununla birlikte, TMK m.110/V hükmünde bu vakıf türü bakımından özel bir düzenleme bulunmaktadır:

“Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında yararlananların yönetime katılmaları ve vakıftan yararlanma koşulları ile ilgili hükümlerde yapılacak değişiklikler, vakıf senedine göre buna yetkili organın istemi üzerine, denetim makamının yazılı görüşü alındıktan sonra yerleşim yeri mahkemesince karara bağlanır.”

Görüldüğü üzere hüküm, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında yararlananların vakıftan yararlanma koşullarında yapılacak değişiklikleri farklı bir rejime tabi tutmuştur. Öncelikle bu düzenlemenin, vakfın amacının değiştirilmesi ve bu bağlamda TMK m.113 hükmüyle ilişkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, vakıftan yararlanabilmek için öngörülen koşullar TMK m.113/II çerçevesinde değerlendirilir¹³⁵. Keza vakıftan yararlananların çevresinin veya yararlanma şeklinin değiştirilmesi, TMK m.113 (Art. 86 ZGB) kapsamında amaç değişikliği niteliğindedir¹³⁶. Dolayısıyla çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında, vakıftan yararlanma koşullarının değiştirilmesi bakımından TMK m.110/V hükmünün TMK m.113’e nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu belirtilmelidir; bununla birlikte, hangi tür değişikliklerin bu özel hüküm kapsamında olduğu da ayrıca saptanmalıdır.

Zira TMK m.110/V hükmünde, vakıftan yararlanma koşullarına ilişkin vakıf senedi değişikliklerinin tabi olduğu usul düzenlenmekle birlikte, böyle bir değişikliğin hangi şartlara bağlı olarak karara bağlanacağı belirlenmemiştir¹³⁷. Kanımızca burada, İsviçre hukukunda esaslı olmayan vakıf senedi değişiklikleri bakımından getirilen çözümü göz önüne almak mümkündür. Nitekim İsviçre hukukunda esaslı olmayan vakıf senedi değişiklikleri bakımından farklı bir rejim kabul edilmesinin, özellikle çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında değişen koşullara uyum sağlama ihtiyacına dayandığı yukarıda ifade edilmiştir¹³⁸. Aynı şekilde TMK m.110/V hükmünün karşılığı olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin (903 sayılı Kanun’la değişik) m.79/II c. 2 düzenlemesine ilişkin gerekçe de bu yöndedir¹³⁹:

“...madde metnine müstahdem ve işçiler lehine yardım vakıflarında vakıf senedinde faydalanma ve tarzı idareye müteallik hükümlerin değiştirilmeleri ve yeni icaplara uydurulmalarına imkân verecek ve bu hususta tatbikatta baş gösteren ihtiyaçları karşılayacak bir fıkra ilâve edilmiştir.”

Şu hâlde, TMK m.110/V hükmünün getiriliş amacı ile İsviçre hukukunda Art. 86b ZGB hükmünün getiriliş amacı büyük ölçüde aynıdır. Her iki düzenleme, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında değişen koşullara uyum sağlama ihtiyacına istinaden vakıf senedi değişikliğini ağır koşullardan kurtarma amacını taşımaktadır¹⁴⁰. Dolayısıyla TMK m.110/V hükmünün uygulanmasında Art. 86b ZGB hükmünün öngördüğü esastan yararlanmak isabetli olacaktır. Buna göre, gerektirici objektif sebeplerin varlığına ve üçüncü kişilerin (vakıftan yararlananların) haklarının zedelenmemesine bağlı olarak vakıftan yararlanma koşullarının değiştirilmesi mümkün olmalıdır. Dolayısıyla çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında, vakıftan yararlananların lehine olan değişikliklerin yapılabilmesi için TMK m.113/I hükmünün öngördüğü sıkı koşullar aranmayacaktır¹⁴¹.

¹³³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.673; İŞERİ, s.43; GÜNERİ, s.222; EDİS, Seyfullah: İşçilere Yardım Vakıfları, Ankara 1982, s.27.

¹³⁴ GÜNERİ, s.231.

¹³⁵ Bkz. yuk. IV.

¹³⁶ RIEMER, Art.85/86 N.57. Nitekim vakıftan yararlanacakların belirlenmesinin aslında amacın belirlenmesinin bir sonucu olduğu yönünde bkz.: DOĞAN, Murat: Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara 2000, s.247. Nitekim *Hatemi* de vakıftan yararlanacak kimseleri ve yararlanma şartlarını “gaye” altında incelemektedir; HATEMİ, Hüseyin: Türk Hukuku’nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, s.120 vd.

¹³⁷ AKBULUT, s.231-232.

¹³⁸ Bkz. yuk. V. B. 1.

¹³⁹ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 1, Cilt: 42, Toplantı: 4, Millet Meclisi S. Sayısı: 918, s.8.

¹⁴⁰ Ancak Art. 86b ZGB hükmünün uygulama alanının çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarıyla sınırlı olmadığı hatırlatılmalıdır.

¹⁴¹ Benzer yönde bkz. ve *karş.* AKBULUT, s.232. Çalışanlara yardım vakıflarında aidat ödeyen çalışanların haklarına zarar vermeyen ve yönetime ve amaca ilişkin olmayan değişikliklerin esaslı olmayan değişiklik sayılarak yapılmasının mümkün kılınması gerektiği görüşünde bkz.: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.446 dn.461.

Yargıtay bir kararında, TRT Kurumu’nda çalıştırılanlara ve işçilere yardım amacıyla kurulmuş olan vakıfta, bu kurumun bünyesinden çıkartılıp vakıftan ilişiği kesilen personelin kanunla yeniden TRT Kurumu kapsamına alınması

Buna karşın, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında da vakıftan yararlananların haklarını zedeleyen değişiklikler ancak TMK m.113 hükmünün öngördüğü koşullar varsa bu hüküm çerçevesinde yapılabilir¹⁴². Dolayısıyla vakıftan yararlananların aleyhine olan, örneğin belirli bir yardımdan yararlanmayı daha zor şart şartlara bağlayan vakıf senedi değişikliklerinin TMK m.110/V çerçevesinde yapılamaması gerekir. Aynı şekilde, vakfın yardım türlerinden birini tamamen kaldırması veya bunun yerine bir başkasını ikame etmesi¹⁴³ gibi değişiklikler de TMK m.113 hükmü çerçevesinde mümkün görülebilir.

Hülasa çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları için de amacın değiştirilmesi (ve amacı etkileyen koşul ve yüklemelerin kaldırılması veya değiştirilmesi) TMK m.113 hükmüne tabidir¹⁴⁴. Bununla birlikte, TMK m.110/V hükmü çerçevesinde gerektirici objektif sebeplerin varlığı hâlinde vakıftan yararlanma koşullarında yararlananların lehine olan değişikliklerin TMK m.113 hükmünün sıkı koşullarına bağlı olmadan yapılabilmesi gerekir¹⁴⁵.

VI. SONUÇ

Vakıfta amaç kavramı, vakıf tüzel kişiliğinin varlık temelini oluşturmaktadır. Bu bakımdan, vakfedenin başlangıçta belirlediği amacın değiştirilememesi esastır. Nitekim Türk Medenî Kanunu belirli sıkı koşulların varlığı hâlinde amacın değiştirilebilmesine olanak tanımıştır (TMK m.113/I). Vakıfta amaç değişikliğinin koşulları maddi yönden ele alındığında, başlangıçtaki amacın bütünü (esaslı şekilde) farklı bir anlam veya netice taşır hâle gelmesi ve buna bağlı olarak vakfın, vakfedenin iradesine açıkça yabancılaşması gerekmektedir. Bu bakımdan, vakfedenin farazi iradesine göre onun, ilgili durum veya koşul değişikliğini bilseydi vakfın amacını mevcut şekliyle belirlemeyeceği kabul edilebilir. Vakıfta amaç değişikliği için şekli yönden ise vakfın yönetim organı veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşü alınarak mahkeme kararı aranmaktadır. Amaç değişikliğinin koşulları oluşmuşsa yeni amaç belirlenirken yine vakfedenin farazi iradesi dikkate alınmalıdır. Buna göre, vakfedenin uyarılma anında vakfın amacını nasıl belirleyeceğinin makul şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Keza yeni amacın, vakfın mevcut amacına mümkün olduğunca yakın belirlenmesine de dikkat edilmelidir. Dolayısıyla vakfedenin gidermeyi arzuladığı ihtiyaç veya sağlamak istediği menfaat doğru şekilde tespit edildikten sonra yeni şartlar altında buna en uygun olan amacın benimsenmesi isabetli olacaktır. TMK m.113/II hükmü, amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen koşulların ve yüklemelerin kaldırılmasını veya değiştirilmesini de amaç değişikliği hükmüne tabi tutmuştur. Buna karşın, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında yararlananların vakıftan yararlanma koşullarının değiştirilmesi bakımından TMK m.110/V hükmünün TMK m.113'e nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu ve vakıftan yararlananların lehine olan değişikliklerin yapılabilmesi için TMK m.113/I hükmünün öngördüğü sıkı koşulların aranmayacağı kabul edilmelidir.

üzerine, ilgili personelin vakıftan yararlananlar kapsamında olduğunu belirtecek şekilde vakıf senedi değişikliğine gidilebileceğini kabul etmiş, bunun için de yetkili vakıf organında karar alınıp noterde vakıf senedi değişikliğinin düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Yarg. 10. HD. 01.07.2002, E.2002/6817 K.2002/7363 (Lexpera).

¹⁴² Nitekim bkz.: Yarg. 18. HD. 13.11.2006, E.2006/4117 K.2006/9016; Yarg. 18. HD. 16.12.2003, E.2003/8031 K.2003/10034 (Kararlar için bkz.: Kazancı-İçtihat).

¹⁴³ Bkz. ve karşı. AKBULUT, s.232-233: Yazar, eğitim yardımı sağlamak amacıyla kurulan bir çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakfında eğitim yardımı yerine örneğin erzak yardımına geçilmesini TMK m.113 hükmünün koşullarına bağlı olarak mümkün görmekte; ancak senet değişikliği usulünü TMK m.110/V hükmüne tabi tutmaktadır. *Kanımızca* bu hâlde TMK m.113 hükmü maddi koşul ve usulüyle bir bütün olarak uygulanmalıdır.

¹⁴⁴ 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine tabi vakıflarda yararlananlara sağlanması gereken asgari menfaatlerin kanunen belirlendiği yönünde bkz.: EDİS, s.32.

¹⁴⁵ 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine tabi vakıfların senet değişikliklerinde Vakıflar Yönetmeliği m.14/III hükmüne uyulması gerektiği hususunda bkz.: AKBULUT, s.231,233.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Pakize Ezgi: Vakıf Senedinin Tamamlanması ve Değiştirilmesi, İstanbul 2020.
- AKINTÜRK, Turgut: “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXVII(3), 1970, s.219-247.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medenî Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2018.
- AKSOY DURSUN, Sanem: Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi, İstanbul 2021.
- AKÜNAL, Teoman: Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995.
- ALTUNKAYA, Mehmet: “Vakıflar Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, İstanbul 2007, s.1679-1712.
- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, Hrsg. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, Basel 2018 (Atıf: GRÜNINGER, Art. 85/86).
- DOĞAN, Murat: Vakıflarda Mal Varlığı, Ankara 2000.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2020.
- EDİS, Seyfullah: İşçilere Yardım Vakıfları, Ankara 1982.
- EGGER, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, C. I, Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 1930.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “Vakfın Amacının Değiştirilmesine İlişkin Hukuki Sorunlar ve Yargıtay’ın Bakışı”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. III, Dernekler ve Vakıflar, Ed. Baki İlkey Engin, İstanbul 2021, s.37-61.
- GUTZWILLER, Max: Die Stiftungen, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel-Stuttgart 1967.
- GÜNERİ, Hasan: Türk Medenî Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, X(1), 1953, s.457-541.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, 3. Auflage, Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, Zürich 2016 (Atıf: EISENRING).
- HATEMİ, Hüseyin: Türk Hukuku’nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969.
- HAUSHEER, Heinz/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Bern 2016.
- HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/SCHMID, Jörg: Einleitungartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2016.
- İKİZLER, Metin: “Vakıf Senedinde Değişikliğe Gidilmesi (TMK m.107, 112 ve 113’ün Kapsamı ve Birbirleriyle İlişkisi)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI(1-2), 2007, s.165-208.
- İKİZLER, Metin/KURBAN, Yasin: Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku, Ankara 2020.
- İŞERİ, Ahmet: Türk Medenî Kanununa Göre Vakıf (Tesis), Ankara 1968.
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Einleitung (GMÜR Max) - Personenrecht (HAFTER Ernst), 2. Auflage, Bern 1919 (Atıf: HAFTER).
- KÖPRÜLÜ, Bülent: Medenî Hukuk: Genel Prensipler – Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984.
- OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2020.
- ÖĞÜZ, Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007.
- ÖZ, Turgut: “Vakfın Amacına İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. III, Dernekler ve Vakıflar, Ed. Baki İlkey Engin, İstanbul 2021, s.7-30.
- ÖZSUNAY, Ergun: Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982.
- PEDRAZZINI, Mario M./OBERHOLZER, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 3. Auflage, Bern 1989.
- REBER, Markus/HURNI, Christoph: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Materialien zum Zivilgesetzbuch, C. II, Bern 2007.
- RIEMER, Hans Michael: Das Personenrecht, Die juristischen Personen, Die Stiftungen: Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89bis ZGB, 3. Auflage, Bern 1975.
- SAYMEN, Ferit H.: Medenî Hukukumuzda Hükmi Şahıslar, İstanbul 1944.
- SEROZAN, Rona: Tüzel Kişiler, Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/JUNGO Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich-Basel-Genf 2015 (Atıf: TUOR/SCHNYDER/SCHMID).

- UYAN, Göktürk: “Kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nun Vakıflara İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişiklik ve Yenilikler Üzerine Bir İnceleme: Aynı Zamanda Türk Medeni Kanunu’nun İlgili Hükümlerinin Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s.667-720.
- YAĞCI, Kürşad: “Yargıtay Kararlarında Yönetime İlişkin Konularda Vakıf Senedi Değişiklikleri”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. III, Dernekler ve Vakıflar, Ed. Baki İlkey Engin, İstanbul 2021, s.67-109.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M.Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk: Giriş – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Ankara 2000.


Elektronik Kaynaklar:

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html> (Kazancı-İçtihat)

<https://www.lexpera.com.tr/> (Lexpera)

KOMŞULUK HUKUKU BAKIMINDAN TAŞKIN BİTKİLER

OVERFLOWED PLANTS IN REGARD TO THE LAW OF NEIGHBORHOOD

Numan TEKELİOĞLU*  <https://doi.org/10.21492/inuhfd.985218> **Makale Bilgi**Gönderi: 20/08/2021
Kabul : 26/10/2021**Anahtar Kelimeler**Mülkiyet,
Arazi,
Komşuluk,
Taşkınlık,
Bitki.**Article Info**Received: 20/08/2021
Accepted: 26/10/2021**Keywords**Property,
Land,
Neighborhood,
Overflowing,
Plant.**Özet**

Mülkiyet hakkı, sahibine muhtelif yetkilerle birlikte bazı ödevler de yüklemektedir. Bu ödevler bazı yönlerden mülkiyet hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Anayasanın 35. maddesinde, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği ve bu hakkın kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle mülkiyet hakkı, toplum yararı çerçevesinde hem kamu hukuku hem de özel hukuk kaynaklı kısıtlamalara tâbi olmaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları arasında en önemlilerinden birini komşuluk hukukundan doğan kısıtlamalar teşkil etmektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz mülkiyeti yönünden komşu yararına getirilen kısıtlamalara geniş bir yer verilmiştir (TMK m.737-750). Bunlardan biri de TMK m.740 hükmünde ifadesini bulan, komşunun arazisine taşan bitkilerle ilgili durumlardır. Bir taşınmazdaki bitkinin komşu araziye taşması esasen haksız elatma teşkil ettiğinden, komşu arazi malikinin taşkınlığın kaldırılmasını isteme hakkı vardır. Ancak kanun koyucu, taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek komşu arazi malikine belirli ölçüde taşkın bitkilere katlanma ödevi yüklemiştir. Bununla birlikte, komşu arazi malikinin taşkınlığa katlanma ödevi de sınırsız değildir. Şartlar gerçekleştiği takdirde komşu arazi maliki, ihkak-ı hakkı gerçekleştirme imkânına sahip olmaktadır. Çalışmada, taşkın bitkiler çerçevesinde komşu arazi malikinin hakları ve ödevleri ele alınmıştır.

Abstract

The right of property imposes certain duties on its owner along with various powers. These duties mean the restriction of property rights in various aspects. In Article 35 of the Constitution, it is regulated that the right to property can be limited by law for the purpose of public interest and the use of this right cannot be contrary to the public interest. For this reason, the right to property is subject to restrictions originating from both public law and private law within the framework of the benefit of society. One of the most important restrictions of immovable property is the restrictions arising from the law of the neighborhood. As a matter of fact, the Turkish Civil Code gives a wide place to the restrictions imposed on the benefit of neighbors in terms of immovable ownership (TMK m.737-750). One of them is TMK m.740. It is the situations related to the plants overflowing the neighbor's land, which is expressed in the 740 provision. Since the overflow of the plant in an immovable to the neighboring land essentially constitutes an unjust acquisition, the owner of the neighboring land has the right to demand the removal of the overflow. However, the legislator, taking into account the balance of interests between the parties, has assigned the neighboring land owner to bear a certain amount of overgrown vegetation. However, the duty of the neighboring land owner to bear the flood is not unlimited. If the conditions are met, the neighboring land owner has the opportunity to realize the right. In the study, the rights and duties of the neighboring land owner are discussed within the framework of the flood plants.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: The right of ownership involves the owner the authority to use, enjoy and dispose of the subject matter. These powers of the owner are not unlimited. There are regulations limiting the right to property in both the Turkish Civil Code and other laws. One of the most important of these regulations is the rules of neighborhood law. The concept of neighborhood has an important place in social life. Because it will be beneficial for the society if people have good relations with their neighbors, with whom they are in close contact both physically and spiritually. Taking this situation into account, the legislator has regulated which criteria the neighbors should comply with when using their property rights.

The rules of neighborhood law are quite diverse in terms of content. For this reason, a general provision regarding neighborhood law has been included in article 737 of the Turkish Civil Code. According to the aforementioned provision, everyone has to avoid adversely affecting their neighbors while exercising their authority arising from the right to property. Apart from this general rule, different cases are specially arranged as various appearance forms of neighborhood law. Here, the flood plants that constitute the subject of the study constitute one of these special rules. In the study, an answer was sought to the question of what rights and obligations the owners of neighboring immovables, which have borders with each other, have in terms of flooded plants.

Literature Review: In terms of neighborhood law, the issue of flooded plants is a subject that has been little discussed in Turkish and Swiss Laws. The only study on this subject in terms of Turkish Law is an article written by Prof. Dr. Aydın Zevkliler. This article was frequently cited in the study. Since the article in question is outdated (1984), up-to-date resources and jurisprudence on the subject are needed. Because although it is not discussed much in the doctrine, the problems that occur between neighbors due to overflowing plants are the subject of many Supreme Court decisions. In the aforementioned article, the author did not include this issue, as he thought that a lawsuit could not be filed with the demand to prevent seizure due to flooded plants. In this study, we have tried to talk about both the rights that the neighboring owner can use personally and the case regarding the prevention of confiscation. In addition, in the study, the criminal law aspect of the rights used by the neighboring owner due to the flooded plants is briefly included.

Methodology and Findings: The study is a mixed research using qualitative and critical methods. The most basic finding reached in the study is that there are many missing points in the legal regulation on flood plants. For this reason, issues such as in which cases the rule on overgrown plants will not be applied are generally discussed and dealt with in the teaching. In judicial decisions, the issue of the damage of the neighboring owner is mainly examined. However, the issue of the neighboring owner giving a reasonable notice of time is hardly addressed.

Conclusions and Recommendation: The neighboring owner, as a rule, has to put up with the overgrown vegetation. This is a property restriction stipulated by the law in terms of neighborhood law. The owner, who bears the flood plants of his neighbor, has the right to collect the fruits from the branches hanging over his own land in return. On the other hand, the neighboring owner's obligation to bear is not unlimited. If the overhanging plants are causing harm to the neighboring owner, they can request their removal. The important point here is whether the resulting damage exceeds the limits of tolerance. The neighboring owner has the right to cut the overhanging branches and roots, if the flood does not end even though he has given a suitable time. Exercising the right to cut does not lead to criminal liability. Because, in the Turkish Penal Code, it is regulated that a person who exercises his right cannot be punished. Here, too, the neighboring owner directly exercises his right to obtain rights, which are granted to him by the law. However, instead of using the right to cut off, the neighboring owner may file a lawsuit and request the end of the outrage with a court decision. In this case, the court should investigate whether the damage actually occurred as claimed through the expert. According to the result, if it is understood that the flooding caused the damage to the plant, it can be decided to cut the overflowing plants.

In some countries, such as Germany and Switzerland, there are detailed regulations regarding the planting of plants on the land of neighboring owners. These regulations differ according to the various states. In Turkish Law, there is no special law or other legal regulation on this subject. However, in Article 741 of the Turkish Civil Code, it is written that the rules that the neighboring immovable owners have to comply with when planting plants will be determined by special laws.

I. GİRİŞ

Mülkiyet hakkının malik aleyhine birtakım ödevleri beraberinde getirmesi gerektiği düşüncesi, taşınmaz mülkiyetinin kanun tarafından kısıtlanması sonucunu doğurmuştur. Taşınmaz mülkiyetinin kanuni kısıtlamaları, temelde Türk Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. Ancak bunun dışında pek çok özel kanunda da taşınmaz maliki aleyhine bazı ödevler düzenlendiği görülmektedir¹. Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları içerisinde komşular yararına getirilmiş olanlar geniş bir yer tutmaktadır. Bu kısıtlamaların temel amacı, komşular arasındaki ilişkilerin sağlıklı bir biçimde yürütülmesini sağlamaktır². Nitekim TMK m.737/1 hükmünde, herkesin taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Komşuluk hukukuna dair temel çerçeveyi beyan eden bu hüküm dışında, daha özel nitelikli çeşitli hükümler bulunmaktadır. İşte bu özel düzenlemelerden biri de, komşu araziye taşan bitkilerle ilgili TMK m.740 (*ZGB Art. 687*) hükmüdür.

Bir taşınmaza malik olan kimse, mülkiyet hakkının getirdiği yetki çerçevesinde taşınmazı üzerine dilediği bitkileri dikebilir³. Bununla birlikte, malikin taşınmazına diktiği bitkilerin dal ve köklerinin komşu araziye taşması halinde, mülkiyet hakkının kapsamının dışına çıkmış olmaktadır. Doğal olarak bu durum, komşu taşınmaz malikleri arasında anlaşmazlıklara yol açmaktadır. Ancak TMK m.740 hükmü komşu arazi malikine, zarar vermediği takdirde kendi arazisine taşan bitkilere katlanma ödevi getirmektedir. Komşu malik, bu katlanma ödevine karşılık belirli şartlar çerçevesinde kendi arazisine taşan dallardaki meyveleri toplama hakkına sahip olmaktadır. Komşu araziye taşan dal ve köklerin zarara sebebiyet vermesi durumunda ise, arazisine taşılan malike zarar veren durumu bizzat ortadan kaldırma hakkı tanınmıştır.

II. TAŞKIN BİTKİ KAVRAMI

Bitki; ağaçlar, çiçekler, sarmaşıklar, sebzeler gibi kökleriyle bulunduğu yere sabitlenerek yaşayan canlıların genel adıdır⁴. Türk Medeni Kanunu m.740 (*ZGB Art. 687*) anlamında taşkın bitki ise, gövdesi bir arazide bulunan bitkinin dallarının veya köklerinin yatay sınırı aşarak komşu araziye taşmasını ifade eder⁵. Taşkın bitki durumunda genellikle arazide dikili bulunan ağacın dalları komşu araziye sarkmış ve kökleri de toprağın altından komşu araziye nüfuz etmiştir⁶. Öğretide şu durumlarda TMK m.740 hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmektedir:

1. Ağacın sınır üzerinde bulunması: Bu durumda sınır üzerinde bulunan ağacın, paylı mülkiyet karinesi (*Miteigentumsvermutung*) gereğince her iki taşınmaz malikin paylı mülkiyetinde olduğu kabul edilmektedir⁷. TMK m.721 (*ZGB Art. 670*) hükmüne göre, iki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, parmaklık, çit gibi sınırlıklar, aksi ispat edilmediği takdirde her iki komşunun paylı malı sayılmaktadır. Hükümde ağaçlar ya da bitkiler sayılmamış olsa da, sınırlıklarla ilgili karinenin bunlar hakkında da uygulanabileceği ifade edilmektedir⁸.
2. Ağacın gövdesinin sınırdan taşması: Ağacın eğri şekilde büyümesi sebebiyle gövdesi sınır çizgisini geçtiği takdirde, taşkın bitkilere dair hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmektedir⁹. Böyle bir durumda, kendi arazisine taşılan malik, TMK m.683/2 (*ZGB*

¹ EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.371; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.351.

² EREN, s.378; AYAN, s.351; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.628; AKSOY DURSUN, Sanem: "Komşu Hakkı", Havutcu, Ayşe/Akıncı, Müslüm/Diñç, Mutlu (ed.), Gayrimenkul Hukuku Davaları, Cilt 1, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.757.

³ ZEVLİLİLER, Aydın: "Komşuluk Hukukunda Taşkın Bitki ve Ağaçlar", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 1984, s.113; DİNÇBUDAK SOLAK, Beyza: Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukuku Bakımından Kısıtlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018, s.42.

⁴ PRADERVAND-KERNEN, Maryse: "Propriété par étages et droit de voisinage", PPE 2017, Helbing Lichtenhahn-Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2017, s.158.

⁵ HAAB, Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/ZOBL, Dieter: ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Band/Nr. IV/1, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 1977, Art. 687-688, N.1; ERTAN, Bilge: Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukukundan Doğan Sınırlamaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, s.73.

⁶ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.1.

⁷ ZEVLİLİLER, s.113; DİNÇBUDAK SOLAK, s.43; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.1; GÖKSU, Tarkan: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, Art. 687, N.2.

⁸ GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.2.

⁹ PRADERVAND-KERNEN, s.160; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.1; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.2. Alman Hukukunda da böyle bir durumda taşkın bitkilerle ilgili Alman Medeni Kanunu'nun

Art. 641, Abs. 2) çerçevesinde elatmanın önlenmesini talep edebilecektir¹⁰. Diğer ifadeyle, kendi arazisine taşan gövdenin kaldırılmasını isteyebilecektir. Ayrıca, arazisine taşılan malikin TBK m.113 (OR Art. 98) hükmüne göre, masrafı komşu arazi malikine ait olmak üzere, taşan gövdenin kendisi tarafından ortadan kaldırılmasına izin verilmesini isteyebileceği de ileri sürülmektedir¹¹.

3. Kalıcı olarak dikilmemiş bitki ve ağaçlar: Geçici olarak dikilen veya araziye dikilmeyip yalnızca arazi üzerinde bulunan bitkiler hakkında taşınır yapılar için TMK m.728 (ZGB Art. 677) hükmü kıyasen uygulanır¹².
4. Komşu taşınmazın kamuya ait olması: Özellikle İsviçre öğretisinde, bitkinin taşıdığı arazinin kamu malı olması durumunda taşkın bitkilerle ilgili hükmün uygulama dışı kalacağı belirtilmektedir¹³. Bu durumda Kantonlarda var olan kamu hukuku nitelikli kuralların uygulanması gündeme gelecektir¹⁴. Türk Hukukunda da, kök ve dalların sarktığı arazinin kamu mülkiyetinde olması halinde kamu hukuku kurallarının uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁵.

Anlaşıldığı üzere, TMK m.740 hükmünün uygulama sahası, yalnızca bitkinin dallarının veya köklerinin komşu araziye taşması durumuyla sınırlıdır. Bitkinin komşu arazilerin sınırı üzerinde bulunması, dalları ya da kökleri dışında gövdesinin de sınırdan taşması veya kalıcı olarak dikilmemiş olması hallerinde ise farklı hükümlerin uygulanması gündeme gelir.

III. KOMŞU MALİKİN KATLANMA ÖDEVİ VE KARŞILIĞINDA MEYVELERİ TOPLAMA HAKKI

Taşınmaz maliki, kural olarak komşu taşınmazda bulunan ağaç dallarının ve köklerinin kendi taşınmazına geçmesine katlanmak durumundadır¹⁶. Burada komşu taşınmaz maliklerinin çıkarları arasında bir denge kurulması söz konusudur. Ancak maliklerin karşılıklı çıkarları dışında, tarım ekonomisini koruma düşüncesi de önem taşımaktadır¹⁷. Zira taşkınlığa maruz kalan malike belirli ölçüde katlanma ödevi getirilmemesi halinde, mülkiyet hakkının doğurduğu yetki çerçevesinde bitkilerin ve özellikle de meyve veren ağaçların salt taşkınlıktan dolayı kesilmesi gündeme gelecektir. Böyle bir durumun da tarım ekonomisi bakımından olumsuz sonuçlara sebebiyet vereceği açıktır.

Komşu taşınmazda dikili bulunan ağaç dallarının kendi taşınmazına geçmesine katlanan malik, bu katlanma ödevi karşılığında taşkınlık arzeden dallarda yetişen meyveleri toplama hakkına (*Anriessrecht*) sahip olmaktadır (TMK m.740/2, ZGB Art. 687, Abs. 2)¹⁸. Bu hakkın tanınmasıyla kanun koyucu, taşkınlığa katlanan ya da katlanmak zorunda olan taşınmaz malikine, bununla bağlantılı olumsuzluklar için bir tür denkleştirme vermek istemiştir¹⁹. Ayrıca bu hüküm ağaç sayısının korunmasına ve dolayısıyla da tarım ekonomisine yönelik genel menfaatin sağlanmasına da hizmet etmektedir²⁰. Zira bu meyvelerden yararlanma hakkına sahip olan malik, taşkınlık arzeden dalları kesmek yerine ondan faydalanmayı tercih edebilecektir.

Komşu malikin meyveleri toplama hakkının ön şartı, taşkınlık arzeden dalların üzerine ekin ekilmiş ya da yapı yapılmış araziye taşmış olmasıdır²¹. Dalların taşıdığı arazi üzerinde ekin veya yapı

910. paragrafının değil, aynı kanununun 1004. paragrafının uygulanacağı ifade edilmektedir. Bkz: BRUCKNER, Bettina, Münchener Kommentar zum BGB, Band 8: Sachenrecht, 8. Auflage, 2020, §910, Rn.7.

¹⁰ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.1; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.2.

¹¹ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.1.

¹² ZEVKLİLER, s.113; DİNÇBUDAK SOLAK, s.42.

¹³ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.1; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.2.

¹⁴ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.1.

¹⁵ EREN, s.387.

¹⁶ AYAN, s.359; ZEVKLİLER, s.115; SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.469.

¹⁷ ZEVKLİLER, s.114.

¹⁸ EREN, s.387; AYAN, s.359; SİRMEN, s.469; ZEVKLİLER, s.124; DİNÇBUDAK SOLAK, s.52; PRADERVAND-KERNEN, s.160; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.10; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.12; VON FISCHER LEHMANN, Marie, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016, Art. 687, N.4; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Eşya Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s.417; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.304; AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.494; TOPUZ, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.413.

¹⁹ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.12.

²⁰ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.12; ZEVKLİLER, s.125.

²¹ VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.4; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.14; EREN, s.387; SİRMEN, s.469; ERTAN, s.89; TOPUZ, s.413; AKÇAAL, s.494.

bulunmadığı takdirde, meyveleri toplama hakkı bulunmamaktadır²². Yargıtay da, meyvelerin toplanmasına ilişkin hakkın ancak meyveli dalların komşu taşınmaz üzerindeki yapı ve/veya ekinlerin üzerine sarkması durumunda kullanılabilceğini belirtmektedir²³.

Meyveleri toplama hakkı, zarar şartından bağımsız olarak doğmaktadır²⁴. Dolayısıyla arazisine taşınan malik, bu taşkınlıktan dolayı zarara uğramasa bile taşkınlık arz eden dallardaki meyveleri toplama hakkına sahiptir.

Kanunda komşu malikin kendi arazisine sarkan dallarda yetişen meyveleri toplama hakkı düzenlenmekle birlikte, meyveden ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Öğretide bu bakımdan sınırlandırıcı olmayan bir yorum yapıldığı görülmektedir. Diğer ifadeyle elma, armut, erik ve diğer yenilebilen meyveler bu kapsamda olduğu gibi, kestane, palamut ve ıhlamur gibi ekonomik değere sahip ağaçların çiçek ve yapraklarının da meyve sayılacağı belirtilmektedir²⁵.

Sınırı aşan dallarda yetişen meyvelerin gerek dalındayken gerekse de düştükten sonra toplanması mümkündür. Ancak yere düşen meyvelerin, sınırı aşan dallardan düşmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁶. Ağacın dikili olduğu taşınmazın sınırları içinde kalan meyvelerin muhtelif sebeplerle komşu taşınmaza düşmesi durumunda, komşu taşınmaz malikinun bunları toplama hakkı bulunmamaktadır²⁷. TMK m.752 (ZGB Art. 700) hükmü çerçevesinde, doğal güçlerin etkisiyle veya rastlantı sonucu başkasının arazisine sürüklenen veya düşen şeyler, arazi malikinun mülkiyetine geçmemektedir²⁸. Bununla birlikte, komşu malikin arazisine düşen meyvelerin hangi dallardan düştüğünü tespit etmek oldukça güçtür. Böyle bir ihtimalde, komşu malikin arazisine düşen bütün meyveleri toplayabileceğini kabul etmek daha makul görünmektedir²⁹.

Dalların sarktığı arazinin, üzerinde ekin veya yapı bulunmayan boş bir arazi olması halinde, ağacın dikili olduğu taşınmazın malikinun komşu araziye taşınan ya da oraya düşmüş bulunan meyveleri toplama hakkı vardır³⁰. Zira bu durumda komşu arazi malikine sarkan dallardaki meyveleri toplama hakkı verilmemiştir. Söz konusu meyveler, TMK m.685 (ZGB Art. 643) hükmü gereğince ağacın dikili olduğu taşınmazın malikine aittir. Şu halde malik, TMK m.752 hükmüne dayanarak meyveleri toplamak için komşu araziye girebilir. Bahsi geçen hükümde, doğal güçlerin etkisiyle veya rastlantı sonucu başkasının arazisine sürüklenen veya düşen şeylerin hak sahibi tarafından aranıp alınmasına arazi malikinun izin vermek zorunda olduğu açıkça düzenlenmektedir. Benzer bir durum, dalların sarktığı arazinin kamu malı olması halinde de karşımıza çıkmaktadır. Öğretide bu durumda TMK m.740/2 hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmektedir³¹. Dolayısıyla kamu malı niteliğindeki bir araziye sarkan dallarda yetişen meyveler ağacın malikine aittir ve onun tarafından toplanabilir.

Komşu taşınmazın maliki tarafından toplanana kadar sınırı aşan dallarda yetişen meyveler ağacın malikine aittir³². Ancak komşu malik, kanundan doğan toplama hakkını kullanarak bu meyveleri alıkoyduğu anda artık bunları kendi mülkiyetine geçirmiş olur. Böylelikle mülkiyetin aslen kazanılması hallerinden biri gerçekleşmiş olmaktadır³³.

IV. KOMŞU MALİKİN TAŞKINLIĞIN KALDIRILMASINI İSTEME HAKKI

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun komşu malik bakımından öngördüğü taşkın bitkilere katlanma ödevi sınırsız değildir. Bu konudaki temel ölçüt, taşkınlığın komşu malike zarar verip vermemesidir. Ağacın dikili olduğu araziden komşu araziye sarkan dalların ve köklerin zarara

²² EREN, s.387; AKSOY DURSUN, s.780; ERTAN, s.89; AKÇAAL, s.494.

²³ DİNÇBUDAK SOLAK, s.53.

²⁴ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.14; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.10; ZEVKLİLER, s.126; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.639; AKSOY DURSUN, s.780; DİNÇBUDAK SOLAK, s.52.

²⁵ ZEVKLİLER, s.125; ERTAN, s.89.

²⁶ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.15; ZEVKLİLER, s.127.

²⁷ ZEVKLİLER, s.127.

²⁸ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.15.

²⁹ ZEVKLİLER, s.127.

³⁰ Aksi görüşte: ZEVKLİLER, s.126. Yazara göre, komşu taşınmaz ekili ve dikili olmasa da, ağaç sahibinin komşu taşınmaza geçen dallardaki meyveleri toplama hakkı yoktur.

³¹ MEIER-HAYOZ, Arthur, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1966, Art. 687-688, N.47; ZEVKLİLER, s.127.

³² HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.15; ZEVKLİLER, s.125.

³³ VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.4; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.15; ZEVKLİLER, s.125; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.639; DİNÇBUDAK SOLAK, s.53.

sebebiyet vermesi halinde, komşu malik bu taşkınlığın kaldırılmasını isteme hakkına sahiptir³⁴. Hatta kanun, ağaç malikine tanınan uygun süreye rağmen taşkınlığın kaldırılmaması halinde, komşu malikin taşkınlık arzeden dal ve kökleri kesip kendi mülkiyetine geçirebileceğini (*Kapprecht*) belirtmektedir (TMK m.740/1, ZGB Art. 687, Abs. 1).

Komşu malikin taşkın dalların ve köklerin kaldırılmasını istemeyebilmesi için kusur şart değildir³⁵. Başka bir deyişle, ağaç malikinin kusurlu olarak hareket edip etmediği aranmaz. Ağaç maliki, taşkınlık arzeden bitkileri kendisi dikmediği halde taşkınlığın önlenmesi için hiç bir şey yapmamış olabilir. Burada en temel husus, komşu malikin zarara uğraması ve bu zararın da taşkın dallardan veya köklerden kaynaklanmasıdır.

B. Şartları

1. Zararın Meydana Gelmesi

Taşkınlık arzeden dal ve köklerin kaldırılmasının istenebilmesi için, her şeyden evvel arazisine taşılan komşu malikin zarar görmüş olması gerekmektedir³⁶. Nitekim TMK m.740/1 hükmünde de “*Komşunun arazisine taşarak zarar veren dal ve kökler*” ibaresi yer almaktadır. Buradaki zarar tarımsal nitelikte (*Kulturschaden*) olabileceği gibi, başka türden bir zarar da olabilir³⁷. Söz gelimi, komşu taşınmaza sarkan dallar nedeniyle mahsulün zarar görmesi, köklerden dolayı toprağın neminin azalması, arazinin veriminin düşmesi³⁸ ya da tarımsal faaliyetin engellenmesi³⁹ gibi durumlarda komşu malikin zararı tarımsal niteliktedir. Bunun dışında, taşkınlık arzeden dallar ya da kökler sebebiyle manzaranın kapanması, geçişin engellenmesi⁴⁰ veya arazide iş yapmanın zorlaşması gibi hallerde de zarar söz konusu olabilir.

Taşkın dallar ve kökler sebebiyle ortaya çıkan her zarar bunların kaldırılmasını isteme hakkı vermemektedir⁴¹. Başka ifadeyle bu hakkın doğması için, ortaya çıkan zararın önemli nitelikte olması aranmaktadır⁴². Esasen Türk-İsviçre Medeni Kanunlarında zararın önemli nitelikte olması gerektiğine dair bir ifade bulunmamaktadır. Ancak bu şart, komşular arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesi bakımından gereklidir. Zira katlanılabilecek ölçüde bir zarar için ağaç malikinin dalları ya da kökleri kesmek durumunda kalmaması gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi, önemli ölçüde zarar şartının ağaçları orantısız ve hatta anlamsız nitelikteki zarar iddialarına karşı korumayı amaçladığını belirtmektedir⁴³. Örneğin komşu taşınmaza sarkan dallardan düşen yaprakların temizlenmesinin zahmetli olması, katlanılabilecek ölçüde bir zarar olarak kabul edilebilir⁴⁴. Ancak söz konusu yaprakların rahatsızlık verecek ölçüde kirliliğe yol açması durumunda zarar meydana

³⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.638; SİRMEN, s.469; ESENER/GÜVEN, s.304; KILIÇOĞLU, s.416; AKÇAAL, s.494; TOPUZ, s.412; ERTAN, s.73.

³⁵ “*Komşuluk hukukundan kaynaklanan elatmanın önlenmesi davalarında davalının kusurlu olması aranmaz. Davalının kusurlu olup olmaması, kasıtlı hareket edip etmemesi, elatmanın önlenmesi davasına etkili değildir. Yeter ki, davalının eylemi ile davacının zararı arasında illiyet bağı bulunsun. Davalının hiçbir kusuru olmasa dahi, elatmanın önlenmesine, eski hale getirme ve tazminata hükmedilebilir. Kural olarak davacının zararının doğmaması için bir önlem almaması da elatmanın önlenmesi davasını etkilemez*”. Yarg. 14. HD, E. 2015/11432, K. 2018/2560, T. 02.04.2018. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

³⁶ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.5; VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.2; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.6; ZEVKLİLER, s.118; ESENER/GÜVEN, s.304; DİNÇBUDAK SOLAK, s.45.

³⁷ MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.23; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.5.

³⁸ “*Burada esaslı unsur, zarar görmedir. Mahkemece, davalı taşınmazındaki bitkilerin gölge yaparak ya da köklerin geçmesi nedeniyle, davacı taşınmazında verim kaybının olup olmadığı saptanmalıdır. Zararın varlığının saptanması halinde ise, uzman bilirkişiler aracılığı ile hangi ağaçların (bitkilerin) zarar verdiği, bunların kökünden ya da dalları kesilerek mi zararın giderileceği saptanarak, zararın giderim şekli hükümde açıkça gösterilmelidir*”. Yarg. 14. HD, E. 2006/4167, K. 2006/5596, T. 12.05.2006. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

³⁹ “*Somut olayda, davacıya ait taşınmazın 30 metrekaRELİK kısmında tarım yapılamadığı ağaçların dallarının davacı taşınmazına geçtiği, genel zirai faaliyetin aksamaması için davacı taşınmazına geçen yada geçme eğilimi gösteren dalların budanması gerektiği saptanmıştır. Bu saptama karşısında mahkemece, bilirkişinin gösterdiği şekilde zararın giderimine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiştir*”. Yarg. 14. HD, E. 2002/1322, K. 2002/2081, T. 22.03.2002. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁰ “*Davacı, davalıların kullandığı .. ada ..parsel sayılı taşınmaz içindeki sınıra yakın olarak dikilen incir ağacının davacının taşınmazının bahçe kapısının açılmasını ve kapıdan geçişi engellediğini ileri sürerek elatmanın önlenmesini ve ağacın kesilmesini istemiştir*”. Yarg. 14. HD, E. 2013/15067, K. 2014/1968, T. 17.02.2014. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

⁴¹ ZEVKLİLER, s.118; AKÇAAL, s.494.

⁴² VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.2; ZEVKLİLER, s.118.

⁴³ BGE 131 III 505.

⁴⁴ PRADERVAND-KERNEN, s.160. Böyle bir durumda dalları kesme hakkı doğmasa bile, komşuluk hukuku çerçevesinde tazminat talep etme hakkının doğabileceği yönünde bkz: BRUCKNER, MüKo-BGB, §910, Rn.11.

geldiği sonucuna da varılabilecektir⁴⁵. Yargıtay da komşular arasında hoşgörülebilirlik sınırını aşmayan hallerde, ağaçların kesilmesi veya sökülmesi yoluna başvurulmaması gerektiğini belirtmektedir⁴⁶.

Zararın ne zaman önemli nitelikte sayılacağı konusunda kesin bir tespit yapmak mümkün değildir⁴⁷. Bazı hukukçular bu noktada Alman Medeni Kanunu'nun 910. paragrafına (*BGB § 910*) işaret etmektedir⁴⁸. Bahsi geçen paragrafın ikinci fıkrasına göre, kökler ve dallar taşınmazın kullanılmasını önlemediği takdirde, komşu malikin bunların kaldırılmasını isteme ya da kesme hakkı yoktur⁴⁹. Dolayısıyla zararın önemli olup olmasının tespitinde, komşu malikin taşkınlık sebebiyle kendi taşınmazını kullanmasının ne derece önlendiği hususu dikkate alınacaktır. Her halükarda komşu taşınmazın tarımsal özellikleri, kullanılma biçimi ve bulunduğu yer (kentsel veya kırsal bölgede olması) gibi durumların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁰. Öte yandan genel bir ilke olarak dürüstlük kuralına uygun davranılması da önem taşımaktadır⁵¹.

Henüz zarar meydana gelmemekle birlikte, ileride zararın doğma ihtimalinin bulunduğu durumlarda komşu malikin herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Diğer ifadeyle komşu malik, sınıra yakın şekilde dikilen ağacın dallarının ve köklerinin bir zaman sonra kendi taşınmazına zarar vereceğini ileri sürerek ağacın kesilmesini isteyemez⁵². Böyle bir iddia ile açılan davanın reddi gerekir⁵³. Ancak Yargıtay bu konuda bir ayırım yapmaktadır. Yüksek mahkeme, henüz zarar doğmadığı halde yakın gelecekte zararın doğmasının pek muhtemel veya kesin olduğu durumlarda zarar tehlikesinin önlenmesinin istenebileceği görüşündedir⁵⁴. Ancak zararın uzun zaman sonra

⁴⁵ “Mahallinde 18.04.2016 tarihinde yapılan keşif sonucu alınan Ziraatçi bilirkişi ... ise 28.04.2016 tarihli raporunda dava konusu ağaçların davacıya ait alana gölgeleme yaptığı, yapraklarının kirliliğe neden olduğu ve köklerinin de tecavüzlü olduğunu belirterek ağaçların kesilmesinin uygun olacağını bildirmiştir. Mahkemece bu rapor doğrultusunda ağaçların kaline karar verilmiştir”. Yargıtay 14. HD, E. 2016/11424, K. 2019/3801, T. 30.04.2019. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁶ “Mahkemece davanın kabulüyle ziraat bilirkişisinin 09.03.2016 tarihli raporunda belirtilen 1731 parselde bulunan A ve B harfleri ile gösterilen fıstık çamlarının kesilmesine, 1732 parsel 1 numaralı bağımsız bölümde bulunan sınıra dikilmiş 14 adet limoni selvi ağacının sökülmesine karar verilmiş ise de, dava konusu taşınmazların yazlık olarak kullanıldığı, kal'ine karar verilen davalıya ait ağaçlardan kaynaklanan şikayetlerin komşular arasında hoşgörülebilirlik sınırını aşmadığı, müdahalenin ağaçların budanması yoluyla giderilebileceği anlaşıldığından, ağaçların kesilmesi ve sökülmesi suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir”. Yargıtay 14. HD, E. 2016/12056, K. 2019/4182, T. 08.05.2019. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁴⁷ ZEVKLİLER, s.118.

⁴⁸ ZEVKLİLER, s.118; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.5; MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.24.

⁴⁹ FRITZSCHE, Jörg: Beckscher Online-Kommentar zum BGB, 58. Edition, C.H.BECK, München, 2021, §910, Rn.8.

⁵⁰ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.5; MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.24; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.6; FRITZSCHE, BeckOK-BGB, §910, Rn.8.

⁵¹ “Somut olayda davacı her ne kadar davalının diktiği ağaçların fazla gölge yapması nedeniyle pamuk mahsulüne zarar verdiğini iddia etmiş, bilirkişi raporu da iddiayı teyit eder nitelikte görülmüş ise de dosyadaki delillerden bizzat davacının da aynı davranış içerisinde bulunduğu, kendisi tarafından dikilen ağaçların da aynı şekilde zarar verdiği anlaşılmaktadır. Davacının davranışı bu durum karşısında Medeni Kanun'un 2. maddesi açısından değerlendirildiğinde çelişki bir tutum içerisinde bulunduğundan Özel Daire bozma kararına bu gerekçelerle uyularak davanın reddi gerekirken direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir”. Yarg. HGK, E. 1985/1-330, K. 1986/1010, T. 04.06.1986. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

⁵² “Somut olayda: Davalı taşınmazın davacı taşınmazı tarafından sınırına iki yıl önce 90 - 100 santim mesafede 7 adet çam 2 adet iğde ağacı dikildiği, keşifte oy ve görüşüne başvurulmuş ziraat ve inşaat bilirkişileri somut zararın olmadığını ağaçların sulanması nedeniyle ileride sızan sudan davacının evinin zarar göreceğini bildirmişlerdir. Az yukarıda da açıklandığı gibi, somut zarar bulunmadan muhtemel zarar nedeniyle komşuluk hukukuna aykırılığın giderilmesi istenemez. Somut ve gerçekleşmiş bir zarar söz konusu olmalıdır. Olayda davalı tarafından dikilen ağaçlar nedeniyle gerçekleşmiş bir somut zararın bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddi yerine istemin hüküm altına alınması doğru olmadığından karar bozulmalıdır”. Yarg. 14. HD, E. 2008/1117, K. 2008/2627, T. 03.03.2008. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

⁵³ TEKDOĞAN, Aydın: Komşu Taşınmazın Elatmanın Önlenmesi ve Temlikten Tescil Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.399.

⁵⁴ “Davacının 1052 parsel sayılı taşınmazının sınırındaki duvara meyveli ağaçların kök ve dallarının zarar vereceği yolundaki iddiasına gelince; Dosya içindeki 27.7.2005 tarihli Ziraat Mühendisi bilirkişi raporunda davacının 1052 parsel sayılı taşınmazının sınırındaki 16.02 m2 alana dikilen meyve ve çam ağaçlarının davacı taşınmazına tecavüzü yok ise de tam sınırdaki istinat duvarının bitiminde bulunduğu 5-8 yaş arasında olan ağaçların cinsleri itibarıyla kök yapılarının saçak kök olduğu, bu kök yapısının hem kazık kök gibi derine, hem de etrafa yayıldığı ve kökün kapladığı alanın dalların oluşturdugu kısmın izdüşümü ile aynı olacağı bildirilmiştir. Başka bir deyişle ağaçlar büyüdükçe kökün kapladığı alanın büyüyeceği ve köklerin duvara zarar verip zaten çok sağlam olmayan duvarda hasara neden olacağı, ayrıca ağaçların sulanması nedeniyle toprakta oluşan yumuşamanın da negatif etkiyi arttıracığı açıklanmıştır. Keşif anında duvarda herhangi bir zarar oluşmamış olmakla beraber ilerleyen zaman içinde duvarda yıkılma tehlikesi de tesbit edilmiştir. Davacı komşuluk hukuku ilkelerine dayanarak duvara zarar verecek olan ağaçların kal'ini istemektedir. Bilirkişi raporunda açıklanan gerekçeler gözetildiğinde davacının talebinde haklı olduğu ve pek yakın zamanda zarara

meydana gelebileceği iddiasının dinlenme olanağı yoktur⁵⁵.

2. Ağaç Malikine Uygun Bir Süre Verilmesi

Taşkınlık arzeden dallar veya kökler sebebiyle zarara uğrayan komşu malik, taşkınlığın kaldırılması için ağaç malikine uygun bir süre vermelidir⁵⁶. Diğer ifadeyle komşu malik, ağaç malikinden taşkınlığın uygun bir süre içerisinde kaldırılmasını istemelidir. Taşkınlığın kaldırılması için ağaç malikine yapılacak olan süre bildirim her hangi bir şekilde tabi değildir⁵⁷. Dolayısıyla sözlü şekilde dahi bildirimde bulunulabilir. Ancak ispat kolaylığı bakımından noter vasıtasıyla veya yazılı olarak ihtarda bulunulması faydalı olabilir. Her halükarda, taşkın dal ve köklerin kesilmediği takdirde bizzat kendisi tarafından kesileceğinin açık bir biçimde bildirilmesi gerekmektedir⁵⁸.

Türk-İsviçre Medeni Kanunları, süre bildirimini kim tarafından ve hangi muhataba karşı yapılacağı konusunda açık değildir⁵⁹. Öğretide süreyi tanıyacak olanın esasen komşu taşınmazın maliki olduğu, ancak bu taşınmazı bir sınırlı ayni hakka dayanarak kullanmakta olan kişinin de böyle bir bildirimde bulunabileceği kabul edilmektedir⁶⁰. Zira sınırlı ayni hakka dayanarak komşu taşınmazı kullanan kişi de taşkın bitkiler sebebiyle zarara uğramış olabilir. Örneğin komşu taşınmaz üzerinde bir geçit hakkına sahip olan kişinin, taşkın bitkiler sebebiyle geçidi elverişli şekilde kullanmadığı takdirde zarara uğraması mümkündür. Komşu taşınmazı bir şahsi hakka dayanarak kullanan kişinin ise süre bildiriminde bulunma hakkı yoktur. Bu kişi taşkın bitkiler sebebiyle taşınmazı istediği gibi kullanmadığı takdirde ancak nisbi hakka dayanarak ilgili taşınmazın malikine başvurabilir.

Paylı mülkiyetin varlığı halinde, süre bildirimini her paydaş tek başına yapabilir. Taşkın bitki malikine bildirimde bulunulması, kanaatimizce TMK m.693/3 anlamında bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması kapsamındadır. Benzer bir durum elbirliği mülkiyeti bakımından da söylenebilir. Diğer ifadeyle, elbirliği mülkiyetine tabi bir taşınmaz bakımından meydana gelen taşkın bitkiler için, ortaklardan her biri tek başına bildirimde bulunabilir. Zira burada topluluğa giren hakların korunması amacı (TMK m.702/4) güdülmektedir.

Süre bildirimini kural olarak ağacın dikili olduğu taşınmazın malikine yapılmalıdır⁶¹. Bütünleyici parça kuralı (TMK m.684, ZGB Art. 642) gereğince, taşınmazın maliki olan kişi aynı zamanda taşkınlık arzeden bitkilerin de malikidir. Ancak İsviçre öğretisinde, süre bildirimini muhatabının malik değil zilyet olduğu ifade edilmektedir⁶². Süre bildirimini halihazırda taşınmazı kullanan zilyede yapılmasının pratik açıdan daha faydalı olacağı ileri sürülmektedir⁶³. Bununla birlikte zilyedin, ağacın dikili olduğu taşınmazı bir ayni hakka dayalı olarak zilyetliğinde bulundurması gerekmektedir⁶⁴. Şahsi hakka dayalı olarak zilyet olan kişi muhatap alınarak bildirim yapılmamalıdır. Örneğin komşu taşınmaza sarkan ağacın dikili olduğu araziye kiracı olarak kullanan kişi böyledir⁶⁵.

Kanunda yalnızca uygun bir süre verilmesi gerektiği ifade edilmiş, bunun dışında süreyle ilgili net bir çerçeve çizilmemiştir. Kanun koyucunun bu tavrı bir bakıma tutarlıdır⁶⁶. Zira süre konusunda kesin belirleme yapılması her durumda hakkaniyete uygun olmayabilir. Bunun yerine,

uğrayacağı da gözetilerek kal kararı verilmesi gerekirken davanın reddi doğru olmamış kararın bozulmasına karar verilmiştir". Yarg. 14. HD, E. 2007/558, K. 2007/1834, T. 27.02.2007. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁵ Yarg. 14. HD, E. 2015/11432, K. 2018/2560, T. 02.04.2018. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

⁵⁶ ZEVKLİLER, s.119; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.6; VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.2; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.7. Alman Hukukunda uygun bir süre tanıma zorunluluğu yalnızca sınırı geçen dallar bakımından söz konusudur. Kökler bakımından ise böyle bir zorunluluk yoktur. Dolayısıyla Alman Hukukunda komşu malik, sınırı geçen kökleri herhangi bir süre bildiriminde bulunmaksızın kesme hakkına sahiptir. Bkz: FRITZSCHE, BeckOK-BGB, §910, Rn.3.

⁵⁷ MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.30; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.7.

⁵⁸ ERTAN, s.77.

⁵⁹ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.6.

⁶⁰ ZEVKLİLER, s.120. Alman Medeni Kanunu'nda ise, süre bildiriminde bulunacak kişinin komşu taşınmazın maliki olduğu açıkça belirtilmiştir (BGB §910).

⁶¹ ZEVKLİLER, s.120.

⁶² MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.30; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.6; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.7. Nitekim Alman Medeni Kanunu'nda da süre bildirimini muhatabının zilyet (Besitzer) olduğu düzenlenmiştir (BGB §910).

⁶³ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.6.

⁶⁴ ZEVKLİLER, s.120.

⁶⁵ Alman Hukukunda ileri sürülen bir görüş ise, kiracıya karşı da bildirimde bulunulabileceğini belirtmektedir. Bkz: BRUCKNER, MüKo-BGB, §910, Rn.5. Türk Hukukunda da aynı görüşü paylaşan bir yazar bulunmaktadır. Bkz: ERTAN, s.77.

⁶⁶ ZEVKLİLER, s.120.

sürenin olayın özelliğine göre belirlenmesi pratik bakımdan daha uygundur. Sürenin uygunluğu tespit edilirken dürüstlük kuralı göz önünde tutulacaktır⁶⁷. Özellikle bitkilerin durumu, arazinin çalışma koşulları ve mevsim şartlarının elverişliliği gibi durumların dikkate alınması gerekmektedir⁶⁸. Taşkın bitkilerin kaldırılması için kesin bir süre verilmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, sürenin belirli veya belirlenebilir bitiş tarihinin muhataba iletilmesi gerekmektedir⁶⁹. Diğer görüşe göre ise, süre bildiriminde belirli bir son tarihin bulunması zorunlu değildir fakat tavsiye edilebilir⁷⁰.

Komşu malik, taşkınlık arzeden dallar veya kökler sebebiyle zarara uğradığı halde uygun bir süre vermediği takdirde, bu dalları ve kökleri kesme hakkına sahip değildir. Aksi halde, uygun bir süre vermeden taşkın dalları ve kökleri kesen komşu hakkını kötüye kullanmış olur⁷¹. Bundan dolayı ağaç malikine verdiği zararı gidermek zorundadır⁷². Ayrıca kesmiş olduğu dalları ve kökleri de kendi mülkiyetine geçirme hakkı doğmadığından, ağaç malikine geri vermek durumundadır.

C. Komşu Malikin Dalları ve Kökleri Kesme ve Kendi Mülkiyetine Geçirme Hakkı

Taşkınlık arzeden bitkiler sebebiyle komşu taşınmazda bir zararın meydana gelmesi ve komşu malikin uygun bir süre tanınmasına rağmen taşkınlığın ortadan kaldırılmaması halinde, zarara uğrayan taşınmazın malikin taşkın dalları ve kökleri kesme (*Kapprecht*) ve kendi mülkiyetine geçirme hakkı doğmaktadır⁷³. Kanun koyucunun komşu malike tanıdığı bu hak, esasen kişinin bizzat güç kullanarak taşınmazına yönelik bir saldırıyı ortadan kaldırması anlamına gelmektedir. Hukuk düzeninde temel kural, kişinin kendiliğinden hak almasının (ihkak-ı hakkın) yasak olmasıdır. Ancak burada istisnai olarak komşu taşınmaz malikine şartları gerçekleştiği takdirde kendiliğinden hak alma hakkı (*Selbsthilferecht*) tanınmıştır.

Komşu malikin taşkınlık arzeden dalları ve kökleri kesme hakkı sınırsız değildir. Bu noktada en temel sınırlamayı dürüstlük kuralı teşkil etmektedir⁷⁴. Komşu malik, kanunun kendisine tanıdığı kesme hakkını dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanamaz. Aksi takdirde, bundan dolayı ağaç malikinin uğradığı zararı gidermek zorunda kalacaktır⁷⁵. Komşu malikin kesme hakkı, yalnızca sınırı aşan dallar ve kökler bakımından bulunmaktadır⁷⁶. Bunun dışındaki dalların ve köklerin kesilmesi mümkün olmadığı gibi, sınırı aşan ağaç gövdesinin de kesilmesi mümkün değildir. Zira kanun hükmünde açıkça dallar ve kökler bakımından kesme hakkı tanınmıştır. Ağacın gövdesinin de sınırı aşmış olması durumunda, komşu malik ancak TMK m.683/2 hükmü çerçevesinde elatmanın önlenmesini dava edebilecektir⁷⁷. Ayrıca kesme hakkının, zararın önlenmesiyle ölçülü şekilde kullanılması gerekir⁷⁸. Söz gelimi, sınırı aşan dalların bir kısmının kesilmesiyle zarar ortadan kalkacaksa bütün dalların kesilmesi yoluna gidilmemelidir.

Kesme hakkına sahip olan komşu malik, aynı zamanda kesmiş olduğu dalları ve kökleri mülkiyetine geçirme hakkına da sahip olmaktadır (TMK m.740/1, ZGB Art. 687, Abs. 1). Dolayısıyla komşu malik, kesmiş olduğu dallar veya kökler üzerindeki mülkiyet hakkını aslen kazanmaktadır (*originärer Eigentumserwerb*)⁷⁹. Ancak mülkiyetin aslen kazanılması, kanunda belirtilen şartlar çerçevesinde kesme hakkının kullanılmasıyla doğar. Kesme hakkı doğmaksızın komşu malik tarafından sınırı geçen dalların ve köklerin kesilmesi halinde, bunlar üzerindeki mülkiyet hakkı halen ağacın malikine aittir⁸⁰. Kesilme anına kadar ağacın bütünleyici parçası durumunda olan dallar ve kökler, kesildikten sonra bağımsız eşya durumuna girer. Kural olarak,

⁶⁷ VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.2.

⁶⁸ MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.28; VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.2; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.6; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.7; ZEVKLİLER, s.120; BRUCKNER, MüKo-BGB, §910, Rn.6.

⁶⁹ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.6; ERTAN, s.77.

⁷⁰ GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.7.

⁷¹ ZEVKLİLER, s.121.

⁷² ZEVKLİLER, s.121.

⁷³ EREN, s.387; ZEVKLİLER, s.121; ESENER/GÜVEN, s.304; KILIÇOĞLU, s.416; SİRMEN, s.469; TOPUZ, s.412; AKÇAAL, s.495; ERTAN, s.73; MEIER, Luca: "Bäume und Sträucher im Nachbarrecht (Kapp- und Anriessrecht, Grenzabstände)", Rechtsicher Newsletter, Ausgabe 01, Dez 2018-Jan 2019, s.6.

⁷⁴ ZEVKLİLER, s.121.

⁷⁵ MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.6.

⁷⁶ BRUCKNER, MüKo-BGB, §910, Rn.16; FRITZSCHE, BeckOK-BGB, §910, Rn.6.

⁷⁷ MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.6; ZEVKLİLER, s.121.

⁷⁸ GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.7; MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.20.

⁷⁹ VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.3; MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.38; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.7; BRUCKNER, MüKo-BGB, §910, Rn.17; ZEVKLİLER, s.122.

⁸⁰ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.9; MEIER-HAYOZ, BK-ZGB, Art. 687-688, N.39; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.7; ZEVKLİLER, s.123.

bütünleyici parça olmaktan çıkıp bağımsız eşya haline gelen şey, asıl şeyin malikine aittir. Dolayısıyla bu şekilde kesilen dalların ve köklerin ağaç malikine iade edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, kesme hakkı bulunan komşu malik bu hakkında feragat edebilir. Bu durumda kesilen dalların ve köklerin ağacın dikili olduğu taşınmazın bırakılması mümkündür.

Komşu malik, zarar veren dalların ve köklerin kesilmesi sebebiyle yaptığı masrafları ağaç malikinden talep edemez⁸¹. Örneğin komşu malik, taşkın dalların ve köklerin kesilmesi için bir başka kişiyle ücret karşılığı anlaşmışsa, söz konusu masrafı ağaç malikinden isteyemeyecektir. Zira kanunda komşu malike tanınan hak, yalnızca taşkın dalları ve kökleri keserek mülkiyetine geçirmekle sınırlıdır.

Komşu malikin taşkın dalları ve kökleri kesme hakkı herhangi bir zamanaşımına ya da hak düşürücü süreye tabi değildir. Nitekim Türk-İsviçre Medeni Kanunları'nda buna yönelik bir hüküm bulunmamaktadır⁸². Dolayısıyla kural olarak taşkınlık devam ettiği sürece komşu malikin kesme hakkı da varlığını sürdürecektir⁸³. Bununla birlikte, komşu malikin kesme hakkını kullanabileceği zaman sınırı bakımından da dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulanır⁸⁴. Taşkın dalların ve köklerin kendi taşınmazına geçmesine uzun süre müsamaha gösteren komşu malikin bu dalları veya kökleri kesmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanabilecektir. Öte yandan İsviçre Hukukunda Kantonların meyve veren ağaçlar bakımından kesme hakkının kaldırılmasına dair düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır⁸⁵. Alman Hukukunda da eyaletlere ve belediyelere kesme hakkının sınırlandırılması yetkisi verilmiştir⁸⁶.

Paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti söz konusu olduğunda her paydaş ya da ortak, zarar veren dalların ve köklerin kesilmesini tek başına sağlayabilir. Zira burada da bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasıyla ilgili bir durum bulunmaktadır. Ancak kesilen dallar ve kökler, bunları kesen paydaşın ya da ortağın mülkiyetine geçmez. Bunlar üzerinde bütün paydaş veya ortakların birlikte mülkiyet hakkının doğduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Öğretide taşınmaz malikinin dışında, ilgili taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hakka sahip olan kişilerin de kesme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁷. Söz gelimi, taşınmaz üzerinde intifa hakkına veya geçit hakkına sahip olan kişi de taşkınlık arzeden ve zarar veren dalları kesebilir. Ancak şahsi hakka dayalı olarak zilyet olan kişilerin (örneğin kiracı) kesme hakkı bulunmamaktadır⁸⁸.

D. Komşu Malikin Kesme Hakkı Bağlamında Mala Zarar Verme Suçu

Komşu malikin TMK m.740/1 hükmü çerçevesinde taşınmazına zarar veren dalları ve kökleri bizzat kesmesi, ağaç maliki tarafından ceza hukuku anlamında şikayet konusu edilebilmektedir. Burada meydana geldiği ileri sürülen suç tipi ise TCK m.151 vd. hükümlerinde düzenlenen mala zarar verme suçudur. Türk Ceza Kanunu m.151/1 hükmüne göre, “Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”. Mala zarar verme suçunda korunan hukuki yarar mülkiyet hakkıdır⁸⁹. Suçun konusu ise, başkasına ait taşınır veya taşınmaz bir maldır⁹⁰. Bu bakımdan bitkiler de bu suçun konusunu oluşturabilir. Hatta TCK m.152/1-c hükmüne göre, devlet ormanı statüsündeki yerler haricinde nerede olursa olsun, her türlü dikili ağaç, fidan veya bağ çubuğu hakkında bu suçun işlenmesi halinde verilecek ceza bir katına kadar arttırılacaktır. Dolayısıyla mala zarar verme suçunun dikili ağaç, fidan veya bağ çubuğu hakkında işlenmesi, suçun nitelikli hallerinden birini teşkil etmektedir⁹¹. Hal böyle olmakla birlikte, komşu malikin TMK m.740/1 hükmüne uygun olarak

⁸¹ VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.3; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.7; ERTAN, s.83; Alman Hukukunda ise, dalların ve köklerin kesilmesi sebebiyle yapılan masrafların istenebileceği belirtilmektedir. Bkz: BRUCKNER, MüKo-BGB, §910, Rn.20.

⁸² SCHALLER, Jean-Marc: “Zur verspäteten Ausübung ziviler (privatrechtlicher) Nachbarrechte”, Aktuelle Juristische Praxis, 18(8), 2009, s.1023; MEIER, s.6. Alman Hukuku bakımından da aynı görüş benimsenmiştir. Bkz: BRUCKNER, MüKo-BGB, §910, Rn.18; FRITZSCHE, BeckOK-BGB, §910, Rn.10.

⁸³ SCHALLER, s.1023.

⁸⁴ BRUCKNER, MüKo-BGB, §910, Rn.18.

⁸⁵ SCHALLER, s.1023.

⁸⁶ FRITZSCHE, BeckOK-BGB, §910, Rn.9.

⁸⁷ ERTAN, s.76.

⁸⁸ ERTAN, s.76.

⁸⁹ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R.Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.828.

⁹⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.828.

⁹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.835.

taşkın bitkilerin dallarını veya köklerini kesmesi durumunda mala zarar verme suçu oluşmaz. Zira TCK m.26/1 hükmünde, hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği açıkça düzenlenmektedir. Taşkın dalları ve kökleri kesme hakkı bakımından komşu malik, doğrudan doğruya kanun tarafından kendisine tanınan bir hakkı kullanmaktadır. Nitekim Yargıtay da konu ile ilgili kararlarında, taşkın dalların veya köklerin kesilmesi sebebiyle mala zarar verme iddiasıyla açılan davada, komşu malikin TMK m.740 hükmüne uygun hareket etmesi durumunda beraatine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹². Ancak komşu malikin kendi taşınmazına geçen dallar veya kökler haricinde, ağacın diğer kısımlarını da budaması ya da tamamen kesmesi halinde mala zarar verme suçu bakımından cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir⁹³.

E. Komşu Malikin Elatmanın Önlenmesini Dava Etme Hakkı

Komşu malikin TMK m.740/1 hükmü çerçevesinde sahip olduğu kesme hakkını kullanmayarak doğrudan elatmanın önlenmesini dava edip edemeyeceği tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, komşu malike taşkın dalları ve kökleri kesme hakkının özel hükümle tanınması nedeniyle elatmanın önlenmesini isteme yolu kapatılmıştır⁹⁴. Bunun aksini kabul etmek, kanunun kesme hakkını düzenlemekteki amacına ters düşecektir⁹⁵. Ayrıca kesme hakkının kullanılabilmesi için zarar şartı gerekirken, elatmanın önlenmesini isteyebilmek için zarara uğranılması şart değildir⁹⁶. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, komşu malikin elatmanın önlenmesini dava edebileceğini kabul etmek gerekmektedir⁹⁷. Diğer bir ifadeyle, komşu malik sınırı aşan dalları ve kökleri bizzat kesme hakkını kullanmak yerine, hakime başvurarak bu dalların ve köklerin kesilmesine karar verilmesini isteyebilmelidir. Yargıtay da, komşu malikin bu hakkını dava açarak kullanabileceği kanaatinde⁹⁸. Elatmanın önlenmesinde zarar şartının bulunmaması, taşkın bitkiler bakımından bu davanın açılmasına engel değildir. Zira böyle bir dava açıldığı takdirde hakim, TMK m.740 hükmünde yer alan özel şartları göz önünde tutarak hüküm verecektir. Diğer ifadeyle, taşkın bitkilerle ilgili olarak elatmanın önlenmesi talep edilmesi durumunda da zararın varlığı ve uygun süre verilip verilmediği hususları dikkate alınacaktır. Böylelikle, TMK m.740 hükmünün komşu malike özel olarak kesme hakkı tanınmasındaki amaç da korunmuş olacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi, bugünkü öğretide ve uygulamada taşkın bitkiler bakımından kendi kendine hak alma ile hakime başvurunun temelde eşit hukuki yollar olduğunu belirtmektedir⁹⁹. Yüksek mahkemeye göre, elatmanın önlenmesi talebi komşu taşınmazlar arasındaki taşkın dallar ve köklerle ilgili olduğu takdirde ZGB Art. 687 (TMK m.740) hükmü esas alınacaktır. Aksi yönde karar vermek, ZGB Art. 687/1 hükmünün içinin boşaltılması ve anlamsızlaştırılması sonucunu doğuracaktır. Görüldüğü üzere İsviçre Federal Mahkemesi de tıpkı Yargıtay gibi, taşkın bitkilerle ilgili olarak elatmanın önlenmesi talebiyle mahkemeye başvurulabileceğini fakat mahkemenin bu

⁹² “Sanığın söz konusu ağaçların yalnızca kendi bahçesi sınırlarına düşen dallarını kestiğini söz konusu dalların inşaat halinde olan binasına zarar verdiği, söz konusu ağaçlardan dökülen yaprakların da çevre kirliliğine sebep olduğunu beyan ettiği, Orman İşletme Müdürlüğüne müracaatta bulunarak bu durumun önlenmesine ilişkin başvuruda bulunduğu, bu konuda önlem alması için katılana uyardığı; ve ayrıca dosya kapsamına göre suça konu ağacın sadece sanığa ait bahçeye sarkan kollarının kesildiğinin sabit olduğu, ağaçların kökünden kesilmesinin söz konusu olmadığını anlaşılmaması karşısında; unsurları itibarıyla oluşmayan mala zarar verme suçundan beraat kararı verilmesi gerekirken delillerin takdir ve değerlendirilmesinde yanılığa düşülmek suretiyle mahkumiyet kararının verilmesi hükmün bozulmasını gerektirmiştir”. Yarg. 23. CD, E. 2015/15876, K. 2016/530, T. 01.02.2016. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası) “Sanığın komşusu olan katılana ait ağacın dallarını keserek mala zarar verme suçunu işlediği iddia edilen olayda; sanığın kendi arazisine zarar verdiği düşünerek aksi kanıtlanamayan beyanına göre uyarılarına rağmen taşkınlığın giderilememesi üzerine ağacın dallarını kestiğine dair savunması karşısında; eyleminin hukuka uygunluk sebebi kapsamında kaldığı gözetilmeden beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırı olup hükmün bozulması gerekir”. Yarg. 8. CD, E. 2017/24216, K. 2018/3764, T. 04.04.2018. Ayrıca bkz: Yarg. 2. CD, E. 2020/22222, K. 2020/16049, T. 22.12.2020. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

⁹³ “...öncelikle suça konu yerde bilirkişi incelemesi yaptırılıp, ağaçların tümüyle mi kesildiği yoksa dallarının mı budandığı, kesilen ağaçların ya da budanan dalların sanığın kendi taşınmazı içinde kalıp kalmadığı hususlarının belirlenmesi... zorunludur”. Yarg. CGK, E. 2004/10-80, K. 2004/103, T. 27.04.2004. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

⁹⁴ ZEVKLİLER, s.123.

⁹⁵ ZEVKLİLER, s.123.

⁹⁶ ZEVKLİLER, s.123.

⁹⁷ VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.3; ERTAN, s.84; Ayrıca bkz. ZEVKLİLER, s.123, dnp. 43'te belirtilen yazarlar.

⁹⁸ “Başkasının mülküne geçerek zarar veren dal ve köklerin zarar gören mülk sahibi tarafından kesilebilmesi olanaklıdır. Yasada mülkiyetin taşkın kullanılmasına kısıtlama getirilmiştir. Mülk sahibi bu hakkını kendisi kullanabileceği gibi bu zararın mahkeme aracılığı ile de giderilmesini isteyebilir”. Yarg. 14. HD, E. 2008/3859, K. 2008/4695, T. 07.04.2008. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

⁹⁹ BGE 131 III 505.

davada taşkın bitkilerle ilgili özel hüküm (TMK m.740/ZGB Art. 687) çerçevesinde karar vereceğini ifade etmektedir.

Taşkın bitkilerin kesilmesine dair TMK m.740/1 hükmü, zilyedin savunma hakkını düzenleyen TMK m.981 (ZGB Art. 926) hükmüyle ilişkilendirilebilir. Zilyedin savunma hakkı, kendi kendine hak almanın bir başka görünüş biçimidir. Bu çerçevede zilyet, her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak defetme hakkına sahiptir. Zilyetliğin bu şekilde kuvvet kullanılarak korunması istisnai niteliktedir. Aynı durum, komşu malikin taşkın bitkiler sebebiyle sahip olduğu kesme hakkı bakımından da geçerlidir. Şu halde komşu malikin yalnızca istisnai nitelikteki TMK m.740/1 hükmüne göre kesme hakkına sahip olup, hakimden elatmanın önlenmesini isteyemeyeceği düşüncesi kanaatimizce yerinde değildir.

Yargıtay taşkın bitkiler hakkında elatmanın önlenmesi talep edildiği takdirde, TMK m.740 (EMK m.664) hükmüne göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin malikin kendi taşınmazına diktiği ağaçların dallarının ve köklerinin komşu taşınmaza geçmesi nedeniyle zarar oluştuğu tespit edilse bile, ağaçların tümüyle kesilmesi yönünde karar verilmemelidir¹⁰⁰. Bu durumda hakim, zararın ortadan kaldırılmasını sağlayacak ölçüde dalların ve köklerin kesilmesi yönünde hüküm oluşturmaktadır.

Malikin taşınmazına diktiği bitkilerin komşu taşınmaza geçmediği fakat yalnızca gölge oluşturduğu için zarar meydana geldiği durumlarda, elatmanın önlenmesi davasının çözümlenmesi bakımından TMK m.740 hükmü değil, komşu hakkıyla ilgili temel hüküm olan TMK m.737 (EMK m.661) uygulanmalıdır¹⁰¹. Taşkın dallar ve köklerle birlikte gölge sebebiyle de zarara uğrandığı iddia ediliyorsa, yine TMK m.740 hükmü uygulanacaktır¹⁰².

Taşkın bitkiler nedeniyle açılan elatmanın önlenmesi davalarında önemli hususlardan birini bilirkişi raporu teşkil etmektedir. Yargıtay'ın da işaret ettiği üzere bu tür davalarda hakim, yerinde keşif yaparak konusunda uzman kadastro mühendisi veya tapu fen bilirkişisi ile ziraatçı bilirkişiden açık ve ayrıntılı bir rapor istemelidir¹⁰³. Zira taşkın dalların ve köklerin kesilebilmesi için zararın varlığının tespit edilmesi zorunludur. Böyle bir tespitin yapılması ise, özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Raporla özellikle taşkın dalların veya köklerin davacının iddia ettiği şekilde ve ölçüde zarara sebebiyet verip vermediğinin, eğer zarara sebebiyet veriyorsa bunun ne şekilde giderilebileceğinin açıklanması gerekmektedir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı, komşusunun diktiği ceviz ağaçlarının dallarının, evinin üzerine sarkarak gölge yaptığını ve bu sebeple hem çatısının hem de sağlığının zarar gördüğünü ileri sürerek taşkın dalların kesilmesini talep etmiştir. Yüksek mahkeme bu olayda bilirkişi raporunun eksik olmasından bahisle, hem teknik ziraatçı bilirkişiden hem de doktor bilirkişiden açık ve ayrıntılı rapor alınması gerektiğine işaret etmiştir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ “Davalının diktiği kavak ağaçlarının köklerinin davacı taşınmazına geçtiği ve gölge yaptığı, böylece zarar verdiği keşifte bilgisine başvurulmuş uzman bilirkişinin sözlerinden anlaşılmaktadır. Davacının, davasında ağaçların kesilmesini istemiş olması, çoğun içinde az da vardır kuralı gereğince, zarar veren, gölge yapan kök ve dalların kesilmesi suretiyle mevcut zararın giderilmesine engel sayılamaz. O halde, uyumsuzluğun MK.nun sözü edilen 661 ve 664. maddeleri hükümleri ve mülkiyet hakkının mahiyeti de gözetilerek değerlendirilip tamamen kaldırma yerine hakkaniyete uygun bir çözüm bulunması gerekir”. Yarg. HGK, E. 1988/1-869, K. 1989/37, T. 01.02.1989. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁰¹ “Hal böyle olunca mahkemece yeniden seçilecek uzman bilirkişi ya da kurulu aracılığı ile komşuluk hukuku ilkeleri açısından inceleme yapılması, özellikle ağaçların gölgesinin davacıya zarar verip vermediğinin, zarar veriyorsa miktarının ve sebeplerinin, ayrıca gölgenin Medeni Kanununun 661/2'deki ölçülere göre taşkın sayılabilecek nitelikte olup olmadığının ve de davalıya ait mülkiyet hakkını kısıtlamayacak kısıtlama bile hoşgörüsü sınırları içerisinde kalabilecek hangi önlemlerle giderilebileceğini kesinlikle belirlenmesi ve doğacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken olaya uymayan Medeni Kanununun 664 üncü maddesinden ve bu madde gölgenin verdiği zararın tazmini hakkında bir kayıt bulunmadığından söz edilerek davanın red edilmiş bulunması doğru görülmemiştir”. Yarg. 3. HD, E. 1989/5970, K. 1989/709, T. 23.01.1989. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁰² “M.K.nun 664. maddesine göre; ağaçların dal ve köklerinin komşu mülke geçmesi ve zarar vermesi halinde geçen dal ve köklerin kesilmesi suretiyle müdahalenin önlenmesi gerekir. Dal ve köklerin davacı taşınmazına geçmesi ve zarar vermesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu şekilde bir el atma ile gölge zararı da veriliyorsa 664. maddesi uygulanarak uyumsuzluk çözümlenir”. Yargıtay 14. HD, E. 1992/7105, K. 1993/1983, T. 05.03.1993. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁰³ “Taşkınlığın belirlenebilmesi için mahkemece öncelikle taraflara ait taşınmazların tapu kayıtları ile çap ve krokileri getirilmeli, yapılacak keşifte, kadastro mühendisi veya tapu fen memuru bilirkişi yanında ziraatçı bir bilirkişi de hazır bulundurulmalıdır. Davalının kendi taşınmazı içerisine diktiği ağaçların gölge yapmak suretiyle davacının taşınmazı üzerindeki bitkilere, katlanma sınırını aşacak şekilde zarar verdiği yapılan keşif ve uzman bilirkişi raporu ile belirlendiği takdirde, bu zarar ağaç dallarının budanması veya seyreltilmesi ile giderilebiliyorsa bu önlemlere, buna rağmen davacının zararı önlenemiyorsa ağaçların kökten kesilmesine veya sökülmesine karar verilmelidir”. Yarg. 14. HD, E. 2015/17747, K. 2016/10086, T. 05.12.2016. Ayrıca bkz: TEKDOĞAN, s.399.

¹⁰⁴ “Yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi doğru değildir. Bu nedenle yerel, teknik, ziraatçı

Paylı veya elbirliği mülkiyeti varsa, paydaşlardan ya da ortaklardan her biri elatmanın önlenmesi davası açabilir. Ancak paydaşın veya ortağın tek başına açtığı bu davaya diğer paydaş ya da ortakların sonradan katılmaları yahut icazet vermeleri gerekmektedir¹⁰⁵. Taşkınlık arzeden bitkinin dikili olduğu taşınmazın paylı ya da elbirliği mülkiyetine tabi olması durumunda da, elatmanın önlenmesi talebinin bütün paydaşlara veya ortaklara yöneltmesi zorunludur¹⁰⁶.

V. ÖZEL KURALLAR

A. Komşu Ormanlar

Taşkın bitkilerle ilgili TMK m.740 hükmünün son fıkrasında, diğer iki fıkradaki hükümlerin komşu ormanlar hakkında uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Öğretide bu fıkranın birbirine bitişik olan orman niteliğindeki iki taşınmaz hakkında uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁰⁷. Hükmün lafzına bakıldığında, orman niteliğindeki bir taşınmazla başka nitelikteki bir taşınmazın sınır komşusu olması halinde de bu hükmün uygulanabileceği düşüncesi doğmaktadır. Ancak mehz İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili fıkrasına (*ZGB Art. 687, Abs. 3*) bakıldığında, birbirine bitişik/sınırdış (*aneinander grenzen*) orman arazileri hakkında taşkın bitkilere dair hükümlerin uygulanmayacağı açıkça belirtilmektedir¹⁰⁸. Dolayısıyla, birbirine bitişik orman arazilerinde dalların veya köklerin bir taşınmazdan diğerine geçmesi halinde meyveleri toplama hakkı ve kesme hakkı söz konusu olmamaktadır. Ancak bir orman arazisinin orman niteliğinde olmayan başka bir araziyle bitişik olması durumunda, TMK m.740 hükmünün uygulanması mümkün olabilecektir¹⁰⁹. Türk Hukuku bakımından bu durumun uygulamada bir önemi olmadığı söylenebilir. Ülkemizde özel kişilere ve kamu tüzel kişilerine ait orman arazisi yok denecek kadar azdır. Orman arazilerinin çok büyük bir kısmı (% 99'dan fazlası) devlet arazisidir¹¹⁰. Bu nedenle, orman arazileri bakımından TMK m.740 hükmünün uygulanması fiilen de mümkün değildir. Taşkın bitkilere dair kuralların komşu ormanlara uygulanması, özel ormanların çok daha fazla olduğu Almanya, İsveç, Finlandiya, İspanya gibi Avrupa ülkelerinde bir anlam ifade edebilir. Öte yandan ülkemizde ormanlarla ilgili hususlar 6831 sayılı Orman Kanunu ile düzenlenmiştir. Söz konusu kanunda ormanların korunmasıyla ilgili olarak ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Orman Kanunu'nun özel kanun niteliğinde olmasından dolayı, ormanların korunmasıyla ilgili olarak bu kanun hükümleri öncelikle uygulanacaktır¹¹¹. Örneğin Orman Kanunu m.14-C hükmüne göre, devlet ormanlarında bulunan ıhlamur çiçeğini toplayıp götürmek yasaktır. Böyle bir orman arazisine komşu olan taşınmaz maliki, ıhlamur ağacının dalları kendi arazisine sarkmış olsa bile, TMK m.740/2 hükmüne dayanarak bu dallardaki ıhlamur çiçeğini toplama hakkına sahip değildir.

uzman bilirkişi ve doktor bilirkişi aracılığı ile yeniden taşınmaz başında keşif yapılması, teknik bilirkişiden davacı ev ve avlusunun yer aldığı bölüm ile davalı ev ve avlusunun yer aldığı bölümü, aradaki sokak veya yolu ve genişliğini, bahçe duvarlarının bulunduğu yer ve kısımları, ceviz ağaçlarının davacı ev ve avlusuna, bahçe duvarına mesafesini belirtir (ağaçların yer, sıra ve konumlarını da gösterir şekilde) denetime elverişli krokili rapor alınması, ziraatçı uzman bilirkişiden ağaçların adedi, cinsi ve yaslan itibarıyla dallarının davacı evinin çatısına zarar verip vermediğini, çatının çürümmesine sebep olup olmadığını, oluşan yoğun gölgenin davacının gün ışığından yararlanmasına engel olup olmadığını, bu iddialar nedeniyle el atma veya zarar varsa keza olumsuz etkilenme varsa nedenlerini ve derecesini, zararın önlenmesini teminen ceviz ağaçlarının veya dallarının tümünün veya bir kısmının kesilmesi gerekir gerekmediğini gösterir gerekçeli rapor alınması, doktor bilirkişiden ceviz ağaçları veya dallarının neden olduğu yoğun gölgenin somut olayda davacı sağlığına zarar verip vermediğini, bu yüzden davacı sağlığının olumsuz etkilenmesinin söz konusu olup olmadığını, sağlık açısından zarar veya tehlike varsa nedenleri ve derecesini, zarar veya tehlikenin önlenmesini teminen söz konusu ağaçların veya dalların kesilmesi gerekir gerekmediğini açıklar şekilde ayrıntılı rapor alınması, ondan sonra dosya içeriği ve toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle uyuşmazlık hakkında hüküm kurulması gerekmektedir". Yarg. 8. HD, E. 2004/1370, K. 2004/1929, T. 18.03.2004. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁰⁵ EREN, s.138.

¹⁰⁶ "Somut olayda; dava konusu ağaçların bulunduğu 557 parsel sayılı taşınmazda davalılardan başka İ. Ş. de paydaş olduğu ve davada davalı olarak yer almadığı görülmüştür. Elatmanın önlenmesi davalarında kal istemi var ise verilecek karar tüm paydaşların hukukunu etkileyeceğinden tüm paydaşların davada usulünce davalı olarak davada yer almaları gerekir. Bu nedenle, paydaş İ. Ş. davaya dahil edilmek suretiyle suretiyle taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasının karara bağlanması gerekir. Mahkemece, belirtilen bu husus gözetilmeden karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir". Yarg. 14. HD, E. 2013/15093, K. 2014/513, T. 13.01.2014. (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası)

¹⁰⁷ ZEVKLİLER, s.131; ERTAN, s.86.

¹⁰⁸ GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.12; VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.6; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.7.

¹⁰⁹ ZEVKLİLER, s.131; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 687, N.12; VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 687, N.6.

¹¹⁰ KORKMAZ, Yakup: "Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2010, s.111.

¹¹¹ ZEVKLİLER, s.131.

B. Bitki Dikilmesine İlişkin Özel Kurallar

Türk Medeni Kanunu'nun 741. maddesinde, komşu taşınmaz maliklerinin bitki dikerken uymak zorunda oldukları kuralların özel kanunlarla belirleneceği ifade edilmiştir. Hal böyle olmakla birlikte, ülkemizde bu konuda özel düzenlemeler içeren bir kanun bulunmamaktadır. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 688. maddesi ise bu konuda farklı bir düzenleme içermektedir. Anılan hükme göre, Kantonlar taşınmazın ve bitkilerin türüne bağlı olarak, komşu taşınmazlar arasındaki dikim mesafesini belirlemeye veya sınırı geçen dallar ve köklerle ilgili kuralı değiştirmeye ya da tamamen kaldırmaya yetkilidir¹¹². İsviçre'de birkaç Kantonda, bu hükme dayanılarak çeşitli düzenlemeler getirilmiştir¹¹³.

Kantonların kesme hakkını sınırlandırma ya da tamamen kaldırma yetkisi, yalnızca meyve veren ağaçlar bakımından geçerlidir¹¹⁴. Öğretide meyve veren ağacın geniş olarak yorumlanacağı ve bu bağlamda ceviz ve kestane gibi ağaç türlerinin de buraya dahil olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵. Meyve vermeyen ağaçlar bakımından ise ZGB Art. 687 hükmü uygulanmaktadır. Şu halde Kantonlara verilen bu yetkinin temel amacının meyveciliği korumak olduğu söylenebilir¹¹⁶.

Kantonlarda yer alan özel düzenlemelere örnek teşkil etmesi bakımından, Zürih Kantonunda komşu taşınmaz maliklerinin bitki dikerken uyması gereken kurallar genel hatlarıyla şöyle belirtilebilir (EG ZGB § 169- 177)¹¹⁷:

1. Kavak, kestane ve çınar gibi yüksek gövdeli orman ağaçları ile fındık, ıhlamur, akçaağaç gibi büyük süs ağaçları komşu taşınmazın sınırına sekiz metreden daha yakın dikilemez.
2. Elma, armut, kiraz, erik gibi meyve ağaçları ile daha küçük süs ağaçları komşu taşınmazın sınırına dört metreden daha yakın dikilemez.
3. Bahçe ağaçları, bodur meyve ağaçları, çalılar ve yeşil çitler, komşu taşınmazın sınırına altmış santimetreden daha yakın olamaz.
4. Dikili ağaç ve bitkilerin yükseklikleri hiçbir zaman komşu taşınmaza olan mesafelerinin iki katından fazla olamaz. Örneğin komşu taşınmaza beş metre mesafede bulunan bir ağaç en fazla on metre boyunda olabilir.
5. Taşınmazlar arasındaki sınıra kanunda izin verileden daha yakın şekilde ağaç dikildiği takdirde, komşu taşınmazın maliki bu ağacın sökülmesi için dava açabilir. Ancak ağacın dikilmesinin üzerinden beş yıl geçince dava hakkı sona erer. Eğer ağaç kanunun yürürlüğe girmesinden önce dikilmişse ya da komşular arasında ağaç dikim mesafesiyle ilgili bir anlaşma varsa dava açılmaz. Sınıra altmış santimetreden daha yakın olan yeşil çitlerin ise sınırlamaya tabi olmaksızın her zaman kaldırılması talep edilebilir¹¹⁸.

İsviçre Hukukuna benzer bir durum Alman Hukukunda da vardır. Diğer ifadeyle Alman Hukukunda da ağaçların ve diğer bitkilerin dikilmesiyle ilgili eyaletler bazında çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin Bavyera eyaletinde uygulanan düzenlemeye göre, yüksekliği iki metreye kadar olan ağaçlar, çalılar ve çitler komşu taşınmazın sınırına elli santimetreden daha yakın olacak şekilde dikilemez (AGBGB Art. 47)¹¹⁹. Yüksekliği iki metreyi aşan bitkiler ise komşu taşınmazın sınırına iki metreden daha yakın olamaz. Kanunda öngörülen dikim mesafesine uyulmaması durumunda komşu taşınmazın maliki bitkinin sökülmesini talep edebilir. Ancak bitkinin yüksekliği iki metreden fazla ve sınıra yakınlığı iki metreden az ise, yalnızca bitkinin iki metreyi aşan kısmının kesilmesini isteyebilir. Bitkinin sökülmesi ya da kesilmesine ilişkin talep beş yıllık zamanaşımına tabidir (AGBGB Art. 52).

Görüldüğü üzere, gerek İsviçre Kantonlarında gerekse de Alman eyaletlerinde, bitkilerin komşu taşınmazın sınırına olan mesafesine dair ayrıntılı kurallar öngörülmüştür. Bu kuralların

¹¹² VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 688, N.3; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 688, N.1; MEIER, s.7.

¹¹³ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.16; VON FISCHER LEHMANN, OFK-ZGB, Art. 688, N.6.

¹¹⁴ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.17; GÖKSU, CHK-ZGB, Art. 688, N. 6; ZEVKLİLER, s.131.

¹¹⁵ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 687-688, N.17.

¹¹⁶ ZEVKLİLER, s.131.

¹¹⁷ EG ZGB: Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu'nun Uygulanması Hakkında Kanun).

¹¹⁸ WARECKI, Dorian: "Nachbarliches Abstandsrecht im Pflanzenbereich", <https://www.hev-winterthur.ch/news-details/nachbarliches-abstandsrecht-im-pflanzenbereich.html>, (Erişim Tarihi: 11.08.2021); MEIER, s.7.

¹¹⁹ AGBGB: Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu'nun Uygulanması Hakkında Kanun).

temelinde, komşular arasında ortaya çıkabilecek ihtilafların daha baştan önlenmesi düşüncesi yer almaktadır.

VI. SONUÇ

Bir taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi, bu taşınmaza ağaç ve diğer bitkileri dikme hakkına da sahiptir. Ancak bu noktada komşuluk hukukuna dair kurallar, malikin bu hakkını belirli ölçüde sınırlandırmaktadır. Kanun koyucu, komşular arasındaki menfaatler dengesinin ve ayrıca meyvecilik tarımının korunması düşünceleriyle, komşu malike taşkın bitkilere katlanma ödevi getirmiştir. Dolayısıyla taşınmaz maliki, kural olarak ağaç dallarının ve köklerinin kendi arazisine geçmesine katlanmak durumundadır. Bununla birlikte, taşkın dallara katlanan malik, bu dallarda yetişen meyveleri toplamaya hak kazanmaktadır.

Komşu malikin taşkın dallara ve köklere katlanma ödevi, zarar şartıyla sınırlandırılmıştır. Diğer ifadeyle, komşu malik eğer taşkın dallar ve kökler sebebiyle zarara uğramaktaysa bunlara katlanmak zorunda değildir. Bunun yanında, ağaç malikine taşkınlığın kaldırılması için uygun bir süre tanımak durumundadır. Buna rağmen taşkınlığın devam etmesi durumunda, komşu malik taşkın dalları ve kökleri keserek kendi mülkiyetine geçirebilir. Kanun burada komşu malike, hakkını bizzat alma yetkisi tanımaktadır. Komşu malikin bu hakkı, taşkınlık arzeden dallar ve köklerle sınırlıdır. Bunlar dışındaki dalların ve köklerin kesilmesi mümkün olmadığı gibi, zarar verdiği gerekçesiyle ağacın tamamen kesilmesi de söz konusu olamaz. Komşu malikin kesme hakkını bizzat kullanması, ceza hukuku anlamında mala zarar verme suçunu teşkil etmez. Zira burada komşu malik, doğrudan kanunun kendisine tanımış olduğu bir hakkı kullanmaktadır.

Komşu malik, kesme hakkını bizzat kullanmak yerine, mahkemeden elatmanın önlenmesini de isteyebilir. Böyle bir durumda hakim, TMK m.740 hükmünde belirtilen zarar şartı ile uygun süre verilmesi şartını göz önünde tutarak hüküm kuracaktır. Ayrıca, zararın oluşup oluşmadığı meselesi özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden, konusunda uzman bilirkişiden görüş alması ve taşkınlığın olduğu mahalde keşif yapması zorunludur. Tüm bu incelemeler neticesinde, zararın giderilmesine yetecek ölçüde taşkın dalların veya köklerin kesilmesine karar verilebilecektir.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AKSOY DURSUN, Sanem: “Komşu Hakkı”, Havutcu, Ayşe/Akıncı, Müslüm/Dinç, Mutlu (Ed.), Gayrimenkul Hukuku Davaları, Cilt I, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- BRUCKNER, Bettina: Münchener Kommentar zum BGB, Band 8: Sachenrecht, 8. Auflage 2020.
- DİNÇBUDAK SOLAK, Beyza: Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukuku Bakımından Kısıtlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- ERTAN, Bilge: Mülkiyet Hakkının Komşuluk Hukukundan Doğan Sınırlamaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- FRITZSCHE, Jörg: Beckscher Online-Kommentar zum BGB, 58. Edition, C.H.BECK, München 2021.
- GÖKSU, Tarkan: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016.
- HAAB, Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/ZOBL, Dieter: ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Band/Nr. IV/1, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 1977.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Eşya Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- KORKMAZ, Yakup: “Özel Ormanlar ve Mülkiyet Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2010, s.101-124.
- MEIER, Luca: “Bäume und Sträucher im Nachbarrecht (Kapp-und Anriesrecht, Grenzabstände)”, Rechtsicher Newsletter, Ausgabe 01, Dez 2018-Jan 2019, s.6-9.
- MEIER-HAYOZ, Arthur, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1966.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- PRADERVAND-KERNEN, Maryse: “Propriété par étages et droit de voisinage”, PPE 2017, Helbing Lichtenhahn-Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2017, s.147-168.
- SCHALLER, Jean-Marc: “Zur verspäteten Ausübung ziviler (privatrechtlicher) Nachbarrechte”, Aktuelle Juristische Praxis, 18(8), 2009, s.1018-1026.
- SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R.Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- TOPUZ, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- VON FISCHER LEHMANN, Marie: OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, 32016.
- WARECKI, Dorian: “Nachbarliches Abstandsrecht im Pflanzenbereich”, <https://www.hev-winterthur.ch/news-details/nachbarliches-abstandsrecht-im-pflanzenbereich.html>, (Erişim Tarihi: 11.08.2021).
- ZEVKLİLER, Aydın: “Komşuluk Hukukunda Taşkın Bitki ve Ağaçlar”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 1984, s.113-131.

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA DÜZENLENMİŞ OLAN “EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ (TBK m. 461-469)” VE TEKNOLOJİK GELİŞMELER İŞİĞİNDA EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN FAYDALARI İLE UZAKTAN ÇALIŞMA MODELİ VE ESNEK ÇALIŞMA ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

THE HOMEWORKER EMPLOYMENT CONTRACT IN ARTICLE 461 TO 496 OF TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NO. 6098 AND ADVANTAGES OF THE HOMEWORKER EMPLOYMENT CONTRACT UNDER TECHNOLOGICAL DEVELOPMENTS AND EVALUATIONS OF TELECOMMUTING AND FLEXIBLE WORKING

Yasemin GÜLLÜOĞLU ALTUN*  

Makale Bilgi

Gönderi: 25/04/2021
Kabul : 02/11/2021

Anahtar Kelimeler

Evde Hizmet Sözleşmesi, Hizmet Sözleşmesi, Esnek Çalışma, Uzaktan Çalışma, İş Sözleşmesi.


Article Info

Received: 25/04/2021
Accepted: 02/11/2021

Keywords

The Homeworker Employment Contract, Employment Contract, Flexible Work, Telecommuting Work, Labor Law.

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.927393> 

Türk Borçlar Kanunu ile getirilmiş yeni sözleşme türlerinden bir tanesidir. İşçi ve işveren arasında kurulmuş bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme gereğince işçi işi kendisinin belirlediği yerde tamamlayarak teslim etmektedir. Evde Hizmet Sözleşmesi belirli veya belirli olmayan bir süre için düzenlenebilir. Bununla beraber aralıklı veya aralıksız çalışma olarak da mevzuatta düzenlenmiştir. Bu sözleşme gereğince tarafların belirlediği ücret üzerinden bir ücret ödemesi de yapılmaktadır. Kendine özgü hükümleri olan bir sözleşme türü olması sebebiyle İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan iş sözleşmesi hükümlerinden bazı yönleri ile farklıdır. Evde Hizmet Sözleşmesi özel bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple bu sözleşmenin hükümleri arasında cevap bulunamayan haller söz konusu olduğu zaman başvurulması gereken yasal düzenleme “genel hizmet sözleşmesi” olmaktadır. Evde Hizmet Sözleşmesi atipik bir sözleşmedir. Uygulamada bu sözleşmenin işçi tarafının en fazla kadınlar olduğunu görmekteyiz. Zira bu sözleşme uzaktan çalışmayı içinde barındırdığı için kadınlar tarafından tercih edilmektedir. O halde gelişen teknolojilere ayak uydurulması açısından mevcut yasal düzenlemelerin geliştirilmesi gerekmektedir.

Abstract

The homeworker employment contract as a special type of the employment contract is a new type of contract which is regulated in Turkish Code of Obligations No. 6098. It is a type of contract concluded between the employee and the employer. Under this contract, the homeworker undertakes to work for the employer in the place determined by him. The homeworker employment contract may be concluded for a limited or indefinite duration. Besides, working of the homeworker is regulated on a continuous or broken basis. Under this contract, the homeworker undertakes to work in return for a salary. The homeworker employment contract differs from the employment contract in Labor Law No. 4857 because of its own specific provisions. Provisions of the homeworker employment contract have special nature. For this reason, the general provisions of general employment contracts are applicable by way of supplement to homeworker employment contract. . The Home Service Agreement is an atypical contract. In practice, we see that the working side of this contract is mostly women. Because this contract is preferred by women as it includes working remotely. Therefore, existing legal regulations should be developed in order to keep up with developing technologies.

EXTENDED SUMMARY

The homemaker employment contract as a special type of the employment contract is a new type of contract which is regulated in Turkish Code of Obligations No. 6098. It is a type of contract concluded between the employee and the employer. Under this contract, the homemaker undertakes to work for the employer in the place determined by him. The homemaker employment contract may be concluded for a limited or indefinite duration. Besides, working of the homemaker is regulated on a continuous or broken basis. Under this contract, the homemaker undertakes to work in return for a salary. The homemaker employment contract differs from the employment contract in Labor Law No. 4857 because of its own specific provisions. Provisions of the homemaker employment contract have special nature. For this reason, the general provisions of general employment contracts are applicable by way of supplement to homemaker employment contract.

The changing and developing world increases the technological developments and turns dreams into reality. These developments lead to changes in provisions which are accepted generally. The homemaker employment contract is one the contract which may be affected by technological developments beyond provisions. Therefore, this study was written to examine the changes in the homemaker employment contract. Actually, as a result of these developments the homemaker employment contract is accepted as a flexible working model.

The homemaker employment contract includes the new lines of work such as translation, web design, online service besides the handicraft such as needlework, textile in home etc. In this study, the issue that the homemaker employment contract can be applied in the field of telecommuting and flexible work except from its accepted application area will be evaluated.

This work concerns "Home Service Contract" and re-evaluates it in the changing world, while considering the implications of economic and technological developments. Employer-employee relationship is carried out in various places other than the regular workplace, which is the employee's workplace, but from home or a place where the employee determines. In addition, innovations the distance working model has introduced are evaluated in regard to "Home Service Contract".

"Home Service Contract" is regulated as a special kind of "Service Contract" in the second segment of "Service Contracts" section of the 6098 Turkish Code of Obligations. Contrary to the rules of other "Service Contracts", "where the work will be carried out" has an importance. "Home Service Contract" is a kind of service where the employee undertakes to carry out the work in her own home or in another place where she chooses, in return of a payment. As in "Service Contracts", here the parties are the employer and the employee. The only difference being the place where the work is carried out.

While employer-employee contracts are regulated in the Turkish Labour Code, "Service Contracts", and as a special kind of these contracts "Home Service Contracts" are regulated in the Turkish Code of Obligations. It can be said that lawmaker considered that the part-time work that is carried out in home should not have heavy consequences other than it has within employer-employee relationship; and therefore, regulated the "Home Service Contract" in the Turkish Code of Obligations. Also, it should be pointed out that the validity of the "Home Service Contract" is not conditioned.

Globalization and low production costs brought distance working system to be used among many. Also, it is recognized that distance working system is used in temporary jobs, in jobs that are not continuous and bring low-income. Persons who work under this contract are in the employee status, and many of them are women. In addition, the practices of avoiding social security and taxation are prevalent. The result for the State's economy is an area of black economy. If so, a country's development level is on a par with its legal system's firm activity.

For women as well as entering in the work sphere, getting the just return for their work is important. Although it is clear that "Home Service Contract" is not a contract focused on women's labour power, it is a contract where women's labour power is especially used. In this work, these points are touched upon. We conclude that this contract should be developed further, when it is considered that women might get into the work sphere actively through distance working system.

This study was evaluated especially in terms of flexible working model and remote working models. The relevant articles of the service contract and home service contract, which are based on the employee-employer relationship, which are regulated in the Turkish Code of Obligations, should be re-evaluated. Covid-19 has brought remote working with it. For this reason, legislative changes are required.

I. GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin “*hizmet sözleşmeleri*” başlığı altında düzenlendiğini görmekteyiz. Türk Borçlar Kanunu m.393/I’e göre, “*hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmesi*” olarak tanımlanmıştır. Bununla beraber işçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de yine aynı şekilde hizmet sözleşmesi olarak görülmektedir.

Evde Hizmet Sözleşmesi denildiği zaman akla boncuk işi benzeri işler gelmektedir. Hâlbuki değişen ve gelişen dünya, beraberinde teknolojik gelişmelerin artmasına ve hayal olarak kabul edilen birçok şeyin gerçeğe dönüşmesine vesile olmaktadır. Bu gelişmeler kabul görmüş genel hukuk kurallarının yeniden düzenlenmesine ve gelişmelerin etkilediği hukuk kurallarının yeniden şekillenmesine sebep olabilmektedir. Evde Hizmet Sözleşmesi, mevcut iş olanaklarına uygulanır bir sözleşme olmakla beraber teknolojik gelişmelerin de etkilediği sözleşmelerden biri olarak da görmeye başladık. Tüm bu sebeplerle kanunda düzenlenmiş maddelerin ötesinde sözleşmenin konusunun genişlemiş ve yenilenme ihtiyacı içerisine girmiş olabileceği düşüncesi ile bu çalışma kaleme alınmıştır. Aslında bu gelişmeler neticesinde Evde Hizmet Sözleşmesi esnek bir çalışma modeli olarak da kabul edilmektedir. Bu çalışmada klasik Evde Hizmet Sözleşmesinin hâlihazırda bilinen iş alanları dışında daha geniş bir değerlendirme yapılarak, uzaktan ve esnek çalışma şeklinin Evde Hizmet Sözleşmesi üzerinden götürülebileceği değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışma Evde Hizmet Sözleşmesinin değerlendirilmesi ve gelişen dünyada ekonomik ihtiyaçlar ve teknolojik gelişmeler neticesinde işçi işveren ilişkisinin sabit bir yer olan işverenin işyerinin dışında farklı bir mekânda, evde yahut işçinin belirlediği başkaca bir yerde sürdürülebilmesi ve iş ilişkisinin devam etmesi yanında uzaktan çalışma modelinin getirdiği yeniliklerin Evde Hizmet Sözleşmesi açısından değerlendirilmesidir.

Evde Hizmet Sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu altıncı bölümde düzenlenmiş olan “*Hizmet Sözleşmeleri*” ikinci ayırımıda yer almakta ve hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Hizmet sözleşmesinin genel kurallarının aksine burada farklı bir düzenleme yapılmış olup, işçinin yapması gereken işin yapılacağı “*yer*” önem arz etmektedir. Evde Hizmet Sözleşmesi; işçinin işi kendi evinde veya belirlediği herhangi bir yerde bitirmeyi taahhüt ettiği ve bu iş karşılığında da bir ücrete hak ettiği bir hizmet şeklidir. Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi burada da taraflar yine işçi ve işverendir. Tek fark ise; işin yapıldığı yerin aynı olmamasıdır.

İşçi işveren ilişkisi İş Kanunu’nda düzenlenmişken, Hizmet Sözleşmesi ve bu sözleşmenin özel bir türü olan Evde Hizmet Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlendiğini görmekteyiz. Yasa koyucunun, kısmi zamanlı evde yapılan işlerin, işçi işveren ilişkisi dışında kendine özgü ağır yaptırımlarının olmamasını da düşünerek Evde Hizmet Sözleşmesini Türk Borçlar Kanunu içinde düzenlemiştir.

Küreselleşme ve düşük maliyetli işçi beklentileri beraberinde evden çalışma sisteminin yaygın olarak kullanılmasına, sigortasız çalışma ve beraberinde vergilendirmenin yapılmadığı fatura kesilmeyen bir iş sahasına sebep olmuştur. Ülke ekonomisi açısından çıkan sonuç ise “*kayıt dışı ekonomi*” dir. O halde bir ülkenin gelişmişliği hukuk sisteminin doğru işlemesi ile de orantılıdır.

Kadının iş hayatına girmesi kadar emeğinin de karşılık bulması önemlidir. Evde Hizmet Sözleşmesinin kadın odaklı bir sözleşme olmadığını biliyor olsak da özellikle kadınların iş gücünü yoğun olarak ortaya koyduğu bir sözleşme türüdür. Bu çalışmada bu konulara da yer verilmiştir. Kadının uzaktan çalışma modeli ile iş hayatına aktif olarak girebilme olasılığı düşünüldüğünde bu sözleşmenin geliştirilmesi gerektiği sonucuna varmış oluruz.

Hizmet sözleşmesi ve çıraklık sözleşmesi ilişkisine baktığımızda yine aynı şekilde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanabilmektedir. İş Kanunu’ndan farklı olarak Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan işçi işveren ilişkisinden kaynaklı olarak düzenlenen sözleşmeler “*Genel Hizmet Sözleşmesi*”, “*Pazarlamacılık Sözleşmesi*” ve “*Evde Hizmet Sözleşmesi*” dir. İş Kanun’undaki benzer düzenleme de teknolojik gelişmelere daha fazla uygun olan “*Uzaktan Çalışma/Tele Çalışma*” modeli İş Kanunu madde 14/4’de düzenlenmiştir.

Toplumların ihtiyaçları doğrultusunda hukuk sistemlerinin değiştiğini görmekteyiz. Bu değişimlerden bir tanesi de masa başında ve işyerinde yapılan iş olarak görülen çalışma sisteminin esnek bir şekilde işçinin belirlediği yerde tamamlanabilir olmasıdır. Artık global bir yaşam standartları ihtiyaçlar ile birlikte iş olanaklarını değiştirebilmektedir. Bu sebeple bu çalışma, Evde

Hizmet Sözleşmesi'nden ne anladığımızdan öte, daha geniş bir değerlendirme ile geliştirilmesi ve ilgili maddelerin çok yönlü düşünülerek yeniden ele alınması gerekeceğinin düşüncesi ile farklı perspektiflerden ele alınarak kaleme alınmış ve değerlendirmeler yapılmıştır.

II. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ

A. Evde Hizmet Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Evde Hizmet Sözleşmesinin tanımı TBK madde 461'de açık bir şekilde yapılmıştır. Bu tanıma göre; “*Evde Hizmet Sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir*” tanımdan da anlaşılacağı üzere işçi hizmeti kendi evinde yürütebilmektedir¹.

Evde Hizmet Sözleşmesinin; evden işin yapıldığı dantel işleme, örgü örme, boncuk işleme, kasnak işi gibi işler için düzenlenmiş bir sözleşme olarak görülmektedir². Evde Hizmet Sözleşmesi her ne kadar bu nevide işler için uygulanan bir sözleşme türü gibi görünse de, bu sözleşmenin, gelişen dünyada beyaz yakalı olarak kabul edilen işçilerin de işlerini daha rahat ve pratik bir ortamda devam ettirebilmeleri için uygulanabilecek bir sözleşme türü olabileceğini söyleyebiliriz. Bu çalışmada; toplumun ihtiyaçları da nazara alınarak, Evde Hizmet Sözleşmesinin teknolojik işler için de uygulama alanı bulup bulamayacağı ele alınmış ve bu konuda farklı tespitler yapılmıştır.

Evde Hizmet Sözleşmesinin işçi ve işveren açısından her iki tarafın da lehine olan bir sözleşme türü olarak görülmektedir. İşveren için önemli olan işin yapılmasıdır. İşçiden de işin zamanında ve istenildiği gibi teslimini beklemektedir. İşçi açısından baktığımızda ise; işçi, kendi rahat ortamında işine devam edebildiği için bunun rahatlığını yaşamaktadır. İşçi, işverene işi teslim ederken, işin hangi zaman diliminde yapıldığı veya işi ev halkı ile birlikte yapması konusunda herhangi bir rapor vermek zorunda kalmadığını bilir. Yine aynı şekilde online olarak teknolojik aletlerin kullanılması ile yapılan işlerde de Evde Hizmet Sözleşmesinin uygulanabilir olduğunu söyleyebiliriz³. Bu durumda Evde Hizmet Sözleşmesini evde boncuk işi yapmaktan öteye götürmüş oluruz. Mevzuattaki düzenlemelere baktığımızda teknolojik aletlerle yapılan iş uzaktan çalışma modeli olarak da yorumlanabilir. Mesela; bilgisayar oyunu programlayan bir mühendisin mutlaka işyerinde bu işlemi yapması herhangi bir zorunluluk sebebi olarak görülmemelidir. Zira bir mühendis bilgisayarı ile bu programlama işini evinde de devam ettirebilir. Başka bir örnek verecek olursak; internette sosyal hesapların takibi işini üstlenen bir işçinin, bu işi, işyerine gitmeden⁴ evinden yaparken mesaisini kendisinin ayarlayabileceğini ve ev halkının yardımını kolaylıkla alabileceğini söyleyebiliriz. Bu örnekler ışığında yapabileceğimiz tespit; Evde Hizmet Sözleşmesinin sadece boncuk, el işi gibi bireysel ihtiyacı karşılayan bir sözleşmeden öte olduğudur.

Evde Hizmet Sözleşmesi aslında bağımsız çalışma koşullarının sağlandığı ve işçiye bağımsız olarak işini istediği gün, saat ve yerde bitirme şansı veren özel bir düzenlemedir⁵. İşveren için önemli olan işin teslim edileceği tarihte malları teslim almaktır. İş kimin yaptığı veya işin nerede yapıldığı pek önemli değildir. Karşılaştırmalı bir örnek verecek olursak, boncukların kumaşa işlenmesi için verilen 2 haftalık bir süre veya kişisel internet sitesi yapan bir firma için 2 hafta içerisinde internet sitesini tamamlayıp teslim etmek örnek gösterilebilir.

Evde Hizmet Sözleşmesi *atipik* bir sözleşme olarak kabul edilmektedir⁶. İş Kanunu'nda

¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.579; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, s.451; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s.501; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s.438; AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/ KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitapevi Yayınları, 2013, s.73; ÇELİK, Nuri/CANİKOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.214; SARIHAN, Banu Bilge: “Evde Hizmet Sözleşmesi”, NEÜHFD, 2(2), 2019, s.203; KAYA, Mehmet/BURTAN DOĞAN, Bahar: “Esnek Çalışma Modeli: Ev Eksenli Çalışma”, ESD, 15(58), 2016, s.1081; GÜLVER, Ender: “Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesi Hükümleri Üzerine”, İÜHFM, LXXII(2), 2014, s.103-104; ŞEN, Elif: “Evde Hizmet Sözleşmesi”, UMD, 10, 2017, s.479; KARACA, Aybüke: “Türk Borçlar Kanununda Evde Hizmet Sözleşmesi”, EÜSBED, 5(2), 2012, s.374; ÖZDEMİR, Burhan: “Ev Çalışması”, İHDİD, 4(2), Haziran 1999, s.127; TİLEV, Figen: “Esnek Çalışma ve Kadın İstihdamı”, Fırat Üniversitesi İİBF, UİİİBD, 2(2), 2018, s.125; TOPGÜL, Seda/AKPİNAR, Fatih: “Türkiye’de Ev Eksenli Çalışan Kadınların Hukuki Durumları”, SGD, 7(2), 2017, s.169.

² SARIHAN, s.204; ŞEN, s.481.

³ KANDEMİR, Murat: “Evde Çalışma Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, İÜHFM, 2014, s.144; Ölçer, Ferit, “Telework: 21. Yüzyılın Yeni Çalışma Biçimi”, ÖD, 6(22), 2004, s.144.

⁴ NAKTİYOK, Atılhan: “Yer ve Zaman Kavramından Bağımsız Çalışma: Bireysel Etkileri Üzerine Bir Uygulama”, DEÜİİBFD, 16(2), 2001, s.49.

⁵ KARADENİZ, Oğuz: “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik”, ÇTD, 2011/2, s.105-106.

⁶ KARADENİZ, s.84; ŞEN, s.478; KARACA, s.372.

düzenlenmiş olan iş sözleşmesi düzenlemelerinden farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenerek sözleşme farklı bir açıdan ele alınmıştır. İş Kanunu'ndaki düzenlemelere göre daha esnek bir sözleşme türüdür. İşçinin işverene bağımlı olarak çalışmadığı ve esnek zaman ve esnek çalışanlar ile işin başka yerde tamamlanmasıdır. Bununla birlikte bu sözleşmede işçi başka işler de alabilir⁷. Böylesi bir durumda; aynı şartlar farklı işverenler için geçerli olmuş olur. İşin sürekli veya tek seferlik olması önemli değildir. Fakat işçi ile işveren arasında kurulmuş olan sözleşmenin hukuki sonuçları açısından sözleşmede bu hususun geçmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Evde Hizmet Sözleşmesi ile kurulmuş iş ilişkisinde denetleme çok azdır veya hiç yapılmaz. Bu durumdan dolayı “kayıt dışı çalışma” söz konusu olabilmektedir⁸.

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi; Evde Hizmet Sözleşmesi İş Kanunu'nda düzenlenmiş bir sözleşme değildir. İş Kanunu'nun “İstisnalar” başlıklı 4. maddesinde, hangi iş ve iş ilişkilerinde İş Kanunu'nun uygulama alanı bulunmayacağı belirtilmiş olup, madde 4/d uyarınca İş Kanunu hükümleri uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bu durumda aksine bir hüküm gibi görünen bu madde ile Evde Hizmet Sözleşmesinin çeliştiği noktalar oluşmuş olur. Her ne kadar işçi işveren ilişkisi açısından her iki kanunun da uygulanabilir olacağı görüşünü söylemiş olsak da, ortada düzeltilmesi gereken hükümlerin olduğu da aşikârdır⁹.

B. Evde Hizmet Sözleşmesinde İşçinin Hukuki Durumu

Evde Hizmet Sözleşmesi, hizmet sözleşmesinin bir türüdür. Bu sebeple hizmet sözleşmesinin işçi ve işveren açısından hukuki sonuçları Evde Hizmet Sözleşmesi için de uygulanabilir. Bu sözleşmenin hukuki şartlarının daha esnek olması, işçi açısından tercih nedeni olmasının yanında, sözleşmeyi hizmet sözleşmesinden ayıran bir özelliktir. Mesela gelinlik dükkânında çalışan boncuk işçisi bu işi evinde tamamlayabilir. Böylece işçi gelinlik atölyesine gitmeden harcaması gereken mesaisini kendi evinde esnek çalışma ile tamamlayabilir. Böylece işçi hizmetini evde vermektedir.

İşçi işveren arasında kurulmuş olan sözleşme ilişkisi bir bağıllık olarak yorumlanabilir. Doktrinde bazı yazarlar kurulmuş olan bu bağıllık ilişkisini “bağımlılık” olarak da yorumlamaktadırlar¹⁰. Bağıllık bir takım hukuki sonuçları da beraberinde getirir. Ayrıca bu bağıllık beraberinde verilen hizmetin devamlılığını da aramaktadır. Ortada kurulmuş bir sözleşme ilişkisi vardır. Bu sözleşme ile taraflar birbirlerine bağlanmış olurlar. Karşılıklı olarak sorumluluklar bu iş ilişkisinde farklı bir boyuttadır. Zira denetim yeteri kadar yapılamamakta ve taraflar birbirlerine güven duymak zorundadır.

Evde Hizmet Sözleşmesi TBK'nda düzenlenmiş bir sözleşme olmasına rağmen İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan hükümlerin Evde Hizmet Sözleşmesinin tarafları açısından da geçerlidir ve uygulanabilir. Uygulama da bu yöndedir. Sonuç olarak evde çalışarak hizmetin verilmesi İş Kanunu'nun uygulanmasına engel değildir¹¹.

Evde Hizmet Sözleşmesinin taraflarının hukuki statülerine baktığımız zaman işçinin gerçek kişi olduğunu görmekteyiz. Fakat işveren kamu hukuku kişisi olabileceği gibi, özel hukuk kişisi de olabilir¹². O halde işçi bir tüzel kişi olarak hizmet veremez. İşçi gerçek kişi olarak bu sözleşmenin tarafıdır. İşveren ise gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Bununla birlikte doktrinde bu işi ancak gerçek kişinin yapabileceği vurgulanmıştır¹³. O halde bir boncuk işini aracı bir firmanın alması ve bu işi bitirecek işçileri bulması durumunda Evde Hizmet Sözleşmesinden söz edemeyiz. Ancak işi yapacak olan gerçek kişi ile bu sözleşme yapılabilir. Evde Hizmet Sözleşmesinin ruhunda olması gereken de işçinin gerçek kişi olmasıdır.

C. İşin Şahsen Yerine Getirilme Zorunluluğunun Olmaması

İşçi işveren ilişkisinde sözleşme gereği yapılacak iş, işçi tarafından şahsen yerine getirilir¹⁴. İşveren işyerinde işin yapılmasını işçiden bekler. İşçi işi bir başkasına yaptırmaz. Evde Hizmet Sözleşmesinde ise bu durum daha esnektir. İşçi işi şahsen yerine getirebileceği gibi işi evdeki diğer üyelerin yardımı ile de yapabilir. İşveren işçiden işi şahsen yapmasını beklemeyebilir ve şahsen yapıp

⁷ ŞEN, s.479; TOZLU, Emine: “Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri Ve Tele Çalışma Ve Sıkıştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması”, SDÜVD, 3(4), 2011, s.101.

⁸ TOPGÜL, Seda/AKPINAR, Fatih: “Türkiye’de Ev Eksenli Çalışan Kadınların Hukuki Durumları”, SGD, 7(2), 2017, s.165.

⁹ Aynı görüş için bkz. KANDEMİR, s.1.

¹⁰ ELBİR, Halid Kemal: İş Hukuku, İstanbul 1987, s.60; EKONOMİ, Münir, İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s.73; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1994, s.132; ŞEN, s.482.

¹¹ SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 10.Baskı, İstanbul, 2014, s.267; ŞEN, s.483.

¹² EREN, s.579; ŞEN, s.481.

¹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.502.

¹⁴ KARACA, s.374; KANDEMİR, s.156; GÜLVER, s.108; ŞEN, s.479.

yapılmadığını da kontrol etmez. İşverenin, işçinin ev halkından yardım alarak bitirdiği işleri teslim almama gibi bir şansı da yoktur.

İşçinin, ev halkının yardımını alması aile bireylerinin kendi aralarındaki yardımlaşma olarak da kabul edilebilir¹⁵. Bununla beraber bu yardımlaşma bir sözleşmeye de dayandırılabilir. İşçi ev halkı ile kendi arasında bir sözleşme yapabileceği gibi, işveren işçi ve ev halkıyla Evde Hizmet Sözleşmesini imzalamış olabilir. Alt hizmet sözleşmesi olarak da tanımlanabilen bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olabilir¹⁶.

TBK m.461’de geçen ifadeye baktığımızda işin “*aile bireyleriyle birlikte*” de yapılabileceği düzenlemiştir. Aile bireyleri olarak belirgin bir ayırım düzenlemiştir. Bu düzenleme ışığında, aileden olmayan bir başka kişinin bu işi yapamayacağı sonucu çıkmaktadır. Öte yandan, Türk toplumunun aile bireyleri olarak kabul ettiği kişiler, çekirdek aile kavramından daha farklı ve geniş olabilmektedir. Sözleşmenin uygulanmasına bakıldığında aile bireylerinin dar manada anne, baba, çocuk; geniş manada anne, baba, çocuk, hala, dayı, amca, teyze, büyükanne büyükbaba ve bunların çocuklarını içine alan topluluk olarak mı değerlendirileceği yoksa komşunun, arkadaşın dahi aile bireyi olarak kabul edildiği kültürel anlayışlar olduğunu da göz önüne alarak; aileden sayabildiğimiz bu komşu, arkadaş, evde kalan hizmetli, bakmakla yükümlü olunan 3. kişiler gibi kişilerin de Evde Hizmet Sözleşmesi kapsamında aile bireyi olarak kabul edilmesine imkân olup olmadığı hususunun da üzerinde durulması gerekmektedir. Maddeyi dar düşündüğümüz zaman aile bireylerini altsoy-üstsoy olarak düşünmek yerinde görülse de, en kolay bir iş olarak boncuk işinin komşular ile de yapılabileceği gerçeklik açısından önemli bir tespittir. Her ne kadar maddeyi gerçeklik açısından yorumladığımız zaman kanun 3. kişilerden söz etmemektedir. Bu sebeple ilgili maddenin yeniden düzenlenmesi ve Türk toplumuna göre yeniden değerlendirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Öbür türlü sözleşmelerin nispiyeti ilkesine göre işin tarafı sözleşme ile bağlı olacak ve işi bir başka üçüncü kişiye yaptırmış olsa dahi sorumlu yine kendisi olacaktır. Bir diğer varılacak sonuç ise, mevzuatta özellikle ev halkı kavramının kullanılması bu işin şahsen yapılmasına gerek olmadığı hususunda özel bir düzenleme olarak da yorumlanabilir. Böylece amaç ev halkının ya da komşu kadının korunması vs değildir.

Bununla birlikte, iş eğer sadece işçi tarafından yapılan bir iş ise bu durumda işçi işi şahsen yapmalıdır. Diyelim ki sanat galerisi olan bir işveren bir ressam ile anlaştağında ve iş ilişkisi Evde Hizmet Sözleşmesi olarak karar verildiğinde, işveren işi işçiden şahsen yerine getirmesini bekler. Ancak, misli bir eşyanın üretiminde işverenin böyle bir beklentisi olmaz. Bir başka örnek de tercümanlık hizmeti veren işçinin çevirileri evden yapması ve beraberinde başka çevirmenlerle çalışmasından dolayı işverenin işi teslim almama gibi bir durumu yoktur.

İş Kanunu m.4/d’nin uygulanması durumunda Evde Hizmet Sözleşmesi’ne göre işin şahsen yerine getirilme zorunluluğunun olmaması durumu TBK m.461 ile çelişki yaratabileceği tartışılabilir¹⁷. Fakat ortada özel bir düzenleme vardır. O halde uygulamada bu kısımlar doğru değerlendirilmelidir.

D. İşin Yapılacağı Yer ve Malzemelerin Temini

Bu sözleşmenin amacında işin tam ve zamanında bitirilmesi esastır. İşçi işi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde tamamlayabilir¹⁸. Bu sözleşmenin tercih edilmesinde özellikle malzemeleri işçinin temin etmesinden kaynaklı bir iş ilişkisi vardır¹⁹. Parça başı iş için malzemeler genellikle işveren tarafından sağlanırken, toprakta ekilen biçilen bir ürün için malzeme tamamen işçiye ait olabilmektedir²⁰. Hizmet sözleşmesinde işçi, işi işverenin işyerinde yerine getirirken, Evde Hizmet Sözleşmesinde işçi işi kendi evinde²¹ veya belirlediği bir başka yerde tamamlar.

III. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNDE ÇALIŞMA KOŞULLARI

A. Genel Olarak

Evde Hizmet Sözleşmesi işçi ve işveren arasında kurulmuş esnek bir sözleşmedir. Kurulmuş olan bu sözleşmenin çalışma koşulları işyerinde yapılan çalışma koşullarına göre daha az kontrollüdür. Bununla beraber işçinin işyerine gelerek vermiş olduğu hizmetten daha hafif şartlara sahiptir. Evden çalışma olarak kabul ettiğimiz bu iş ilişkisinin çalışma koşulları esnektir. İşçi

¹⁵ KILIÇOĞLU, s.439; SARIHAN, s.204; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.451; TOPGÜL/AKPINAR, s.169.

¹⁶ EREN, s.580.

¹⁷ KANDEMİR, s.151.

¹⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.501; TOPGÜL/AKPINAR, s.171; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.451.

¹⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.451; TOPGÜL/AKPINAR, s.169.

²⁰ ŞEN, s.480.

²¹ KANDEMİR, s.144.

işyerinden uzak bir yerde işi yürütmektedir²². Aynı zamanda işçi işi bizzat yerine getirmek zorunda da değildir. Bu sebeple bu çalışma sisteminin koşulları mevzuatta belirlenmiş olsa da tarafların suiistimaline çok açıktır. Zira denetim yetersizdir. Belirli bir güven ilişkisi esastır.

B. Çalışma Koşullarının Bildirilmesi ve Belirlenmesi

İşveren iş ilişkisinden kaynaklı olarak işçiye çalışma koşullarını TBK m.462 gereğince bildirmelidir. İşveren işçinin çalışabileceği ortamı da hazırlamalıdır. İşçi vereceği hizmeti işverenin gösterdiği yerde değil de kendi evinde sürdürmek istediğinde yine işçi ve işveren arasında çalışma koşullarının belirlenmesinin dışında çalışma koşullarının bildirilmesi gerektiği TBK m.462’de düzenlenmiştir.

İşveren bu bildirim yaparak işin istenilen şartlarda gerçekleşmesini sağlamayı amaçlamış olur. Şayet işin yapılabilmesi bir üretim gerektiriyorsa ve bu üretim için bir malzeme kullanılacaksa bu malzemenin nasıl temin edileceği de belirlenmelidir. Bu sözleşme türünde en çok karşılaşılan durum ve evde hizmet verilmesindeki asıl yarar, işin sonuçlanmasında kullanılacak malzemenin işçi tarafından temin edilebilmesidir²³. Bu değerlendirme ışığında baktığımızda eser sözleşmesi ile benzer yönlerin de olduğunu söyleyebiliriz. Eser sözleşmesi de aynı şekilde işin istenilen şartlarda yapılmasını amaçlamaktadır. Eser sözleşmesinde işin sonuçlanması kadar sözleşmede belirlenen şartlara göre tamamlanması da beklenmektedir. Bu durum Evde Hizmet Sözleşmesi için de geçerli olacaktır. Her iki sözleşme de işin istenildiği gibi yapılması beklenir. Hâlbuki iş sözleşmesinde işin yapılıp yapılmaması önem arz etmektedir²⁴. Bir diğer tespit, eser sözleşmesinin de uzaktan yapılabilmesidir. Bu nokta Evde Hizmet Sözleşmesi ile benzerlik oluşturmaktadır. Fakat her iki sözleşme, işin yapılması ve sonucu bakımından birbirinden farklıdır.

İşçi ve işveren aralarındaki anlaşma gereğince işçinin temin edeceği malzeme için bir avans verilmesini veya ödemenin yapılmasını TBK m.462 hükmü gereğince kararlaştırabilirler. Yasa koyucu bu durumun yazılı olarak bildirilmesi gerektiğini düzenlemiştir²⁵. Burada yasa koyucu, her iki tarafın da sadece dürüstlük kuralları çerçevesinde sürdürebilecekleri bir işi resmi olarak yazılı hale getirilmesini belirterek her iki tarafın da yararına olacak ve her iki tarafı da koruyacak bir düzenleme yapmayı amaçlamıştır. Taraflar yazılı olarak bir bedel belirlememiş ve bu bedeli birbirlerine bildirmemişlerse, bu durumda ödenecek bedel yasa koyucunun yapmış olduğu tanıma göre; “*bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret ödenir*” şeklindedir²⁶. Böylece her iki taraf da yazılı bir bildirimde bulunmadıklarından dolayı birbirlerinden fahiş bir bedel isteyemeyeceklerdir. Mesela işçi bu iş sonunda “*benim hak ettiğim bedel bu değil*” şeklinde bir savunma içine giremeyecektir²⁷. TBK m.462 ile işçinin çalışma koşulları belirlenmiştir²⁸. Böylece işçi ve işveren arasında bu iş neticesinde bir aksaklık olmasının da önüne geçilmiş olur.

IV. İŞÇİNİN ÖZEL BORÇLARI

A. İşin Yapılması

TBK m.463/I’ e göre işçi, işi belirlenen zamanda bitirmek ve teslim etmekle yükümlüdür. İşin ne zaman biteceği işveren tarafından işçiye bildirilir. İşçi teslimden itibaren işi zamanında bitmelidir. Esnek bir çalışma şekli olduğu için işverenin kontrol mekanizması burada zayıflamış olduğundan kontrol işçide olmuş olur. Sonuç odaklı bir iş ilişkisi meydana gelmekte ve işçi işin özenle yapılması kadar işi zamanında bitirmekle sorumludur.

İşin bitirilme süresi işçi ve işveren arasında yazılı olarak yapılmak zorunda değildir. İşveren işin niteliğine dayanarak bitirme süresini işçiye bırakmış olabilir. İşveren için işin bitirilme süresi önemli ise sözleşmeye bu durumun da yazılması önemlidir²⁹.

B. İşveren Tarafından Temin Edilen Malzemelerin Özenli Kullanımı

İşveren işin görülmesini istiyorsa malzemeleri temin etmekle sorumludur. İşçi ile işveren arasındaki anlaşma gereğince işçi işin görülmesinin yanında malzemeleri de temin edecekse bu kere malzemenin temini işçinin sorumluluğundadır. İşçinin malzemeleri temin edememesi veya malzemelerin temininde gecikme olması halinde, mallar süresinde teslim edilemez duruma

²² KARAKOYUN, Funda: “Home Ofis -Evden Çalışma- Yöntemi ve Vergi Hukukundaki Düzenlemeler”, UYİİD, 12(29), 2016, s.144.

²³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.451; TOPGÜL/AKPINAR, s.171.

²⁴ GÜLVER, s.104.

²⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.502; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.452.

²⁶ KILIÇOĞLU, s.439; ŞEN, s.479.

²⁷ Ayrıntılı olarak bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.502; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.452; KARACA, s.380.

²⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.502; ŞEN, s.496.

²⁹ EREN, s.580.

gelecektir. İşçi malzemeleri temin etmekte bir sorun yaşarsa bu durumu derhal işverene bildirmelidir.

Yasa koyucu TBK m.464/1 düzenlemesi ile işçiye özel bir borç yüklemiştir. İşçi, işverenin vermiş olduğu malzemeleri korumak ve güvende tutmak zorundadır. Aynı şekilde işçiden beklenen bir diğer özen de işin zamanında teslimi ve istenilen şekilde bitirilmesidir. İşçi, işverenin vermiş olduğu malzemeleri ve varsa iş araçlarını kullanırken gereken özeni göstermeli ve oluşabilecek her türlü olumsuz olasılığı da işverene bildirmelidir. Aslında işçiden beklenen bu iş için bir hesap vermesidir. İşin sona ermesiyle birlikte kalan herhangi bir malzeme veya iş aracı var ise, işçi bunları da işverene teslim etmekle yükümlüdür. Uzaktan çalışma modelinde de işveren uzaktan hizmet gören işçisinden aynı özeni bekler. İşçiye teslim edilen malzeme veya iş araçları işçinin kendi kusurundan kaynaklı olarak kullanılmaz hâle gelirse, işçi işverene karşı malzemenin veya iş aracının kullanılmaz hâle geldiği gündeki “*rayiç bedel*” kadarı ile sorumlu olacaktır.

C. İşveren Tarafından İş Araçlarının Sağlanması

İşçi, işe başlamadan önce kendisine teslim edilen malzemeyi veya varsa iş aracını kontrol etmekle yükümlüdür. Zira işçiye teslim esnasında malzemelerin ayıplı, hasarlı olması veya teslimden sonra malzemelerde ayıp ve hasar çıkması durumu söz konusu olabilir. Aynı durum, malzeme ve varsa iş aracının işverene iadesi esnasında, işverenden de beklenen özen yükümlülüğüdür. İşçi işin görülmesi sırasında işverenin kendisine teslim ettiği malzemenin bozuk olduğunu fark ederse bunu derhal işverene bildirmekle yükümlüdür. Yine benzer şekilde, kullanılan bir iş aracı varsa ve bu iş aracının bozuk olduğu anlaşılırsa işçi işe devam etmeyi bırakmalı ve bu durumu derhal işverene bildirmelidir.

TBK m.464/2’ göre, işçinin işe devam etmeden veya başlamadan önce, işverenin talimatını beklemesi hususları düzenlenmiştir³⁰. Böylelikle, işçinin, işveren tarafından talep edilen işi belirlenen standartlarda tamamlaması sağlanır ve sonradan işçi üzerine herhangi bir sorumluluk kalmasının da önüne geçmiş olur. Malzemelerin veya aletlerin sıkıntılı olması durumu, teslimden sonrada ortaya çıkmış olabilir. Böylesi bir durumda işçiden beklenen; durumu derhal işverene bildirilmesi ve işverenden gelecek talimatı beklemesidir.

İşveren süreli bir iş için işçiye iş aracı teslim etmiş olabilir. Bu durumda işçi işi zamanında teslim etme kaygısı içinde olacaktır. İşveren işçiye iş araçlarını teslim etmeden önce özenli bir şekilde gerekli bakım veya onarımını yapmalı ve kontrol etmelidir. Sonrasında teslim edilmeli ve TBK m.464’e göre işçiye bildirim yükümlülüğü verilmelidir. Aksi halde tüm sorumluluğun ilgili maddeye dayanılarak sadece işçiye bırakılması uygun olmayacaktır. Zira ortada süreli bir iş vardır ve işin zamanında teslim edilmemesinden kaynaklı olarak işveren zarara uğrayabilir. Tüm bu sorunların yaşanmaması adına baştan gerekli tedbirler alınmalıdır.

D. İşçinin Özen ve Sadakat Yükümlülüğü

İşçi işini yerine getirirken özen göstermeli ve işverenin menfaatini korumalıdır. TBK m.396’a göre; “*İşçinin özen ve sadakati düzenlenmiştir.*” Bu madde işçinin bağlılık borcu olarak da kabul edilir³¹. Genel hizmet sözleşmesinde düzenlenmiş olan özen ve sadakat yükümlülüğü Evde Hizmet Sözleşmesi için de geçerlidir. İşveren için bu sözleşme türünde işi işyerinin dışında yaptırmanın dezavantajları olsa da; özen yükümlülüğü, işverenin, işçisinden, işyerinde faaliyeti durumunda göstereceği özeni evinde de göstermesini beklemesine olanak sağlamaktadır. İşverenin işçiden beklediği özen, yer ve mekâna bakılmaksızın malların istenildiği gibi hazırlanmış ve gerekli özenin gösterilmiş olmasıdır.

İşveren tarafından işçiye malzeme temini yapılmış veya iş aracı verilmiş ise işçiden beklenen özen yükümlülüğü malzemeler ve iş araçları için de geçerlidir. TBK m.396/2’de özen yükümlülüğünün gerekliliği ve bu sorumluluğun sonuçları düzenlenmiştir. Kanun tarafından düzenlenmiş olan bu ve benzeri hükümlerin sözleşmede de yazılması önemlidir.

Özen ve sadakat yükümlülüğü mevzuatta işçi için düzenlenmiş olsa da aslında her iki tarafı ilgilendiren ve sözleşmenin her iki tarafı içinde geçerli bir düzenlemedir. Özenli bir şekilde teslim edilen malzemeler kadar bitirilen işin teslimine kadar her iki taraf sadakat yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bu sebeple her iki taraf da karşılıklı sorumluluklarını korumalıdır.

Esnek çalışma modelinin denetimi, sadakat ve özen yükümlülüğü Evde Hizmet Sözleşmesi düzenlemesinden daha ayrıntılı bir şekilde yapılmalıdır. Zira esnek çalışmanın iş alanları daha fazla ve boncuk işinden öte bir sorumluluk gerektirebilir. Bu sebeple bu çalışmada verdiğim tavsiyeler

³⁰ KILIÇOĞLU, s.440; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.503.

³¹ ŞEN, s.480; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.459.

doğrultusunda yenilikler yapılacaksa, her madde tekrardan ele alınmalı ve sistematikte yeniden gelişen teknolojiye ayak uyduracak şekilde düzenlenmelidir.

V. AYIPLI ÜRÜN

A. İşçinin Kusurundan Kaynaklı Ayıplı Ürün Teslimi

Evde Hizmet Sözleşmesinin şartlarına göre yapılan iş işverenin istediği koşul ve şartlarda teslim edilmelidir. Ayıplı ürünün teslimi halinde işveren ürünleri ayıp hükümlerine dayanarak almayabilir. Fakat genel ayıp hükümlerinin uygulanmasından önce yasa koyucu ayıplı ürün halini mevzuatta düzenlemiştir³². TBK m.463'deki düzenlemede dikkat çeken önemli husus “kusur” durumudur. Şayet işteki ayıp işçinin kusurundan kaynaklanmışsa, giderilmesi mümkün olan ayıplar işçi tarafından giderilmelidir. Bu ayıpların giderilmesinde şayet yeniden malzeme kullanılacak veya ekstradan yeni bir masraf çıkacak olursa bu durumda tüm masraf işçi tarafından karşılanacaktır. Nitekim TBK m.463/2’de ayıpların nasıl giderileceği düzenlenmiştir³³.

Mevzuattaki düzenlemede konuyla ilgili sadece işçi açısından bir değerlendirme yapılmıştır. Yapılan işin ayıplı olması özellikle işin işçi tarafından ve evde ifa edilmesinden ve malzemelerin de işçi tarafından sağlandığı durumlardan kaynaklı olacağı için yasa koyucunun sadece işçi açısından bir düzenlemeyi tercih ettiğini söyleyebiliriz. Şayet malzemeler işveren tarafından sağlanmışsa, işçi işverenin ayıplı malzeme teslim etmesi durumunda bunu derhal işverene bildirmelidir. Her ne kadar düzenlemeye göre bu bildirim yapılması gerektiği söylene de işverenin sorumluluğu ve malzemeyi ayıplı teslim etmesinden dolayı doğacak maddi ve zamansal sıkıntılardan sorumlu olmalıdır.

B. Ayıplı Ürünün Tesliminde Bildirim Süresi

İşçi, işverenin talep ettiği ürünleri istenen şartlarda ve standartlarda teslimini sağlamakla yükümlüdür. İşveren teslim aldığı ürünü bir haftalık süre içinde incelemekle ve bu inceleme neticesinde tespit edilen ayıplar var ise bu hususu yine aynı sürede işçiye bildirmekle yükümlüdür. Bir diğer deyişle, teslimden itibaren bildirim süresi TBK m 465’e göre bir haftadır. Nitekim anılan maddede “...varsa bulduğu ayıpları teslimden başlayarak bir hafta içinde işçiye bildirir” düzenlemesinin yer aldığını görmekteyiz. İşveren süresinde bildirimde bulunmaması durumunda ürünü teslim aldığı haliyle kabul etmiş sayılacaktır.

Ayıplı ürünün teslim süresi her ne kadar mevzuatta düzenlenmiş olsa da, bazı ayıplar sonradan ve geçen uzun bir süreden sonra çıkabilmektedir. Özellikle teknolojik işlerin uzaktan yapıldığı ve denetiminin de yeteri kadar olmadığı bir iş için ayıpların belirlenmesi uzun bir zaman alabilmektedir. Esnek çalışma sürecinde işçi uzun yıllar boyunca işyerinde ve işverenin denetiminde işini yapmakta ve mevcut bir ayıp işyerinde hızlı bir şekilde bildirilmekteydi. Özellikle yeniçağla beraber bu duruma hızlı adapte olduğu için işçi iş için teslim edilen malzemenin ayıplı olduğunu geç fark edebilir. Yine işçi işi özenle yapmış olmasına rağmen işverene ayıplı teslim edebilir. Bu durum beklenmedik sebeplerden kaynaklanmış olsa da ortada ciddi sıkıntılar doğabilir. İşveren ürünü ayıplı almak istemiyorsa tüm tedbirleri sağlamış olduğundan emin olmalıdır. Bu sebeple bu tespitler yapılırken sürecin işleyişindeki aksaklıkların önlenmesi açısından yasal düzenlemeler hızlı ilerleyen teknolojiye ayak uyduracak şekilde ilerisi görülerek yapılmalıdır.

Ayıp bildirim süresi kadar ayıp bildiriminin yazılı olarak yapılması gereklidir. Meydana gelen ayıbın nereden ve kimden kaynaklı olduğunun tespiti ve beraberinde bildirimde uyulması beklenmelidir. İşçi işi işyerinde olsaydı nasıl teslim edecektiye, işçi işi evden/uzaktan yaparak teslim etmesi ile arasında herhangi bir fark olmamalıdır. Bu sebeple imkânların eksik olduğu bahanesi ileri sürülemez. Tam bu noktada şunu söyleyebiliriz, işveren uzaktan çalışma modelini kabul etmekle yetinmemeli ve işçinin işyeri olarak kullanacağı evinin imkânlarını da kontrol etmelidir.

VI. İŞVERENİN ÖZEL BORÇLARI

A. Ürün Teslimi, Kabul Süreci ve Ayıp Bildirimi

TBK m.465’de işverenin özel borçları olan ürün teslimi/kabulü ve ayıp bildirimini; işverenin ürünleri kabul süreci yasa ile düzenlenmiştir. Bu sürenin bir haftalık kesin süre olduğunu söyleyebiliriz. Zira işveren bu süre içerisinde gerekli incelemeyi yapmaz ve ürünlerdeki ayıplı işçiye bildirmez ise, ürünleri mevcut haliyle kabul etmiş sayılacaktır³⁴.

³² GÜLVER, s.113.

³³ KARACA, s.386; KANDEMİR, s.159; GÜLVER, s.112; ŞEN, s.497.

³⁴ KILIÇOĞLU, s.440; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.504; GÜLVER, s.113.

Ürün teslimi, kabul süreci ve ayıp bildirimini içeren açıısından kısıtlı bir süre içerisinde yapılmaktadır. İşveren işçinin işi zamanında bitirmesini bekler. Zira işveren bitirilen işi bir başka pazarda sunuyor olabilir. Bu süreç esnek/evden çalışma modelinde daha ayrıntılı olarak ele alınmalıdır. İşveren herhangi bir sorun yaşamak istemiyorsa teslim sürecini ve varsa ayıpların bildirimini yaparak işçinin bitirdiği işi düzeltmesini isteyebilir. Sürecin doğru yönetilmesi ve işçi işveren arasındaki işin teslimi, işin yapılması gibi önemli süreçlerin doğru yönetilmesi gerekir. Yapılan iş Evde Hizmet Sözleşmesini oluşturan iş kollarından daha ayrıntılı olarak düşünüldüğünde denetimin yapılması gerektiği sonucu doğmaktadır. Zira iş işçiye teslim edilip işin teslim süresi beklenirse yaşanacak aksaklıklara bir çözüm bulunamaz. Özellikle de iş süreli bir teslim süresine bağlı ise ve zincirleme olarak başka alıcılar var ise önem arz edecektir. Mesela mimari tasarımın bir sözleşmeye bağlı olarak yapılması ve teslimi gerekiyorsa, işveren denetimi doğru yapmak ve sadece işin teslim süresine bağlı kalmamalıdır. Aksi halde işin gecikmesinden kaynaklı tazminat borcu ile karşı karşıya kalabilir. İşçi de yasal süreye uyararak işi teslim etse dahi işverenin üçüncü kişiyle olan sözleşmesinin süresine uymayabilir.

B. Ödemelerin Yapılması “Ücret”

TBK m.466’da ödemelerin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir³⁵. Evde Hizmet Sözleşmesi işçi ile işveren ilişkisinden doğan diğer sözleşmelerden farklı değildir. Düzenlemede ücret olarak belirtilen hususu, maaş olarak da nitelendirmek mümkündür. Zira kurulan ilişki, bir işçi- işveren ilişkisidir. İşçi görülen işin bedeli olarak bir ücreti hak etmektedir.

Ödemelerin süresi bu sözleşme ilişkisinde özel olarak düzenlenmiş olup, aralıklı veya aralıksız çalışma olarak ikiye ayrılmaktadır. İşçi ve işveren arasında imzalanmış olan hizmet sözleşmesi aralıklı çalışma olarak belirlenmişse ödemeler ürün tesliminde yapılmaktadır³⁶. Eğer aralıksız bir çalışma şekli belirlenmişse bu durumda da ödemeler on beş günde bir yapılmaktadır³⁷. Aralıksız çalışmaya getirilen bir diğer ödeme dönemi de ayda bir yapılan ödemedir. Yasa koyucu asıl ödeme süresi olarak belirlediği on beş günlük süre yönünden herhangi bir rıza aramamıştır. Bununla beraber şayet ayda bir ödeme yapılacaksa bu durumda işçinin rızası aranmaktadır. Düzenlemeye baktığımızda ücretin ödenme zamanının belirlenmiş olması emredici niteliktedir. Buradan hareketle tarafların ödeme süresini kendi arasında değiştirmiş olması halinde, ücretin ödenmesi için belirlenen yeni sürelerin geçerli olmayacağını söyleyebiliriz. Bu noktada yapılacak sözleşme de kanaatimizce geçerli olmayacaktır.

Evde Hizmet Sözleşmesinin yapılmasında aralıklı veya aralıksız ödeme yapılmasına bakılmaksızın bir “hesap özeti” verileceği mevzuatta düzenlenmiştir. Bu şekilde bitirilen işin ne olduğu ve ödenen bedelin hangi ürün ve miktarı karşıladığı yazılı hale getirilmiş olacaktır. Ödemelerde bir kesinti yapılmışsa bu durum hesap özeti “miktar” ve “sebeb” bildirilerek gösterilir.

C. Aralıksız Çalışmada, Ürünü Kabulde Temerrüt yahut İşçinin Engellenmesi Durumunda Ücret Ödemesi

Aralıksız çalışma olarak belirlenen Evde Hizmet Sözleşmesinde işveren işçinin aralıksız çalışma neticesinde bitirmiş olduğu ürünleri teslim almakta gecikmiş veya hiç teslim almamış olabilir. Bu husus işverenin ürünü kabulde temerrüde düşmesine sebebiyet verir. İşveren işçinin tamamladığı ürünü kabulde temerrüde düşmesi durumunda yine ücret ödemek zorundadır³⁸.

Aralıksız çalışmada temerrüdün dışında, işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir sebeple ve fakat kusuru olmaksızın çalışma engelleniyorsa işveren bu durumda da ücret ödemekle yükümlüdür. Bu durumun meydana gelmesinde işçinin bir kusuru olmaksızın çalışmanın engellenmesi “hizmet ediminin engellenmesi” olarak kabul edilmekte ve işveren işçiye ücret ödemekle yükümlü kılınmaktadır. İşverenin bu hükümlerin dışında meydana gelmiş bir durum söz konusu olduğunda ki bu husus mevzuatta “diğer durumlar” olarak belirtilmiştir, işçiye ücret ödemekle yükümlü olmayacağı TBK m.467’de düzenlenmiştir³⁹. Yasa koyucu bu düzenlemeyi yalnızca aralıksız çalışma için getirmiş olup, aralıklı çalışma halleri TBK madde 467 düzenlemesinin dışında tutulmuştur.

³⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.504; KILIÇOĞLU, s.439.

³⁶ KILIÇOĞLU, s.440; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.504.

³⁷ GÜLVER, s.116.

³⁸ GÜLVER, s.116.

³⁹ KILIÇOĞLU, s.440.

VII. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. Deneme Süresi

İşveren Evde Hizmet Sözleşmesini yaparken uzun süreli, aralıklı veya aralıksız bir iş ilişkisi içerisine girebilir. İş işçinin kontrolünde ve belirlediği yerde yapılacağından dolayı işveren işçinin evinde yapmış olduğu işlerin kalitesini gözlemleyemeyebilir. Zira işçi işi işverenin yerinde değil kendi belirlediği yerde bitirmek ve teslim etmek ister. Yasa koyucu işverenin mağduriyet yaşamaması ve işçinin yapacağı işin kalitesini ve sonuçlarını öğrenebilmesi için işverene işçiye “deneme süresi” verme hakkı tanımış olup, bu süre zarfında işveren, ürünlerin kalite ve standartlarını gözleme imkânına sahip olacaktır. İşçi ve işveren arasında kurulmuş bir sözleşme olmasına rağmen süreç deneme süreci içerisinde gerçekleşecekse işin yapılmasını ve ürünlerin hangi kalite ve standartlarda olacağı TBK m.468’de düzenlenmiştir⁴⁰. Doktrinde bir görüş, işçiye deneme amacıyla bir iş verilmesi bu ilişkinin sadece deneme süresi içerisinde kurulduğunu gösterir⁴¹.

Taraflar deneme süresi için bir iş ilişkisi içerisine girdikleri zaman sözleşmenin sona erdirilmesi veya feshinden söz edilmeyecek ve taraflar deneme sürecinden kaynaklı bir sona ermeyi kabul etmiş sayılacaktır. O halde bu süreçte hukuki yaptırımlardan söz etmemiş oluruz⁴².

B. Sözleşmenin Belirli veya Belirsiz Süre İçin Yapılmış Olması

İşçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılır; diğer durumlarda sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilir. Süre konusu işin ne amaçla verildiğini etkilemektedir. TBK m.468/1 düzenlemesinde olduğu gibi eğer verilen iş, işçiye deneme amacıyla verilmişse, bu durumun aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılacaktır. Bu durum sözleşmenin belirli veya belirsiz süre olarak değil, deneme süresi olarak belirlendiğini göstermektedir. Maddenin ikinci fıkrası ise hangi hallerde sözleşmenin belirli/belirsiz süreli yapılmış sayılacağına dair bir düzenleme içermektedir⁴³. İşçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılacaktır. Diğer durumlarda ise sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilecektir.

VIII. TEKNOLOJİK GELİŞMELER İŞİĞİNDA EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ

Gelişen teknoloji ile birlikte işçi işveren arasında kurulmuş olan iş ilişkisinin devamında işin nerede ve nasıl yapılacağı konusunda geniş bir esneklik vardır⁴⁴. Bu durumda işveren açısından işin hangi zeminde bittiği değil, işin zamanında bitmiş olması önem arz etmiştir.

Evde Hizmet Sözleşmesi en fazla tekstil, giyim, tercümanlık, bilgisayar başı işler gibi alanlarda kendini göstermektedir. Ayrıca, Evde Hizmet Sözleşmesi yapılmadan da sanki Evde Hizmet Sözleşmesi varmış gibi devam ettirilen iş ilişkileri de söz konusu olabilmektedir. Burada önemli olan sözleşme değil, işin bitmesi gibi görünse de zaman içerisinde bu durumun avantajdan ziyade dezavantaja dönüşebildiğini de söyleyebiliriz. Zira ortada bir sözleşme yoktur ve her iki taraf da işin neticesine bakmaktadır. O halde şekle tabi bir iş ilişkisinden söz edemeyiz. Zira şekle tabi olduğunu kabul edecek olursak yapılan işin geçerli olup olmadığı tartışmalı olacaktır. Uygulamada bu tarz iş ilişkilerinin kurulması yazılı bir sözleşmeden çok sözlü kabul ile mümkün olmaktadır.

COVID-19 salgın hastalık beraberinde uzaktan çalışmayı getirmiştir. Aslında zorunlu olarak böyle bir çalışma şekline geçilmiştir. Burada tespit etmek istediğim birkaç husus bulunmaktadır. Mevcut iş sözleşmeleri uzaktan çalışma şartını taşımamakla birlikte Covid-19 etkisi ile uzaktan da yapılabilir. Bu durum mevcut iş sözleşmesinin Evde Hizmet Sözleşmesi’ne mi dönüştüğü sorusunu bize sordurduğu zaman şöyle yorum yapabiliriz. Sözleşme kendiliğinden başka bir sözleşmeye elbette ki dönüşmez. Mevcut salgın hastalık olağanüstü bir durumdur. Durumun iyileştirilmesi mümkündür ve işyeri politikası ile birlikte işler evden yürütülmeye çalışılmıştır. Diyelim ki, devam eden bir proje var ve bu proje üzerinde birlikte çalışma yapılması gerekiyor. Bu durum salgın hastalık ile beraber mümkün olmaktan çıkmıştır. Projenin tamamlanması eski sözleşme şartları ile devam ettirilir ve teknolojik imkânlar daha fazla kullanılır. Eğer işçi bu projede işverenin ekipmanlarını kullanıyorsa uzaktan çalışma durumunda işveren işçiye bu ekipmanları sağlamalıdır.

⁴⁰ KILIÇOĞLU, s.441.

⁴¹ GÜLVER, s.118; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.505.

⁴² “Deneme amacıyla verilen işin bitiminde işçiye başka bir iş verilirse, yeni bir iş ilişkisi kurulmuş olur” bknz. GÜLVER, s.118.

⁴³ GÜLVER, s.118.

⁴⁴ DEMİR, Fevzi/GERŞİL, Gülşen: Çalışma Hayatında Esneklik Ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma, KÜSBED, (16) 2008/2, s.69; ŞEN, s.477; TİLEV, s.135.

İşte tam bu noktada sözleşme Evde Hizmet Sözleşmesi gibi görünüyorsa da aslında mevcut iş sözleşmesi olağanüstü durumda uzaktan çalışma olarak geçici bir çözüm ile devam ettirilmiştir. Bu durumu sözleşmenin değişmesi olarak göremeyiz. İleriki zamanda işveren eğer isterse işçi ile yapacağı sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak değil Evde Hizmet Sözleşmesi olarak yapabilir. Kanaatimce bu tarz ilerlemeler için mevzuatta yenilik yapılması elzemdir.

Teknolojik gelişmeler hiç durmadan devam etmektedir. Bu gelişmeler beraberinde yeni ve farklı iş olanaklarını ortaya koymaktadır. Teknolojik bir ağ desteği ile işler evden/uzaktan kolayca yapılabilir. En somut örneği eğitimin online olarak evden öğrenci/öğretmen tarafından takip edilerek tamamlanmasıdır. Bankacılık işlemleri telefon ve bilgisayar ile internet üzerinden yapılır hale geldi. Kadın istihdamının gelişmesi adına kadınlar evlerinde kurulan teknolojik sistem ile call center görevini sürdürebildiler. Tabii tüm bu gelişmeler mevcut yazılımın sadece şirket sınırları ile değil evlere ve mekân olarak belki de tatil beldelerine kadar giden geniş bir olanak ile kendini gösterdi. Tüm bu gelişmeler gösterdi ki yüzyüze/işyerinden hizmet zorunluluğunun olmadığı ve işverenin işçisine olan güvenle beraber kontrol mekanizmasının sağlanabilir olduğudur.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, teknoloji geliştikçe çalışma alanları ve şartları da gelişmektedir. O halde bu gelişmelere ayak uydurma adına hukuksal yeni çözümlere ihtiyaç duymaktayız. Yapılacak değişiklikler sadece mevcut yenilikler ile değil önümüzdeki on yıl düşünülmelidir. Zira bilgi teknolojisi çok ileri bir noktaya gelmiştir ve sürekli de gelişmektedir.

IX. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ'NÜN EVDE ÇALIŞMA SÖZLEŞMESİ (ILO⁴⁵ m.177)

Evde çalışanların çalışma koşullarının iyileştirilmesi amacıyla oluşturulan bu sözleşmeye göre; *Evde çalışma, bir kişi tarafından yürütülen iş anlamına gelir*⁴⁶. Bu tanım ile evde çalışmanın çalışma koşulları olarak esnek bir model olarak kabul edilmesi beklenmektedir⁴⁷. Uluslararası çalışma örgütü tarafından kabul edilen Evde Hizmet Sözleşmesi Türkiye tarafından onaylanmamıştır⁴⁸. İşçi işi şahsen ve evinde gerçekleştirir. İşverenin bu sözleşme gereğince işçiye karşı sorumluluğu doğmuş olur. Fakat işçi işi ev halkına yaptırdığında bu tavsiye kararına göre işveren ev halkından sorumlu olmamaktadır⁴⁹.

Uluslararası Çalışma Örgütü'ne göre evde çalışma sözleşmesi; işin işçi tarafından yerine getirilmesi yanında *'aracılık'* yapılarak işin yerine getirilmesiyle de gerçekleşebilir⁵⁰. TBK m.404'de *'aracılık ücreti'* düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; işçi belli işlerde aracılık ederse, yapmış olduğu bu hizmete karşılık *'aracılık ücreti'* alabilir. Genel hizmet sözleşmesi içinde yer alan aracılık ücreti durum ve şartlara göre Evde Hizmet Sözleşmesi için de uygulanabilir. Uygulanabilir olması halinde Evde Hizmet Sözleşmesi aracı ile yapılırsa bir aracılık sözleşmesinin doğmayacağını söyleyebiliriz. Sözleşmenin tarafı olarak işi başka kişilere, mesela ev halkına yaptırarak işi sona erdirmiş olması bu ücreti almak için yeterli değildir. Şayet işçi işi ev halkına yaptırmak suretiyle bu iş için aracılık ücreti isterse ortada bir hizmetten ama işçi işveren arasında yapılmış bir Evde Hizmet Sözleşmesinden söz edemeyiz.

X. EVDEN ÇALIŞMANIN FAYDALARI VE HUKUKUMUZDA UYGULANABİLMESİ

Değişen teknoloji ile evden çalışmak isteyen kişilerin sayısı giderek artmaktadır. Bununla beraber birçok büyük şirket, çalışanlarının rahat bir ortamda çalışmalarını ve beklenen verimi

⁴⁵ ILO: Uluslararası Çalışma Örgütü,

⁴⁶ ALP, Elif/SÖNMEZ, Özge Alev: "İlo: UÇÖ'nün 177 Sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi, TÜHİS, İHİD, 23(5/6), 2011, s.16; KARACA, s.374; KANDEMİR, s.147; Doğan, Sait, "21. Yüzyılda Esnek Çalışma Biçimleri Ve Topluların İş Hayatına Uygulanması", s.94.

⁴⁷ Ülkelerle göre kısmi çalışma tabloları için bkz. AKGEYİK, Tekin: "Ülke Örnekleri ile Türkiye'de Yarı Zamanlı Çalışmanın Görünümü", SGD, 7(2), 2017, s.37; Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kadınların iş hayatında aktif yer alması açısından ev eksenli çalışma modeli için bkz. AŞKIN, Elif Özlem/AŞKIN, Umur: "İşgücü Piyasasında Enformel Kadın İşgücü: Ev Eksenli Çalışan Kadınlara Yönelik Bir Araştırma", MSAD, 8(Ek sayı:1), 2019, s.979.

⁴⁸ Onaylanan sözleşmeler için bkz. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>

⁴⁹ KANDEMİR, s.148; EYRENCİ/BAKIRCI, s.34.

⁵⁰ KANDEMİR'e göre; *'Aracı, bir işçi olarak mı, evde çalışana karşı yükümlülükleri olan bir işveren olarak mı veya bağımsız çalışan biri olarak mı nitelendirilecektir...birçok ülke hukuku bu konuya ilişkin bir düzenleme getirmemişti'* bkz. KANDEMİR, s.147; EYRENCİ/BAKIRCI, s.35; KUYUCU, Mihalıs: "A Descriptive Study on University Students' Perspectives and Opinions on Teleworking Method For Human Resource Policies of Businesses", International Journal of Society Researches, 11(18), 2019, s.1097.

göstermeleri amacıyla işyerinde birçok aktivite, spor salonu, dinlenme salonları yaparak çalışanları işyerine gelmeye ve işyerinde mutlu olmalarına teşvik etmektedir. Birtakım şirketler de yatırımı sosyal alanlara harcamak yerine, haftanın belirli bir günü evden çalışmayı teşvik etmektedir.

Evden çalışma yöntemini uygulayan birçok şirket bu sistemi profesyonel bir ağ üzerinden yürütebilmektedir. Şöyle ki; işçi, işverene belirlediği gün ile beraber vereceği hizmeti ‘evden çalışma’ olarak işaretleyerek onay gönderme uygulaması ile özel “Aplikasyon” sistemini kullanarak işini evde tamamlamaktadır. Evde Hizmet Sözleşmesi ise daha geleneksel bir çalışma modelini bünyesinde barındırmaktadır.

Evde Hizmet Sözleşmesi’nde tam anlamıyla bir mesai kavramı yoktur. Daha esnek bir çalışma öngörülmektedir. Saat sınırlaması veya belirli saat aralığı bu sözleşmede uygulanmamaktadır. Buradaki amaç işin belirlenen tarihte tesliminden ibarettir. İşçi bu şekilde esnek bir çalışma programı içindedir. Sonuç olarak evde çalışma bağımsız ve esnek bir çalışmayı beraberinde getirmektedir. Bu rahat iş ortamında aynı zamanda bir ücret ödemesi de yapılmaktadır⁵¹.

A. İşveren Açısından Olumlu ve Olumsuz Yönleri

İşverenin esnek çalışma modelini veya evde hizmet şeklini tercih edip uygulayabilmesi ancak işin bu şekilde yapılmasının mümkün olmasına bağlıdır⁵². İşveren için önemli olan işçinin işyerine gelerek mesaisini tamamlaması değil, işçinin verilen işi zamanında bitirmesidir.

İşveren işçinin evinden çalışmasını kabul etmek zorunda kalsa da işyerinde aktif olarak görev yapmasını daha çok ister. Zira bu şekilde işçi üzerinde güç ve disiplin oluşturmaktadır. İşveren, verilen işin biteceği süreyi bilerek işin bitirilme süresini belirlemektedir. İşçiden de bu süreye riayet etmesini beklemektedir. İşçi, işverenin işin bitirilmesi için vermiş olduğu süreyi işyerinde çalışma süresini dikkate alarak daha esnek bir çalışma saatiyle kendisi belirlemektedir. Böylece işin gün içinde bitirilmesi şartı var olsa da işçi işi gündüz mesai saati dışında gece de tamamlayabilir. Bu durum ancak süreli olmayan işler için mümkün olacaktır.

İşveren esnek/uzaktan çalışmanın alt yapısını ve kontrolünü iyi bir şekilde ve hukuki bir zeminde doğru bir şekilde oturabilirse mevcut düzenini korurken harcamaları da azalacaktır. Böylece işçi rahat bir çalışma ortamında kendini özgür hissederken işveren de servis, yemek, elektrik, su v.b birçok temel giderin maliyetinden de kurtulmuş olacaktır.

B. İşçi Açısından Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Evde Hizmet Sözleşmesinin işçi açısından en önemli avantajı rahat bir ortamda daha doğrusu kendisinin belirlediği ortamda kendi düzenine göre hazırladığı ortamda çalışabilmesidir. Mesela bir kadının küçük çocukları olduğu için evden çıkmasının güç olduğu çalışma koşullarında evden çalışmak fazlasıyla avantajlı bir durum olacaktır⁵³. Burada değerlendirmemiz gereken önemli kısım; işçinin bir işyerinde çalışan işçiye göre sorumluluklarının beklenenden daha fazla olmasıdır. İşyerinde iş yapan bir işçinin özen yükümlülüğü dışında pek bir sorumluluğunun olduğu söylenemez. Zira işveren işyerinde malzeme temininden, ürünlerin kalitesine kadar her şeyi belirlemektedir. Evde Hizmet Sözleşmesinin tarafı olan işçi için aynı şey söylenemez. İşçi işin bitirilmesi ve özen yükümlülüğü dışında, malzemelerden, kullanılan araçlardan, kaliteden de sorumlu olabilmektedir.

XI. İŞÇİLERİN ESNEK HİZMET SÖZLEŞMESİNİ YAPMADA ESNEKLEŞME KAVRAMI VE EV EKSENLİ ÇALIŞMA MODELİ

A. Esnekleşme Kavramı

Ev eksenli çalışma modeli⁵⁴ olarak hayatımıza giren esnekleşme kavramının tanımına baktığımızda, özgürlük⁵⁵ kuralı⁵⁶ olarak yorumlandığını görmekteyiz⁵⁷. İşçinin aile üyelerine daha fazla zaman ayırabilmesi açısından özellikle kadınların tercih ettiği bu sistemi işverenler gelişen teknoloji ışığında olumlu görebilmektedirler⁵⁸.

⁵¹ KANDEMİR, s.149.

⁵² SARIHAN, s.206.

⁵³ TİLEV, s.137; KARAKOYUN, s.145.

⁵⁴ TOPGÜL, s.158 v.d.

⁵⁵ ŞEN’e göre; “Esneklik, kuralızsızlık olarak algılanmamalı aksine daha fazla kural koyma şeklinde anlaşılmalıdır” bkz. ŞEN, s.477.

⁵⁶ TOPÇUK, Yılmaz: Esnek Çalışma ve Esnek Çalışanların Sosyal Güvenliği, Yüksek Lisans Tezi, DEÜSBEÇEEİAD, İzmir, 2006, s.1.

⁵⁷ DEMİR/GERŞİL, s.69.

⁵⁸ KARAKOYUN, s.146.

Esneklik üç şekilde yorumlanmalıdır. Birincisi; işçinin çalışma saatlerini kendisinin ayarladığı ve hizmeti işyerinde verdiği esnek çalışma şekli, ikincisi; işçinin işi bitirmesinde yer ve zaman kısıtlaması olmadan işyerine gelerek veya kendi evinde işi tamamlaması; üçüncüsü ise; işçinin işyeri olarak evini seçtiği ve işverenle arasındaki iş ilişkisinin uzaktan, işyerine gitmeden tamamlamasıdır. Son durum Evde Hizmet Sözleşmesine uygun düşen bir seçenektir.

Sözleşme serbestisi ilkesi Anayasamızın 48. maddesinde düzenlenmiştir. Yine İş Kanunu m.9'da ki düzenlemeyi sözleşme serbestisi olarak kabul edebiliriz. Bu düzenlemeye göre; işçi ve işveren sözleşme serbestisine göre kanundaki sınırlamalar saklı kalmak koşulu ile iş sözleşmesini istedikleri gibi düzenleyebilirler. Süreleri belirleme hakkı da yine işçi ve işverene verilmiştir. Bu maddeden yola çıkarak şunu söyleyebiliriz; işveren için önemli olan işin yapılması ve bitirilmesi ise, işçi esnek iş koşulları ile işi işyerinde yahut evinde ve kendisinin belirleyebileceği saat dilimlerinde tamamlayabilir.

B. Esnek Çalışma Modeli

Esnek çalışma modeli⁵⁹, ülkemizde kullanılan ama yaygın hale gelmesi çok önceye dayanmayan bir çalışma modelidir. Küreselleşme ve teknolojik gelişmeler beraberinde esnek çalışmayı getirmektedir. İşsizliğin artması, düşük maaş verilmesi, masrafların daha az olması gibi hususlar, işverenler açısından esnek çalışma modelini cazip hale getirebilmektedir.

Esnek çalışma, iş sürelerini, çeşitli ihtiyaçlara yanıt verebilmek üzere değişik şekilde düzenleyebilme olanağı tanıyan açık bir sistemin oluşturulmasıdır⁶⁰. Esnek çalışmada yapılacak işin esnek bir şekilde yapılmasına imkân verecek şekilde olması da gerekmektedir. Her iş kolunda esnek çalışmadan söz edemeyiz.

Esnek çalışma modeli olarak tabir ettiğimiz ve TBK'da düzenlenmiş olan Evde Hizmet Sözleşmesi olarak geçen bu çalışma modelini en fazla tercih edenler kadınlardır⁶¹. Esnek çalışma modeli aslında işçinin çalışma saatlerini kendisinin belirlediği bir sistemdir. Mesela işçi; 09.00-18.00 şeklindeki mesaisini, 09.00-14.00 ve 18.00-22.00 şeklinde değiştirerek, 14.00-18.00 saatleri arasını özel hayatına ve başka işlerine ayırmayı tercih edebilir. Bu çalışma modelinin uygulanabilmesi ancak işverenin onayına ve yapılan işin esnek çalışma şartlarına uygun olmasına bağlıdır.

Esnek çalışmanın işçiler açısından olumlu/olumsuz yanları olduğu kadar, işverenler açısından da olumlu/olumsuz etkileri bulunmaktadır. Evde çalışma bağımsız olma hissini de beraberinde getirmektedir. Böylece işin tamamlanıp tamamlanmadığı konusunda bir baskı olmadan süreç ilerleyebilmektedir. Bununla beraber işçi, işi tamamlarken, süre konusunda işverenin belirttiği süreli işlerin bitirilmesi konusunda esnek bir yol izleyemez. Zira aksine bir durumda, disiplinin azalabileceği bir iş ortamından söz etmiş oluruz. İşverenlerin birçoğunun esnek çalışma modelini seçmelerinde maliyetin düşürüyor olmasının önemli bir sebep olduğunu evvelce de söylemiştik. Bunun yanı sıra işveren izin ücreti gibi ödemelerden de kurtulabilmektedir. Bu çalışma modelinde izinlerden söz edilmez. Doğum izni, süt izni gibi izinler bu çalışma şartlarında izin olarak geçmemektedir.

Esnek çalışma modeli adını çalışma saatlerinin esnek olmasından almaktadır⁶². Bu çalışma modeli ile ilgili olarak bireysel olarak yaptığım araştırmalarda, özellikle online satış sitelerinde telefona bakan çalışanların çoğunluğunun kadın olduğunu, alışveriş dışında yönelttiğim sorular neticesinde ise; evlerinden çalıştıklarını, kurum ile tüm iletişimi online olarak gerçekleştirdiklerini, müşteri ilişkisi eğitimini online aldıklarını ve en güzeli de Türkiye'nin farklı illerinden kadın istihdamının sağlandığını ve çalışılan saat aralığını da kendilerinin belirlediklerini gözlemlemiş bulunmaktayım. Yeniçağ beraberinde sistemin evden ilerlemesini sağlamaktadır. O halde, bu çalışmada savunduğum esnek çalışma modelinin Evde Hizmet Sözleşmesi ile yeniden işlerlik kazanabileceğini söyleyebiliriz.

C. COVID 19 Dönemi Esnek Çalışma

Esnek çalışma Covid 19 döneminde çok fazla tercih edilmiş bir çalışma modelidir. Evden çalışma bu dönemde beklenenden fazla olmuştur. Eğitimciler derslerini online olarak evlerinden yapmışlardır. Teknik manada iş gücünün kullanıldığı alanlarda ise vardiyalı çalışma modeli

⁵⁹ Esnek çalışma modelinin kayıt dışı çalışma olarak yorumlanması açısından bkz. TOZLU, s.101.

⁶⁰ BOLAT, Tamer/SEYMEN, Oya Aytemiz/BOLAT, Oya İnci, "Örgütlerde Esnek Çalışma Uygulamaları Ve Buna İlişkin Olarak 4857 Sayılı İş Kanununda Getirilen Düzenlemelerin İncelenmesi", GÜİİBFD, 8(1), s.4.

⁶¹ DEMİR/GERŞİL, s.74; ŞEN, s.476; TOPGÜL/AKPINAR, s.169.

⁶² BOLAT/SEYMEN/BOLAT, s.2; ŞEN, s.477.

seçilmiştir. Covid 19 çalışma alanları ile ilgili olarak birçok yenilik getirmiştir. Uzaktan çalışma, evde hizmet, esnek çalışma bu dönemde kendini beklenenden daha fazla oranda göstermiştir. Böylece bu sistemlerin uygulanabilirliği test edilmiş ve beraberinde bir takım hukuksal değişikliklerin yapılması gerektiği sonucunu da doğurmuştur.

Covid 19 döneminde özel sektör esnek çalışma şekline kolay bir şekilde adapte olurken kamu kurumları gecikmeli de olsa esnek çalışma modeline geçmiştir. Teknolojik gelişmeler ve dijital yenilikler birçok işi kolunun uzaktan/evden yapılabilme olanaklarını da getirmiştir. İnternet ağı sayesinde kurumlar çalışanlarının işlerini kolayca takip edebilir bir duruma gelmiştir. Evden çalışma dediğimiz bu durum pandemi dönemi ile daha etkin kullanılabilir bir hal almıştır. Aslında esnek model kısmi olarak veya tüm işin evden yürütülmesi olarak görülse de pandemi döneminde hükümetin almış olduğu tedbirlerle esnek çalışma tamamen uzaktan/evden çalışma olarak karşımıza çıkmıştır. Böylece sadece özel sektördeki çalışanlar değil kamu çalışanları da bu modeli benimsemiştir.

Salgın hastalığın geçici bir durum olduğu düşünülürken iki yıla aşkın bir süredir devam etmekte ve aşı ile beraber yüz yüze çalışma sistemine kademeli olarak geçilmiştir. Bu dönem bize gösterdi ki artık yeni bir çağ başlıyor ve artık yapılacak birçok iş artık evden de yürütülebilecektir. Tüm bu yenilikler gösteriyor ki mevzuatımızda ciddi değişikliklere gidilmelidir.

İşveren Covid 19 döneminde işçinin işi evinden esnek bir şekilde sürdürmesini isteyerek veya istemeyerek kabul etmiş ve beraberinde işçinin işyerinde işini yaparken doğan tüm sorumluluklarını takip etmede zorlanmıştır. Zira iş güvenliği işyerinde verilen hizmetler için belirlenmiştir⁶³. Bu sebeple iş güvenliği ile ilgili olarak tüm düzenlemelerin esnek/evden çalışma modeline ve en önemlisi Evde Hizmet Sözleşmesine uydurulması ve yeniden kaleme alınması gerektiğini söyleyebiliriz. Mesela evden çalışmayı seçen işçinin herhangi bir iş kazası ile karşılaşması halinde işverenin sorumlu tutulmaması ancak işverenin işyerinde sağladığı imkânlar işçinin evinde de sağlanmalıdır. Şayet sağlanamıyorsa işçi bu çalışma modelini seçmemelidir.

XII. UZAKTAN ÇALIŞMA MODELİ

Mevzuata gelen yeni düzenlemelerden bir tanesi de “Çağrı Üzerine Çalışma ve Uzaktan Çalışma” şeklindedir⁶⁴. Bu düzenleme İş Kanunu madde 14’de yer almaktadır. Uzaktan çalışma ve Evde Hizmet Sözleşmesi birbirinden daha farklı sözleşme ilişkileri olsa da, aslında birbirine benzer özellikler göstermektedir. Şayet Evde Hizmet Sözleşmesi boncuk işi gibi sınırlı bir iş kolu için uygulanabilir bir sözleşme olarak kabul edilirse, bu durum gelişen teknoloji ile üretimin evden de yapılabilme olanağını sadece uzaktan çalışma ile sınırlamış olacaktır.

Uzaktan çalışma modelinin düzenlenmesi için uygun olan İş Kanunu madde 4’e Ek fıkra: 6/5/2016-6715/2 md. “işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler” yer almaktadır. İşçi ile işveren arasında mesafelerin olması ve işverenin kontrol şansının aza indiği bu çalışma modelinin şartlarının belirlenmesi önemlidir. Evde Hizmet Sözleşmesindeki düzenlemeler ile bir karşılaştırma yaptığımızda; Evde Hizmet Sözleşmesinde her bir şartın ayrı bir madde ile daha ayrıntılı olarak ele alındığını söylememiz mümkündür. Evde Hizmet Sözleşmesi standart bir çalışma şekli olarak yorumlandığında tele çalışmadan farklı düşünülmektedir. Bununla beraber tele çalışma⁶⁵ ve evde çalışma, uzaktan çalışmanın içinde görülmelidir⁶⁶. Uzaktan çalışma modeli, geleneksel çalışma modeline göre daha esnek bir çalışma olarak kabul edilmekte ve çalışma çoğunlukla uzaktan yapılmakta kısmi olarak işyerinde de tamamlanabilmektedir⁶⁷.

Uzaktan çalışmanın usul ve esasları belirlenirken işin niteliği dikkate alınmaktadır. Zira iş, işverenin işyerinde yapılmamaktadır⁶⁸. Her iş bu iş ilişkisi kapsamına uygun değildir. Hangi işlerde uzaktan çalışmanın yapılamayacağı, verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin işletme kurallarının uygulanması ile diğer hususlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir. İşveren işçinin sağlığını, işi tamamlayacağı işin ortamını ve daha

⁶³ YENER, Mehmet Zahid: “Covid-19 Salgınının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, İHÜ Yay. Mayıs 2020, s.131.

⁶⁴ DEMİR/GERŞİL, s.70; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.210; TOZLU, s.104; Çağrı üzerine çalışmanın kısmi süreli çalışmanın bir türü olarak görülmesi yönünde bkz. TAŞOĞLU, Şale/LİMONCUOĞLU, S. Alp: “4857 Sayılı Kanun Kapsamında Esnek Çalışma”, SBB, 2(2), 2010, s.80.

⁶⁵ Tele working çalışma modelinin faydaları ve avantajları için ayrıntılı olarak bkz. ÖLÇER, s.150.

⁶⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.210.

⁶⁷ EYRENCİ/BAKIRCI, s.24.

⁶⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.211.

fazlasını da düşünerek iş güvenliği tedbirlerini tüm işçileri için sağlamalıdır. Doktrinde, uzaktan çalışma, evde çalışma dışında “teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında çalışma” olarak da tanımlanmıştır⁶⁹. Evde Hizmet Sözleşmesinin bu tanım içerisinde değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür.

Evde Hizmet Sözleşmesi ve uzaktan çalışma sistemini karşılaştırdığımızda birçok yönden farklarının olduğunu görmekteyiz. Ortak olan noktaları her iki iş ilişkisinde de işin niteliğinin uzaktan iş yapmaya müsait olmasıdır. Her ikisinde de işyerine gelmeye gerek kalmadan işin yerine getirilmesi mümkündür.

Uzaktan çalışma, bağımsız çalışma olarak da kabul edilmektedir⁷⁰. Aslında bu çalışma modeli ile işçi esnek bir çalışma yanında işi kendi belirlediği yerde bitireceği için işveren açısından maliyetleri düşürecek bir sonuç da doğmaktadır. Uzaktan çalışmada işveren işçinin mesaisini denetlemekte zorlanacaktır⁷¹.

XIII. SONUÇ

Evde Hizmet Sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na getirilmiş yeni bir düzenlemedir. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’na baktığımızda hizmet sözleşmesinin sınırlı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Bununla birlikte Evde Hizmet Sözleşmesi İş Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Fakat bu sözleşmenin tarafları işçi ve işveren olduğu için, sadece Türk Borçlar Kanunu’nun değil uygun düştüğü ölçüde İş Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulabilmelidir. Fakat bu durum mevzuatta düzenlenmemiştir. Evde Hizmet Sözleşmesi hükümleri yetersiz kaldığı zaman, Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan hizmet sözleşmesi hükümlerine müracaat edileceği söylenmiştir. Hâlbuki işçi ve işveren ilişkisinden kaynaklı iş ve işlemler, temelde İş Kanunu ile hüküm doğurmaktadır. İş Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallerde yine Türk Borçlar Kanunu’na bakılmaktadır.

Teknolojik gelişmeler artık Evde Hizmet Sözleşmesinin geniş düşünülmesi gerektiğini söylemektedir⁷². Dünyada birçok şirket çalışanları için esnek çalışma şartları, vardiyalı çalışma şartları, uzaktan çalışma şartları sunmaktadır. Amaç işin görülmesi olduğu için işçinin işi evinden veya bir başka mekândan yürütebilmesine olanak sağlanmaktadır. Böylece işçi kendisine sunulan esnek çalışma şartları ile daha verimli işler yapabilmektedir. Klasik çalışma şartları artık yerini esnek zamanlı çalışma modeline bırakmalıdır. Bu noktada da mevzuatın yenilenmesi ve gelişen teknolojiye uygun hale getirilmesi beklentilerimiz arasındadır.

Zamanı doğru ve etkili kullanmak çalışanlar için önemlidir. Her işin bir yapılma zamanı ve süresi vardır. Bu sebeple bağımsız bir çalışma halinde yer ve zaman kavramının etkisinin tamamen işçiye bırakıldığını söyleyebiliriz. Böylece işçi teslim zamanını göz önüne alarak istediği zaman diliminde tamamlayabilir. Bu esnek çalışma özellikle çocuk sahibi kadınlar için avantajlı olmaktadır.

İşçi ve işveren ilişkisinde; evde çalışma, tele çalışma, uzaktan çalışma, esnek çalışma yer ve zaman bakımından farklı ihtiyaçlar doğrultusunda getirilmiş çalışma modelleridir. Doktrinde esnekliğin farklı tanımlamalarının olduğunu da görmekteyiz. Ülke olarak bu düzenlemelerin yeniden ele alınması gerektiğini söyleyebiliriz. Hukuki olarak yeni çözümler getirilmelidir. Her geçen gün yeni gelişmeler olmaktadır. Mesela yarım gün süt izni süresi kısa tutulmalı ve kadınlar evden çalışmaya devam ettirilebilir. Elbette bu esneklik her iş kolu için uygun olmayabilir. Eğer işçi süt izni döneminde tam maaş almak istiyorsa bu durumu fırsata çevirebilir. Esneklik suiistimale müsaitte olabilir. Bu durumun önüne geçmek çok mümkün görülmesi de önemli olanın işin bitirilmesi olarak kabul edilmeli ve sonuca bakılmalıdır. Bununla birlikte eğer esnek bir çalışma ile evden iş görülecekse bu çalışma şartlarının yeniden düzenlenmesi ve bu çalışmaya uygun sözleşme çeşitleri artırılmalıdır. İşçi tamamen evden çalışmayı seçebileceği gibi, haftanın belirli günleri evden çalışabilir. Bu durum da evden çalışma saatlerinin belirlenmesinde her iki tarafında mağdur olmayacağı bir düzende yapılmalıdır. Mesela işverenin işçiyi güvenerek kontrol etmemesinin bilinmesi ve mesai saatlerinin işverene söylenmeden değiştirilmesi söz konusu olmamalıdır. İşveren işçiye ulaşabilmelidir. Gerektiğinde online toplantılar yapılmalıdır. Eğer saat kısıtlaması olmadan sadece işin belirlenen tarihte tamamlanması bekleniyorsa bu durumun denetimi periyodik olarak yapılmalıdır. Mesela her Cuma rapor verilmelidir. Elbette bu tespitler beyaz yakalı iş kolları için

⁶⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.212.

⁷⁰ NAKTİYOK, s.51.

⁷¹ ULUCAN, Devrim: “Yargıtay’ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma İle İlgili Yaklaşımı”, DEÜHFD, 9(Özel Sayı), 2007, s.186.

⁷² ÖLÇER, s.148.

beklenmektedir. Bir diğerk önemli konu, Evde Hizmet Sözleşmesinin maddelerinde yer alan işin aile bireyleri ile de yapılabilir olması ile ilgili esnekliktir. Bu durum beyaz yakalıların iş sahalarında beklenmeyen bir durumdur. Bu sebeple uzaktan esnek çalışma için yapılacak sözleşmede bu durum dikkatli olarak ele alınmalıdır.

Gelişen teknolojiyle beraber Türk Borçlar Kanunu özel hükümler bölümünde yer alan Evde Hizmet Sözleşmesinin yenilenmesi, yeniden kaleme alınması ve şartlarının dünyada değişen iş kollarına uydurulması gerekli ve önemlidir. İş Kanunu'na getirilen uzaktan çalışma modeli ile entegre edilerek işçilerin beklentileri ve hakları iyileştirilmelidir. Elbette Evde Hizmet Sözleşmesinin kuruluş amacını biliyoruz. Fakat bu sözleşmenin kurulmasında meydana gelen muhtemel bazı haksızlıklar ve adaletsizlikler de doğabilmektedir. Özellikle kadın işçilerin mağdur edilmesi söz konusu olmaktadır. Eksik ödeme yapılması, işin beğenilmemesi ve ödeme yapmaktan kaçınma, bir haksızlık durumunda ortada yazılı bir sözleşme olmadığı için ispat edememe v.b sorunlar örnek gösterilebilir. Yapılacak yeni düzenlemeler ile kadınların mağduriyetlerinin önlenebileceği ve aksaklıkların önüne geçeceğine inanmaktayız. Tüm bu sebeplerle çalışma incelenirken sadece Evde Hizmet Sözleşmesi ile değil, esnekleşme kavramı, uzaktan çalışma modeli ile beraber incelenmiştir. Böylece kadının iş hayatına daha aktif, korkusuzca girmesinin önu açılmış olur.

Evde Hizmet Sözleşmesi kanunda yazdığı şekliyle devam ettirilecekse eğer bu sözleşmenin taraflar açısından sonuçlarının daha belirgin yapılması önemlidir. Taraflar arasında yapılacak olan sözleşmenin yazılı şekil şartına bağlanması zorunluluğu getirilebilir. Böylece sigortasız çalışmanın önüne de geçilmiş olur. Özellikle emek veren kadınların iş hayatına kazandırılması ve yaptıkları işin ekonomik manada gerçek karşılığını almaları açısından sözleşmenin yazılı yapılması ve böylelikle sözleşmenin bir tarafı olan işverenin kim olduğu, işin niteliklerinin yazıya dökülmesi ve karşılıklı sorumlulukların belirginleştirilmesi verilen sözlü vaatlerin havada kalmamasına da sebep olmuş olur.

Uzaktan çalışma modeli ebeveynlik açısından da önemlidir. Çocuk ile geçirilen zamanın anne ve babaya eşit bir dağılımda olmasını da sağlayabilir. Sadece kadınlar değil, erkeklerinde uzaktan çalışmaları ailelerine daha fazla zaman ayırmalarına da fırsat verebilir. Özellikle büyükşehirlerde yolda geçirilen zaman düşünüldüğünde uzaktan çalışma önem kazanacaktır. Yeter ki gelişen modern çalışma şartları suiistimal edilmesin ve işçinin emeği işverenin işi zayi olmasın.

KAYNAKÇA

- AKGEYİK, Tekin: “Ülke Örnekleri ile Türkiye’de Yarı Zamanlı Çalışmanın Görünümü”, Sosyal Güvenlik Dergisi, 7(2), 2017, s.33-62.
- AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara, 2013.
- ALP, Elif/SÖNMEZ, Özge Alev: “İlo: Uluslararası Çalışma Örgütü’nin 177 Sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 23(5/6), 2011, s.16-27.
- AŞKIN, Elif Özlem/AŞKIN, Umur: “İşgücü Piyasasında Enformel Kadın İşgücü: Ev Eksenli Çalışan Kadınlara Yönelik Bir Araştırma”, Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, 8(1), 2019, s.977-1001.
- BOLAT, Tamer/SEYMEN, Oya Aytemiz/BOLAT, Oya İnci: “Örgütlerde Esnek Çalışma Uygulamaları ve Buna İlişkin Olarak 4857 Sayılı İş Kanununda Getirilen Düzenlemelerin İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 8(1), s.1-30.
- ÇELİK, Nuri/CANİKOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- DEMİR, Fevzi/GERŞİL, Gülşen: “Çalışma Hayatında Esneklik ve Türk Hukukunda Esnek Çalışma”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2(16) 2008, s.68-89.
- DOĞAN, Sait: “21. Yüzyılda Esnek Çalışma Biçimleri ve Toplumların İş Hayatına Uygulanması”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/100916>.
- EKONOMİ, Münir: İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984.
- ELBİR, Halid Kemal: İş Hukuku, İstanbul 1987.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- EYRENCİ, Ömer/BAKIRCI, Kadriye: “Dünya’da ve Türkiye’de Evde Çalışma ve Eve İş Verme”, İstanbul 2000.

- GÜLVER, Ender: “Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesi Hükümleri Üzerine”, İÜHFM, LXXII(2), 2014, s.103-122.
- KANDEMİR, Murat: “Evde Çalışma Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri”, İÜHFM, 2014, s.143-165.
- KARACA, Aybüke: “Türk Borçlar Kanununda Evde Hizmet Sözleşmesi”, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 5(2), 2012, s.371-402.
- KARADENİZ, Oğuz: “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/2.
- KARAKOYUN, Funda: “Home Ofis -Evden Çalışma- Yöntemi ve Vergi Hukukundaki Düzenlemeler”, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, 12(29), 2016, s.141-162.
- KAYA, Mehmet/BURTAN DOĞAN, Bahar: “Esnek Çalışma Modeli: Ev Eksenli Çalışma”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 15(58), 2016, s.1069-1099.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.
- KUYUCU, Mihalis: A Descriptive Study on University Students’ Perspectives and Opinions on Teleworking Method For Human Resource Policies of Businesses”, Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, 11(18), Haziran 2019, s.1091-1113.
- NAKTİYOK, Atılhan: “Yer ve Zaman Kavramından Bağımsız Çalışma: Bireysel Etkileri Üzerine Bir Uygulama”, DEÜİİBFD, 16(2), 2001, s.49-60.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, 2.B, Ankara 1994.
- ÖLÇER, Ferit: “Telework: 21. Yüzyılın Yeni Çalışma Biçimi”, Öneri Dergisi, 6(22), 2004, s.145-165.
- ÖZDEMİR, Burhan: “Ev Çalışması”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 4(2), Haziran 1999, s.127-150.
- SABUNCUOĞLU, Zeyyat: İnsan Kaynakları Yönetimi (Uygulamalı), 2.B., Alfa Aktuel Yayınları, Bursa, 2005.
- SARIHAN, Banu Bilge: “Evde Hizmet Sözleşmesi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, s.201-210.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 10.Baskı, İstanbul, 2014.
- ŞEN, Elif: Evde Hizmet Sözleşmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (10), 2017, s.475-505.
- TAŞOĞLU, Şale/LİMONCUOĞLU, S. Alp: 4857 Sayılı Kanun Kapsamında Esnek Çalışma, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, 2(2), 2010, s.77-85.
- TİLEV, Figen: Esnek Çalışma ve Kadın İstihdamı, Fırat Üniversitesi İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 2(2),2018, s.121-150.
- TOPÇUK, Yılmaz: Esnek Çalışma ve Esnek Çalışanların Sosyal Güvenliği, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, İzmir, 2006.
- TOPGÜL, Seda/AKPINAR, Fatih: “Türkiye’de Ev Eksenli Çalışan Kadınların Hukuki Durumları”, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2017, 7(2), s.157-180.
- TOZLU, Emine: “Genel Olarak Esnek Çalışma Sistemleri ve Tele Çalışma ve Sıkıştırılmış İş Haftasının Karşılaştırılması”, Süleyman Demirel Üniversitesi Süleyman Demirel University Vizyoner Dergisi, 3(4), 2011, s.99-116.
- ULUCAN, Devrim: Yargıtay’ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma İle İlgili Yaklaşımı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(Özel Sayı), 2007, s.177-188.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.
- YENER, Mehmet Zahid: “Covid-19 Salgınının İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, İbni Haldun Üniversitesi Yayınları, 29-30 Mayıs 2020, s.130-142.
- ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

KÜLLERİNDEN DOĞAN TARTIŞMA: REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNDEN (TBK m. 444 vd.) KAYNAKLI UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEMENİN TESPİTİNDE NE DEĞİŞTİ NE DEĞİŞMEDİ?

DISCUSSION ARISING FROM ASHES: WHAT HAS (NOT) CHANGED IN DETERMINATION OF COMPETENCE IN DISPUTES OF NON COMPETITION AGREEMENT (TCO Art. 444 et al.)?

Sinan SARIKAYA*  **Makale Bilgi**Gönderi: 07/05/2021
Kabul : 11/10/2021**Anahtar Kelimeler***Rekabet Yasağı,
Görevli Mahkeme,
Asliye Ticaret
Mahkemesi,
İş Mahkemesi.***Article Info**Received: 07/05/2021
Accepted: 11/10/2021**Keywords***Non-Competition,
Competent Court,
Commercial Court of
First Instance,
Labor Court.***Özet**<https://doi.org/10.21492/inuhfd.934197> 

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin rekabet yasağından kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde hangi mahkemenin görevli olduğu hususundaki tartışma İş Mahkemeleri Kanunu'nun 25.10.2017'de yürürlüğe girmesi ile yeniden alevlenmiştir. İşMahK m.5/I-a'da Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmelerine ilişkin Bölümü'ne yapılan atıf ile artık 2012 ve 2013'te verilen HGK kararlarının hükümden düştüğü yönünde görüşler ileri sürülmekte ve bu görüşler yargı kararlarına yansımaktadır. İstanbul BAM 13. ve 43. HD. iş mahkemesinin görevli olduğunu içtihat etmektedir. Bunları takip eden pek çok asliye ticaret mahkemesi de görevsizlik kararı vermektedir. İstanbul BAM 12. HD. ise asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde kesin olarak hüküm tesis etmektedir. Yargıtay 9. HD. de önceki görüşüne geri dönmüş ve iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde karar vermiştir. Bu makalede, işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklı olarak açılan davalarda görevli mahkemenin tespiti noktasında İşMahK m.5/I-a, tartışmada varılan sonuç değil ve fakat tartışmanın yeniden alevlenmesi noktasında milat kabul edilerek, doktrin ve yeni yargı kararları ışığında görüşümüz ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ancak gelinen noktada, on yıllardır tartışılmakta olan ve 2012-2013 yıllarında verilen Hukuk Genel Kurulu kararları ile nihayete erdiği düşünülen konu üzerinde gerek doktrin gerek yargı kararlarında halen fikir birliği sağlanamadığı açıktır. Yapılan bu tartışma ve aynı uyuşmazlık için fark mahkemelerin farklı yönde verdikleri kararlar yaşanan görev sorununun artık "kangren" haline geldiğini göstermektedir.

Abstract

The debate on which court has competence for the settlement of disputes arising from the prohibition of competition related to the period after the termination of the employment contract has been re-ignited with the enactment of the Labor Courts Law on 25.10.2017. As a result of the reference to the section of the Turkish Code of Obligations on labor contracts in LCL Art. 5/I-a, it has been suggested that the General Assembly of Civil Chambers decisions given in 2012 and 2013 are out of the judgment and these opinions have started to be reflected in the judicial decisions. The 13th and 43rd Civil Chamber of the Istanbul Regional Court of Justice have jurisprudence that the labor court has competence. Following these, many commercial courts of first instance started to give the decisions of non-competence. The 12th Civil Chamber of the Istanbul Regional Court of Justice makes a definite decision that the commercial court of first instance has jurisdiction. 9th Civil Chamber of the Court of Cassation reverted to its previous opinion and decided that the labor courts has competence. In this article, at the point of determining the competent court of the lawsuits filed due to the employee's non-competition agreement, the LCL Art. 5/I-a is not the conclusion reached in the debate, but at the point of re-flaring the debate, our opinion will be put forward in the light of doctrine and new judicial decisions. However, at the point reached, there is still no consensus on the subject, which has been discussed for decades but is thought to have ended with the decisions of the General Assembly of Civil Chambers in 2012 and 2013, in both doctrine and judicial decisions. This discussion and the decisions made by the difference courts in different directions for the same dispute show that the problem of competence has now become "gangrene".

EXTENDED SUMMARY

Which court is competent for the settlement of disputes arising from the prohibition of competition related to the period after the employment contract, more clearly, whether the said dispute falls under the jurisdiction of commercial courts of first instance or labor courts has been a matter of debate for decades.

In the decision of General Assembly of Civil Chambers (hereinafter GACC) File No. 2011/11-781, Decision No. 2012/109 and dated 29.07.2012, it has been assessed the breach of non-competition according to the distinction between continuation and post-employment contract. In the latter, it has been ruled as an absolute commercial case regardless of the nature of the case to be filed and the qualifications of the parties and finally it has been stated that such cases should be heard in the commercial court. This attitude has been confirmed in decisions of GACC File No. 2012/9-854, Decision No. 2013/292 and dated 27.2.2013; File No. 2013/13-412, Decision No. 2013/1708 and dated 25.12.2013.

The debate has reignited with the entry into force of the Labor Courts Law No. 7036 on 25.10.2017. LCL Art. 5/I-a, with the reference made to the part of service contracts of Code of Obligation, it has been started to assert that the decisions GACC given in 2012 and 2013 are out of the judgment and these views have started to be reflected in the judicial decisions.

The 13th and 43rd Civil Chamber of the Istanbul Regional Court of Justice made a final decision that the labor court; on the other hand, the 12th one decided the Commercial court of first instance shall be competent. As far as we can determine, the Court of Cassation has not decided on this issue yet.

When the court decisions are examined, we encounter three types of disputes.

(i) First of all, as a reflection of the obligation of loyalty during the continuation of the employment contract and TCO Art. 396/III, there is an employee's obligation not to compete against his employer. The competent courts of the breaches while the employment contract is in force, are the labor courts.

(ii) The second type of conflict in accordance with TCO Art. 444 et al., is arising from the breach of non-competition agreement for after the post period of the employment contract.

The non-competition agreement is independent of the employment agreement, considering the declarations of will required for its establishment and the validity conditions imposed by the law. Concluding the non-competition contract simultaneously with the employment contract or physically coinciding with it does not make it a part of the employment contract.

In our opinion, the legislator, who created LCC Art. 5/I-a, has made no regulation that eliminates the explicit reference made by TCC Art. 4/I-c. In this case, there will be no conflict of laws. It is not possible to speak of an implicit abolition. It is accepted in the doctrine that TCC Art. 4/I-c is abolished explicitly by LCC Art. 5/I-a as a next dated special law according to the principle of "lex specialis derogat legi general". However, there is no expression indicating an implied abolition in the minutes or the justification of the Assembly during the negotiations of the Law and the preparation work. Finally, for the process after employment contract, the obligation not to compete is not an obligation arising from the "law"; the contract must be established, the terms of which are specified in the Law.

For all these reasons, the court that should deal with the second type of dispute is, both de lege lata and de lege ferenda, commercial court of first instance.

(iii) In some disputes, the acts contrary to the prohibition of competition starts while the employment contract is in force and continue after it. In such cases, mostly it has been based on TCO Art. 444 et al. and provisions of unfair competition ruled in TCC Art. 54 et al. either. Since it has been legal interest in hearings of breaching non-competition agreements during and after the employment contract and unfair competition demands together and the labor courts have "more special authority" compared to the commercial courts of first instance, the court of appeals decides to hear a case in labor court without decision of separation.

Despite the actions resulting the breach of non-competition agreement and unfair competition are mostly overlapping, these legal concepts are different from each other. The decisive factor here is the request of the plaintiff. If the request of the plaintiff bases on unfair competition in accordance with TCC Art. 54, with no doubt, the competent court shall be commercial court of first instance. If the actions start while the employment contract in force and continue after the term of contract, the competent court shall be commercial court, either.

Without relying on the provisions of unfair competition, the breach of the non-compete obligation of the employee according to TCO Art.396 /III and the breach of non-competition agreement according to TCO Art. 444 et al., shall not be heard in the same court. The former, the competent court shall be labor court and the latter shall be heard in commercial court of first instance.

At this point, the issue of determination the competent court in the disputes arising from the non-competition agreement, which has been discussed for decades but thought to be finalized with the decisions of the GACC in 2012 and 2013, has been opened to discussion again. It is obvious that there is no consensus on the subject in both doctrine and judicial decisions. If we answer the question we asked in the title of our study, because of the entry into force of the LCC Art. 5/I-a, there has been no change in the determination of competent court. The dispute should be heard in the commercial court of first instance, the changed issue is the renewal of the debate that has become ash. This discussion and the decisions made by the difference courts in different directions for the same dispute show that the problem of competence has now become "gangrenous".

The first way to solve the problem is to request a decision to resolve the dispute from the relevant Department of the Court of Cassation to ensure a unification of case law, as there is a contradiction between the final decisions of the regional courts of appeal. However, it is doubtful that such a decision to be taken from the relevant office of the Court of Cassation will also end the debate in the full sense.

The second and more effective way, is a decision of joint chambers. As we emphasized in 2017, the need for this decision has become much more noticeable in the past four years. In our opinion, although LCC Art. 5/1-a does not make a change in the current legal situation, but many judges of first instance and regional court of appeal and academics who made the above-mentioned decision, think differently. The resulting legal uncertainty both puts pressure on the parties and their attorneys at the point in which the case will be filed, and the judiciary has to face an unnecessary workload with the decisions of non-jurisdiction. In the environment where the doctrine views and judicial decisions deal with all aspects of the issue, it is necessary to quickly unify the case law or to make a clear legal arrangement that will eliminate the debate.

I. GİRİŞ

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin rekabet yasağında kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde hangi mahkemenin görevli olduğu, daha açık bir ifadeyle anılan uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemelerinin mi yoksa iş mahkemelerinin mi görev alanına girdiği, on yıllardır tartışma konusu olmuştur.

Bu tartışmada ilk olarak Yargıtay HGK, 22.9.2008, E. 2008/9-517, K. 2008/566 sayılı karar¹ ile işçiye karşı, rekabet yasağı sözleşmesini ihlal ettiği gerekçesiyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiştir. Anılan görüş Yargıtay HGK, 21.09.2011, E. 2011/9-508, K. 2011/545 sayılı kararında² da kabul görmüştür.

Yargıtay HGK bir yıl sonra yukarıda andığımız iki karar ile taban tabana zıt bir görüş benimsemiş ve 29.02.2012, E. 2011/11-781, K. 2012/109 sayılı kararında³, rekabet yasağına aykırı iş ve eylemlerin iş sözleşmesinin devamı sırasında mı yoksa iş sözleşmesi sona erdikten sonra mı gerçekleştiği hususunda ayrıma gitmiş; ikinci halde açılacak davanın mutlak ticari davalardan olduğu, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir. HGK'nin 27.2.2013, E. 2012/9-854, K. 2013/292 ve 25.12.2013, E. 2013/13-412, K. 2013/1708 sayılı kararlarında⁴ bu tutum teyit edilmiştir.

Hukuk dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşan HGK'nin birkaç yıllık süre içerisinde aynı konuda tamamen farklı kararlar vermesinin hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkelerine verdiği zarar aşikardır. Ancak bu bir kenara bırakılacak olursa, tartışma asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönünde sona ermiş görünmekteydi. Nitekim, HGK'nin görüş değiştirmesini takiben, iş uyuşmazlıklarına bakan 9. HD. de rekabet yasağı ihlalinin doğan cezai şart taleplerinde iş mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin ısrarlı tutumunu⁵ değiştirmiş ve asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu görüşünü kabul etmişti⁶. Yakın zamanda kapatılan 22. HD. de aynı yönde kararlar vermekteydi⁷. Biz de 2017'de kaleme aldığımız makalede⁸ hem *de lege ferenda* hem de *de lege lata* asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde görüş ifade etmiştik.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 25.10.2017'de yürürlüğe girmesi ile tartışma yeniden alevlenmiştir. Bunun sebebi Kanun'un 5. maddesindeki “(1) İş mahkemeleri;a) ... 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına, ... ilişkin dava ve işlere bakar.” hükmüdür. Burada TBK'nın hizmet sözleşmelerine ilişkin Bölümü'ne yapılan atf ile

¹ <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

² <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

³ <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁴ <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁵ Yargıtay 9. HD., 16.12.2011, E. 2009/35630, K. 2011/48555, <https://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 01.05.2021). Diğer kararlar için bkz. SARIKAYA, Sinan: “İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu”, Legal Hukuk Dergisi, 15(171), 2017, s.1126, dn.14.

⁶ Yargıtay 9. HD., 30.04.2013, E. 2011/8669, K. 2013/12931, <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 01.05.2021). Örnek kararlar için bkz. SARIKAYA, Rekabet Yasağı, s.1127, dn.15-16.

⁷ Yargıtay 22. HD., 20.1.2020, E. 2016/27017, K. 2020/665; Yargıtay 22. HD., 13.12.2017, E. 2017/41731, K. 2017/28540, <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁸ SARIKAYA, Rekabet Yasağı, s.1121-1145.

artık 2012 ve 2013'te verilen HGK kararlarının hükümden düştüğü yönünde görüşler ileri sürülmeye başlanmış ve bu görüşler yargı kararlarına yansımaya başlamıştır.

Makalenin kaleme alındığı Mayıs 2021 itibariyle gelinen noktada, İstanbul BAM 13. ve 43. HD. iş mahkemesinin görevli olduğunu içtihat etmektedir. Bunları takip eden pek çok asliye ticaret mahkemesi görevsizlik kararı vermeye başlamıştır. Makale kaleme alındıktan sonra ve fakat yayımdan önce verdiği bir kararda⁹ ise Yargıtay 9. HD., önceki görüşüne geri dönmüş ve iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde karar vermiştir. İstanbul BAM 12. HD. ise asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu görüşündedir. BAM kararlarının çoğu kesin olarak verilmektedir.

Konunun dört yıl sonra yeniden ele alınması gerektiği yönündeki düşüncemiz, müstakar içtihatla beliren bu değişiklik ihtimaline dayanmaktadır. Bu makalede, işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklı olarak açılan davalarda görevli mahkemenin tespiti noktasında İşMahK m.5/I-a, tartışmada varılan sonuç değil ve fakat tartışmanın yeniden alevlenmesi noktasında milat kabul edilerek, doktrin ve yeni yargı kararları ışığında görüşümüz ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bir başka deyişle makalemizde, 2017'deki makalede değinilen hususların yeniden dile getirilmesinden olabildiğince kaçınılacak; -kural olarak- bu tarihten sonra verilen kararlar ile eserler incelenmeye çalışılacaktır.

II. İŞ MAHKEMELERİ KANUNU m.5/I-a SONRASI DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

A. İş Mahkemesinin Görevli Olduğu Yönündeki Görüşler

İşMahK'nın 25.10.2017'de yürürlüğe girmesi sonrası özellikle iş hukukçuları tarafından iş mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki görüşler yeniden dile getirilmeye başlanmıştır.

Kar, Yargıtay HGK'nin 22.09.2008 tarihli kararındaki değerlendirmelere paralel şekilde, iş sözleşmesine bağlı olarak akdedilen ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra sonuç doğuran rekabet yasağı sözleşmesinin iş sözleşmesinden bağımsız şekilde değerlendirilemeyeceğini; iş sözleşmesi devam ederken rekabet yasağından kaynaklanan hukuki uyumsuzluklarda iş mahkemesini, iş sözleşmesi sona erdikten sonra ise aynı yasaktan kaynaklanan hukuki uyumsuzluklarda ticaret mahkemesini görevli kabul etmenin bir çelişki olduğunu; rekabet yasağındaki cezai şart feshe bağlı olarak yapılmış ise feshin haklılığı veya haksızlığının İşK kapsamında iş mahkemeleri tarafından değerlendirilebileceğini; ivazlı rekabet yasağında, öngörülen süreye göre oranlama veya indirim yapılmasının iş yargılamasında kabul edildiğini; nihayetinde İşMahK m.5/I-a'nın TTK m.5/I anlamında “*aksine hüküm*” kabul edilebileceğini ifade etmektedir¹⁰.

Köme Akpulat, İşMahK'da, iş mahkemelerinin görevi bakımından rekabet yasağının ihlaline ilişkin doğrudan özel bir hüküm getirilmediğini; ancak yine de bu Kanun'la birlikte, konunun iş mahkemesinin görevine girdiğini söylemenin daha isabetli olacağını; nitekim İş MahK'nın, işçi ve işveren arasında “*iş ilişkisi nedeniyle*” sözleşmeden veya Kanundan doğan uyumsuzlukları iş mahkemesinin görevine bıraktığını; bir başka ifadeyle, Kanun'un görev yönünden, uyumsuzluğun sona erip ermediğine bakılmaksızın iş ilişkisine dayanmasını aradığını; rekabet yasağının da dayanağının iş veya hizmet ilişkisi olduğunu; TBK m.444'teki bu yasağa ilişkin hükümlerin, herhangi bir sözleşme ile bağlı iki kişi arasında değil, iş veya hizmet sözleşmesiyle çalışan işçi ile onu çalıştıran işveren arasında geçerli olmak üzere düzenlendiğini; işverenin tazminat veya cezai şart talep edebilmesinin tek başına kanundan değil, iş ilişkisinden doğduğunu; yasağı ihlal eden davranışın, sözleşmenin sona ermesinden sonra ortaya çıkmasının da getirilen yasağın doğası gereği olduğunu ve görevi belirlemede etkili olmaması gerektiğini; böylece, TTK'da ticari davaların “*aksine hüküm olmadıkça*” ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği kuralı karşısında İşMahK'nın görev yönünden getirdiği düzenlemenin, “*aksine bir hüküm*” olarak kabul edileceğini; TTK m.4/I-c'deki yollamaya rağmen tarafların tacir olmadığı durumda, yasağın her zaman bir tacirin ticaret hayatına ilişkin bir zararı konu edinmediğini; sözleşme devam ederken gerçekleşen davranışların, işverenle bir rekabet niteliği taşıyıp taşımadığını değerlendiren iş mahkemesinin, sözleşme sona erdikten sonra ortaya çıkan bir davranış için de bu değerlendirmeyi yapabileceğini; yine TBK m.444/II'de, yasağın geçerli olabilmesi için açıkça hizmet ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânını sağlaması gerektiğinin düzenlendiğini; hizmet sözleşmesinin içeriğinin ve işçinin gördüğü işin kapsamının

⁹ Yargıtay 9. HD., 01.06.2021, E. 2021/3076, K. 2021/9789, <https://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 10.11.2021).

¹⁰ KAR, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, 3. Bası, Yetkin Kitabevi, Ankara 2021, s.282-283. Aynı yönde bkz. KOÇYİĞİT, İlker/YEŞİLKAYA, İzzet: Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.171.

değerlendirilmesinin de bu konuda uzmanlaşmış olan iş mahkemesince yapılmasını beklemenin yanlış olmayacağını; öte yandan, rekabet yasağının ihlali hâlinde kararlaştırılan cezai şartın veya uğranılan zararın işçiden talep edilebilmesi için sözleşmenin haklı nedenle feshedilip edilmediğinin de önem arz ettiğini (TBK m.447), bu değerlendirmeyi yapmanın da iş mahkemesinin uzmanlık alanında olduğunu; ayrıca rekabet yasağının ihlalinde ticaret mahkemesinin görevli kabul edilmesi karşısında, işverenin iş sözleşmesinin sona ermesiyle işçiden talep edeceği eğitim gideri, cezai şart, ihbar tazminatı, haksız fesih tazminatı gibi tazminat ve alacakların farklı mahkemelerde görülmesi sonucunun ortaya çıkabileceğini kaydetmektedir¹¹.

Özkaraca/Ünal Adınır ortak makalelerinde¹² TTK m.5/I'deki asliye ticaret mahkemesinin tüm ticari davalara “*aksine hüküm bulunmadıkça*” bakmakla görevli olduğunun belirtildiğini; İşMahK m.5/I-a'nın işçiler ile işverenler veya işveren vekilleri arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan her türlü hukuk uyuşmazlığında iş mahkemesini görevli kıldığını; TBK m.444 ilâ 447'den doğan hukuk uyuşmazlıklarının da buna tipik bir örnek olduğunu; rekabet yasağı sözleşmesi ile rekabet etmeme borcunun iş sözleşmesi sona erdikten sonra ortaya çıkmasının hukuki uyuşmazlığın işçi ile işveren arasında iş ilişkisinden kaynaklandığı gerçeğini ortadan kaldırmayacağını; ayrıca İşMahK'nın sonraki kanun olduğunu; rekabet yasağı ihlalinin kaynaklanan işveren alacağı ve tazminat yahut işçinin karşı edim alacağı talebiyle açılan davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğunun açık hale gelmesi ile Yargıtay'ın içtihat değiştireceği beklentisinde olduklarını ifade etmişlerdir.

Baycık, rekabet yasağı sözleşmesinin iş sözleşmesinin bir parçası niteliği taşıdığı, düzenleme konusunun işçinin iş sözleşmesinden doğan edim yükümlülüğü olan sadakat borcunun sözleşmenin sona ermesinden sonra da rekabet etmeme boyutuyla devam ettiği; rekabet etmeme borcunun temelinde iş sözleşmesi, dolayısıyla iş ilişkisi ve bundan doğan sadakat borcu bulunduğu; dava açıldığı sırada işçi sıfatının bulunmamasının bir etki yaratmayacağı; nitekim İşMahK'nın dava açıldığı yahut işlem veya fiilin gerçekleştiği tarihi değil, uyuşmazlığın kaynağını esas aldığı; aksi şekilde düşünülecek olursa TBK m.420'de düzenlenen ve iş sözleşmesi sona erdikten sonra imzalanan ibranamelere ilişkin uyuşmazlıkların da iş mahkemesinde görülmemesi gerekeceğinden hareketle Yargıtay içtihadının değişmesi gerektiğini kaydetmektedir¹³.

*Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven*¹⁴ de 5521 sayılı mülga İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde, o dönem yürürlükte olan 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'na açık bir atıf yapılmadığı; TTK m.4/I ile m.5 dikkate alındığında rekabet yasağına ilişkin davalarda Yargıtay ve öğretinin bir kısmının ticaret mahkemelerinin görevli bulunduğu görüşünde olduğu; İşMahK m.5/I-a'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte konuyu farklı şekilde değerlendirme imkânı doğduğu; artık anılan düzenlemenin TTK m.5 uyarınca “*aksine hüküm*” kabul edilebileceği; bunun için rekabet yasağı sözleşmesinin iş sözleşmesi içerisinde düzenlenmesi ile ayrı bir sözleşme olarak düzenlenmesinin de bir önemi bulunmadığı, çünkü her iki halde de rekabet yasağı sözleşmesinin TBK m.444-447'de sayılan koşullara uygun yapılmasının zorunlu olduğundan hareketle artık rekabet yasağına aykırılıktan doğan davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğunun açık hale geldiği yönünde görüş bildirmekte ancak bu noktada 11. HD.'nin görüşünün de önem taşıdığını kaydetmektedir.

B. Asliye Ticaret Mahkemesinin Görevli Olduğu Yönündeki Görüşler

İşMahK m.5/I-a hükmünü HGK'nin 2012 ve 2013 tarihli kararlarında varılan sonucu değiştirmeyecek şekilde yorumlayan görüşler de mevcuttur.

Zengin, kanun koyucunun 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m.348 ve TBK m.444 vd.'nda düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davaların 6762 sayılı mülga TTK döneminde başlayan ve TTK ile devam eden mutlak ticari dava olarak düzenlenmesi yönündeki tercihinin, İşMahK m.5'in “*iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden*” doğan hukuk uyuşmazlıklarının iş mahkemesinin görev alanına girdiği yönündeki lafzı karşısında değişmiş kabul edilip edilemeyeceğinin tartışılmaya değer olduğunu; rekabet yasağı sözleşmesinin taraflar arasında

¹¹ KÖME AKPULAT, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, Lexpera (Erişim Tarihi: 01.05.2021), s.138-140.

¹² ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL ADINIR, Canan: “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (42), 2018, s.21.

¹³ BAYCIK, Gaye: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Seminer, Ankara, 01-02 Aralık 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.193-194.

¹⁴ EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.202-203.

herhangi bir surette iş ilişkisi kurmaması dolayısıyla bundan doğan uyuşmazlığın iş ilişkisi nedeniyle doğmuş kabul edilemeyeceğini; taraflar artık işçi ve işveren sıfatını taşımadığından İşMahK m.5'in uygulanamayacağını; aksi kabul halinde dahi, İşMahK'nın genel gerekçesi ve 5. maddenin gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenleme ile kanun koyucunun TTK m.4/I-c ve dolayısıyla TTK m.5 düzenlemesinin uygulanmasını bertaraf etmek gibi bir arzu ve iradesinin bulunmadığını, aksine TTK'nın anılan hükümlerinin 6762 sayılı mülga TTK'dan bu yana hiç değişmeden gelmesinin kanun koyucunun bu uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi yönündeki iradesinin ne derece güçlü olduğunu gösterdiğini, sonuçta İşMahK ile TTK arasında bu hususta bir çatışma olduğu düşünülse de burada üstünlüğün TTK'ya tanınması gerektiğini ifade etmiştir¹⁵. Sorkun da benzer gerekçelerle hem *de lege lata* hem de *de lege ferenda* aynı kanaatte olduğunu belirtmektedir¹⁶.

Doğan, TBK m.447/II'de yer alan düzenlemeye dikkat çekerek, asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu kabul edilirse, iş sözleşmesinin kim tarafından ne şekilde feshedildiğine ilişkin tespitin önce iş mahkemesinde incelenmesi ve rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin davada bu ilkinin bekletici mesele yapılmasının gündeme geleceğini; anılan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava olarak kabulünün iş hukukunun kendine özgü yapısına uygun düşmediğini, olması gereken hukuk bakımından iş mahkemelerinin görevli olması gerektiğini savunmakta; ancak *Zengin*'e atıfla, her ne kadar rekabet yasağı sözleşmesinin kaynağı iş ilişkisi olsa da İşMahK'da konuya ilişkin bir değişiklik yapılmadığından, kanun koyucunun rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları mutlak ticari dava kabul etme iradesinin sürdüğü sonucuna varılabileceğini eklemektedir¹⁷.

Soyer ise¹⁸, kanun koyucunun rekabeti hukuki ilişkinin sona ermesinden sonraki dönem için ancak istisna niteliğindeki hükümlerle yasakladığını; işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverene karşı rekabetten kaçınma yükümlüğünün ancak bir rekabet yasağı sözleşmesi ile vücut bulacağını; bu sözleşmenin kurulmasına esas teşkil eden iş sözleşmesi ile yakın bir ilişki içinde olduğunu, ancak işçinin sadakat borcunun bir gereği yahut iş sözleşmesinin bir parçası olarak görülemeyeceğini; rekabet yasağının iş sözleşmesi içinde yer almasının onun iş sözleşmesinden bağımsız “müstakil sözleşme” niteliğini etkilemeyeceğini; TTK m.4/I ve m.5/I'in bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda açıkça ticaret mahkemelerini görevli kıldığını; buna karşılık İşMahK'da ise bu konuda herhangi bir kural yer almadığını; İşMahK m.5/I-a'da TBK'nın hizmet sözleşmelerini düzenleyen Bölümü'ne yapılan atfın İşK kapsamı dışında kalan fakat hizmet sözleşmesine dayanarak çalışan işçilerle işveren veya işveren vekilleri arasındaki uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesine ilişkin işlevi haiz olduğunu; bu atıftan rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların da iş mahkemelerinde görüleceğine ilişkin bir sonuç çıkmayacağını; rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların “iş ilişkisi nedeniyle” ortaya çıktığını söylemenin mümkün olmadığını; İşMahK'nın gerekçesinde de bu yönde bir ifadeye rastlanmadığını; nihayet İşMahK m.5/I-a'nın TTK m.5/I anlamında “*aksine hüküm*” olarak nitelendirilemeyeceğini; İşMahK'nın bu alanda yeni bir düzenleme yapma fırsatını kaçırdığını; olması gereken hukuka, pozitif düzenlemeleri zorlayarak, aşarak veya onları ihmal ederek ulaşmaya çalışmanın doğru olmadığını; tartışma konusu uyuşmazlıklarda *de lege ferenda* iş mahkemelerinin görevli olması gerekse de *de lege lata* asliye ticaret mahkemelerinin görevli kalmaya devam edeceğini savunmaktadır.

Pekdincer/Toprakkaya da¹⁹ İşMahK m.5/I-a'nın iş mahkemelerinin görev alanına ilişkin genel norm öngördüğü, rekabet yasağına ilişkin özel bir düzenleme içermediği; buna karşılık TTK m.4/I-c'nin rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklara yönelik açık hüküm getirdiği; genel kanunun özel kanunu yürürlükten kaldırması için gerekli şartların burada bulunmadığı ve İşMahK lafzı ve

¹⁵ ZENGİN, İbrahim Çağrı: “Pazarlamacının -ve İşçinin- Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXV(2), 2017, s.808-809.

¹⁶ SORKUN, Ahmet Furkan: Tacir Yardımcıları ile Akdedilen Rekabet Yasağı Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.261 vd.

¹⁷ DOĞAN, Sevil: İşçinin Rekabet Yasağı, İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.177-178, 184.

¹⁸ SOYER, Polat: “‘Yeni’ İş Mahkemeleri Kanunu Karşısında Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 15(60), 2018, s.1268 vd.

¹⁹ PEKDİNÇER, Tamer/TOPRAKKAYA, İrem: “Rekabet Yasağından Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin 7036 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesi Sonrasında Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, 19(225), 2021, s.3995 vd.

Gerekçesi'nde bu yönde hiçbir açıklama bulunmadığı; TTK m.5/I'deki aksine hüküm bulunmadıkça ibaresinin Sınai Mülkiyet Kanunu m.156 veya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.76'daki gibi açık düzenlemeleri işaret ettiği, İşMahK m.5/I-a'da bu açıklığın bulunmadığı gibi gerekçelerle görevli mahkeme tartışmasında asliye ticaret mahkemelerinden yana tavır almaktadır.

Son dönemde özellikle ticaret hukukçuları tarafından yazılan eserlerde ise, İşMahK m.5/I-a'nın yürürlüğe girmesinin yarattığı tartışmalara temas edilmeksizin, sözleşme sonrası rekabet yasağının kaynaklanan uyuşmazlıkların TTK m.4/I-c uyarınca mutlak ticari dava olduğu ifade edilmektedir²⁰.

III. İŞ MAHKEMELERİ KANUNU m.5/I-a SONRASI YARGI KARARLARI

A. İş Mahkemesinin Görevli Olduğu Yöündeki Kararlar

2012 ve 2013 yıllarında verilen HGK kararları ile, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için etki doğuran rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu düşüncesi istikrar kazanmıştır. Ancak İşMahK m.5/I-a'nın yürürlüğe girmesi sonrası yeniden iş mahkemelerinin görevli olduğu düşüncesi hâkim olmaya başlamıştır.

İstinaf mahkemelerinin konuya olan bakış açılarını anlayabilmek adına İstanbul BAM 43. HD., 05.11.2020, E. 2020/1887, K. 2020/254 sayılı karar²¹ önem arz etmektedir. Karara konu olan olayda davalının rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranması sebebiyle cezai şartın davalıdan tahsili talep edilmiş, davaya bakan İstanbul 13. ATM, 18.02.2020, E. 2019/392, K. 2020/106 sayılı kararında mahkemenin görevsizliği sebebiyle davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine ve talep halinde dosyanın görevli İstanbul İş Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesi üzerine İstanbul BAM 43. HD. aşağıdaki değerlendirmeler ile istinaf başvurusunu HMK m.353/I-b,1 gereği esastan, HMK m.353/I-a gereği kesin olarak ve oybirliğiyle reddetmiştir:

“Davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5/I-a maddesine göre işçinin rekabet yasağının da yer aldığı TBK'nın Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine ilişkin işçi ve işveren arasındaki ilişkiden kaynaklanan davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. 7036 sayılı yasanın 5. Maddesinin gerekçesinde yapılan değişiklikle, iş mahkemelerinin görev alanının genişletildiği ve böylece iş mahkemelerinin işçi ve işveren arasındaki tüm ihtilafları çözmekle görevlendirilerek tam bir ihtisas mahkemesi olarak kabul edildiği, bu yaklaşımla işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda istikrarlı kararların verilmesinin sağlanacağı ve uzmanlık sebebiyle kısa sürede daha güvenilir sonuçlar elde edileceği ve yargı yoluna başvuranların haklarının daha iyi korunacağı belirtilmiştir. Taraflar arasındaki rekabet yasağı sözleşmesi her ne kadar iş sözleşmesinden sonraki döneme ilişkin ise de TBK'nın 444/2. Maddesinde açıkça rekabet yasağı kaydının, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olduğu düzenlenmiştir. Buna göre rekabet yasağının konusu işçinin iş ilişkisi içinde öğrendiği işverene ilişkin bilgiler oluşturmaktadır. TBK'nın 446. maddesinde de, rekabet yasağına aykırı davranan işçinin, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlü olduğu ve işçinin kararlaştırılmışsa cezai şarttan da sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Yürürlük tarihi Türk Ticaret Kanunundan daha sonra olan ve dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan özel nitelikteki 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesinden sonra açılan davalar ayırımı yapılmamıştır. Buna göre olup iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde asliye ticaret mahkemesi görevli olmayıp, iş mahkemesi görevlidir.”

Aynı dairenin 05.11.2020, E. 2020/1857, K. 2020/247²² kararında da

“7036 sayılı yasa, 6102 sayılı TTK' dan sonra yürürlüğe girmiş ve TTK'nun 4/I-c

²⁰ AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.71, dn.114; BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, BTHAE, Ankara 2020, s.172; ŞENER, Oruç Hami: Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.98; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.130. Ayrıca bkz. ÇELİK, Nuri/CANIKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s.309, dn.597.

²¹ <http://emsal.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 01.05.2021).

²² <http://emsal.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 01.05.2021).

maddesindeki düzenlemeyi değiştirmiştir. Özel nitelikte olan ve daha sonra yürürlüğe giren 7036 sayılı yasada, iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesinden sonra açılan davalar ayırımı yapılmamış, aksine iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görüleceği belirtilmiştir. Bu hali ile, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5/1-a maddesine göre davaya bakma görevi İş Mahkemelerine ait olup, mahkemece verilen karar usul ve yasaya uygundur.”

şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

İstanbul BAM 43. HD.’nin İşMahK m.5/I-a sonrası²³ iş mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki görüşünü yansıttığı çok sayıda kararı bulunmaktadır.²⁴ Ayrıca pek çok asliye ticaret mahkemesi anılan kararlara atıf yaparak görevsizlik kararı vermeye başlamıştır²⁵.

Yine İşMahK m.5/I-a sonrası²⁶ İstanbul BAM 13. HD. 25.03.2021, E. 2021/282, K. 2021/416 sayılı kararında iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde değerlendirmelerde bulunulmuştur:

“Somut olayda davalı işçinin iş akdinin sona erdiği ve istinafa konu davanın açıldığı tarihte 7036 sayılı yasa yürürlükte dir. Davanın yasal dayanağı olan 6098 sayılı TBK’nın 444-447.maddeleri kapsamında olan uyuşmazlık, işveren ile işçi arasında hem iş sözleşmesinden hemde kanundan doğduğundan, 7036 ...nun 5/1-a maddesindeki iş mahkemelerinin görev tanımı içerisinde - kanunun gerek lafzı gerekse kanunun gerekçesinde belirtilen kanun koyucunun amacı birlikte değerlendirildiğinde - açıkça yer almaktadır. Ticaret Mahkemelerinin görevini düzenleyen 6102 ...nun 5. Maddesinde, "Aksine hüküm bulunmadıkça" ibaresine yer verilmiştir. 7036 ...nun 5. Maddesindeki hüküm; yeni ve TTK.nun 4/1-c maddesindeki eski hükmün aksini düzenleyen bir hükmüdür. 7036 sayılı kanun, yeni ve özel kanun olarak 6102 sayılı TTK' dan sonra yürürlüğe girmiş ve TTK'nın 4/1-c maddesindeki düzenlemenin uygulanma imkanını ortadan kaldırmıştır. Dolayısıyla, davacı vekilinin istinafına dayanak teşkil ettirdiği iş akdi kapsamında işçinin rekabet yasağına aykırılık iddiasına dayalı davalarda, Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki önceki tarihli Yargıtay kararlarının da 7036 sayılı kanundaki belirtilen düzenlemeye göre (rekabet yasağına aykırılığın iş akdinin devamı veya feshinden sonra olup olmadığına bakılmaksızın) somut olaya uygulanma imkanı bulunmadığından, davacı vekilinin istinaf talebi yerinde görülmemiştir.”

İşçinin rekabet yasağına aykırı eylemlerinin iş sözleşmesinin devamı sırasında başlayıp sona ermesinden sonra devam ettiği bir uyuşmazlıkta ise İstanbul BAM 13. HD., 26.11.2020, E. 2020/1610, K. 2020/1370 sayılı kararında aşağıdaki ifadelerle yine iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde hüküm tesis etmiştir:

“Dava haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, maddi zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece, davaya bakmaya iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilerek, davanın görevsizlik

²³ Aşağıda iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde pek çok kararını alıntıladığımız İstanbul BAM 43. HD.’nin 08.04.2021, E. 2020/280, K. 2021/466 sayılı kararına konu olayda davalı davacı şirkette satış temsilcisi olarak çalışmış ve kendi isteği ile 06.10.2016 tarihinde işten ayrıldıktan sonra aynı konuda faaliyette bulunan rakip firmada çalışmaya başlamıştır. Bunun öğrenen davacı 10.10.2016 tarihli ihtarname ile rekabet yasağına aykırı davranışı nedeniyle davalıdan sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep etmiş, ödeme yapılmaması üzerine dava açmıştır. İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin davanın ispat edilemediği gerekçesiyle verdiği 08.11.2018, E. 2016/1266, K. 2018/1079 sayılı ret kararına karşı yapılan istinaf başvurusu esastan reddedilmiştir. Daire’nin uyuşmazlığı “Dava, iş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağının ihlal edildiği iddiasına dayalı olarak açılan cezai şart alacağına tahsili istemi” şeklinde nitelendirmesine ve TBK m.444 vd. hükümlerine atf yapmasına karşılık, diğer kararlarının aksine asliye ticaret mahkemesinin verdiği karar için görev incelemesini yapmamıştır. Bunun sebebi, kararda açıkça ifade edilmese de karara konu olayda iş sözleşmesinin İşMahK m.5/I-a’nın yürürlük tarihi olan 25.10.2017’den önce, 06.10.2016’da sona ermesi yine davanın 2016 yılında açılmasıdır. Bu durum İşMahK Geçici m.1/III’teki “Başka mahkemelerin görev alanına girerken bu Kanunla iş mahkemelerinin görev alanına dâhil edilen dava ve işler, iş mahkemelerine devredilmez; kesinleşinceye kadar ilgili mahkemeler tarafından görülmeye devam olunur.” Hükümünün uygulaması olarak görülebilir.

²⁴ İstanbul BAM 43. HD., 03.12.2020, E. 2020/1715, K. 2020/387; 26.11.2020, E. 2020/1375, K. 2020/367 <http://emsal.uyap.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.05.2021).

²⁵ İstanbul Anadolu 9. ATM, 25.03.2021, E. 2021/20, K. 2021/262; Bakırköy 2. ATM, 16.02.2021, E. 2020/764, K. 2021/170; İstanbul 7. ATM, 29.12.2020, E. 2020/727, K. 2020/883; İstanbul Anadolu 2. ATM, 05.04.2021, E. 2020/695, K. 2021/471; İstanbul 8. ATM, 01.03.2021, E. 2021/59, K. 2021/136; İstanbul Anadolu 6. ATM, 16.02.2021, E. 2020/427, K. 2021/167; <http://emsal.uyap.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.05.2021).

²⁶ İstanbul BAM 13.HD.’nin 25.03.2021, E. 2019/1064, K. 2021/446 sayılı kararına konu rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklı cezai şart istemli davada da rekabet yasağının geçerli olup olmadığı değerlendirilmiş ve nihayetinde İşMahK m.5/I-a’nın yürürlük tarihi olan 25.10.2017’den önce açılan dava için göreve ilişkin tartışma yapılmaksızın İstanbul Anadolu 5. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 20.11.2018, E. 2015/406, K. 2018/1131 sayılı ilamına karşı yapılan istinaf incelemesi esastan reddedilmiştir.

nedeniyle usulden reddine karar verilmiş, karara karşı davacı tarafça istinaf başvurusunda bulunulmuştur. Davacı tarafça dava dilekçesinde; davalılardan ...'in davacı şirkette çalışması devam ederken, davalı şirket adına ...@gmail.com adlı şahsi hesabından, müvekkili şirketin uzun süredir müşterisi olduğu dava dışı ... Şirketinin 18/03/2015 tarihinde yapılacak olan toplantısını organize ettiği, buna ilişkin mailler gönderdiği, davalı ...'ın davacı şirketteki çalışması devam ederken 17/03/2015 tarihinde ... isimli şirketin web sitesini kendi adına oluşturduğu ve davacı şirket ile aynı sektörde faaliyet gösteren davalı şirketi fülen kurduğu, bu haliyle davalı ...'ın gerek iş akdinin devamı sırasında, gerekse sonrasında davacı şirketin ticari ilişkide bulunduğu şirketlerle ticari ilişkiye girmek suretiyle haksız rekabet hükümlerini ihlal ettiği belirtilerek, davalılar aleyhine dava yönelildiği anlaşılmaktadır. Davanın yasal dayanağı 6098 sayılı TBK' nın 444-447. maddeleri arasında yer almaktadır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5/1-a maddesine göre: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyumsuzluklarına iş mahkemelerinde bakılır. Davacı tarafça, haksız rekabet teşkil ettiği belirtilen eylemlerin, davalı ...'ın iş akdinin devamı sırasında başladığı, iş akti sona erdikten sonra da devam ettiği ileri sürülmektedir. Bu hali ile, iş akti sona erdikten sonraki döneme ilişkin eylemler, aktin devamı sırasında başlayan eylemlerin devamı niteliğinde olup, iş aktinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yasağına aykırılık halinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. Dolayısıyla mahkemece verilen karar usul ve yasaya uygun olup, davacı vekilinin istinaf sebepleri yerinde değildir."

Nihayet 01.06.2021, E. 2021/3076, K. 2021/9789 sayılı kararında²⁷ Yargıtay 9. HD. bir kez daha görüş değiştirmiştir. Önemine binaen Daire'nin içtihat değişikliğini temellendirdiği kararın ilgili kısmını aynen alıntılıyoruz:

"Şu halde, İş Mahkemeleri Kanunu ile işçi ve işveren arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan uyumsuzlukları çözme görevinin iş mahkemesine verilmiş olması, Türk Ticaret Kanunu'nun 5.maddesinde yer alan "aksine hüküm bulunmadıkça" ibaresinin karşılığıdır. Başka bir anlatımla, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesi, Türk Ticaret Kanununun 4.maddesinde belirtilen ticari davalara bakma görevinin ticaret mahkemelerine ait olduğunu belirten 5.maddedeki 'aksine hükmü' öngören bir düzenlemedir.

Benzer bir durum, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesinde 03.03.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunun 30. maddesi ile yapılan değişikliğin sonucu olarak kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri için söz konusudur. Türk Ticaret Kanunu'nun 4.maddesinde fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan davalar da ticari dava sayılmasına rağmen 5846 sayılı Kanun uyarınca kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu'nun 5.maddesinde belirtilen aksine hükmü karşıladığı kabul edilmektedir. Aksi halde tüm fikri haklara ilişkin uyumsuzluklarda ticaret mahkemelerinin görevli olması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Rekabet yasağına ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444-447.maddeleri hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler içinde düzenlenmiştir. Her iki kanunda da rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin kurulması ve sınırları özellikle işçinin korunması ilkesi dikkate alınarak düzenlenmiştir. Gerçekten, işçinin çalışma hakkı, rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin yer, süre ve konu itibarıyla sınırlandırılmasını gerektirmektedir.

İşçi ile işveren arasında sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönem için rekabet yasağına ilişkin bir anlaşma olmadıkça, Borçlar Kanunu'ndaki hükümler tek başına işverene talep hakkı vermez. Başka bir anlatımla, taraflarca rekabet yasağı konusunda anlaşma yapılmışsa işveren, sözleşmeye aykırı davranıldığını ileri sürerek cezai şart ya da tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu nedenle, burada borcun kaynağı kanun değil, iş sözleşmesidir.

İş sözleşmesi devam ederken işçinin sadakat borcu gereği zaten rekabet yasağı bulunduğundan bu konuda ayrı bir anlaşmanın varlığına gerek yoktur. Rekabet yasağının ihlali halinde işveren, iş sözleşmesine aykırı davranıştan ötürü sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği gibi, varsa zararının tazminini de isteyebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağının sona ermesini düzenleyen 447.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak ya da işçi tarafından haklı nedenle feshedilmiş olması halinde rekabet yasağının sona ereceği düzenlenmiş olup, haklı fesih müessesesinin iş

²⁷ <https://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 10.11.2021).

hukuku ilkeleri çerçevesinde ticaret mahkemesince değerlendirilmesinin güçlüğü ortadadır.

Uyuşmazlığın kaynağı iş sözleşmesi olduğundan Türk Borçlar Kanununun 444 ve devamı maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan cezai şartın tahsiline ilişkin davalarda iş mahkemeleri görevlidir. Dairemizin önceki kararlarında işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonrası dönem bakımından rekabet yasağına ilişkin olarak cezai şart ve tazminat davaları bakımından ticari dava olduğu belirtilmiş ise de; konunun yeniden değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmakla, yukarıda belirtilen açıklamalar uyarınca görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu belirlendiğinden bu karardan dönülmesi gerektiği anlaşılmıştır.”

B. Asliye Ticaret Mahkemesinin Görevli Olduğu Yönündeki Kararlar

HSK'nın 02.09.2020 tarihli İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi iş bölümü kararı gereğince haksız rekabet iddiasına dayalı ilamların istinaf incelemelerine bakmakla görevli olan 12. HD.'nin kararlarında ise asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu düşüncesinin benimsendiği görülmektedir.

Davalının davacı şirket ile akdettiği iş sözleşmesindeki rekabet yasağı hükmünü ihlal ettiği gerekçesiyle açılan cezai şart istemli davada Bakırköy 2. ATM, 07.01.2021, E. 2020/672, K. 2021/16 sayılı ilamı ile görevsizlik kararı vermiştir. Kararın istinaf edilmesi üzerine İstanbul BAM 12. HD., 02.04.2021, E. 2021/462, K. 2021/504 sayılı kararında aşağıdaki değerlendirmelerle HMK m.353/I-a,3 gereği ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına HMK m.353/I-a gereği kesin olarak oybirliği ile karar vermiştir²⁸:

“Dava, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin rekabet yasağını ihlal ettiği iddiasına dayalı olarak öngörülen ceza koşulunun tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, görevsizlik kararı 12.10.2017 tarihli, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. Maddesindeki iş mahkemelerinin görev alanına ilişkin düzenlemeye dayandırılmıştır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde, "(1) İş mahkemeleri;.... 6098 sayılı TBK'nun ikinci kısmının altıncı bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına,.. ilişkin dava ve işlere bakar." denilmiştir. Anılan düzenleme ile mülga 5521 sayılı kanun'un 1. maddesinden farklı olarak, iş kanunu kapsamında kalmayan ve sadece TBK'nun hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi çalışanlara ait uyuşmazlıklar da iş mahkemelerinin görev alanına alınmıştır. Gerek 5521, gerekse 7036 sayılı kanunun iş mahkemelerinin görev alanını düzenleyen hükümlerde sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına bakma görevini iş mahkemelerine vermiştir. Aralarındaki fark, İş Kanunu kapsamında kalmayıp sadece TBK'nun hizmet sözleşmesine tabii olanlara ilişkin sözleşmelerden kaynaklı hukuk uyuşmazlıklarının da iş mahkemesinin görev alanına alınmasından ibarettir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde yapılan düzenlemenin, TTK'nın 4/1.c maddesini ortadan kaldırdığından söz edilemez. Ticari davaları düzenleyen TTK'nın 4/1-c maddesi gereğince, işçinin rekabet yasağına ilişkin TBK'nun 444 ilâ 447. maddelerinde düzenlenen uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olup, bu tür dava ve uyuşmazlıklara ticaret mahkemelerince bakılması gerekir. Mutlak ticari dava niteliğinde olan uyuşmazlığa ticaret mahkemesince bakılması gerekirken, göreve ilişkin dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi yerinde olmamıştır. Açıklanan bu gerekçelerle, görevsizlik kararı yerinde görülmediğinden kararın kaldırılması, davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmiştir.”

İstanbul BAM 12. HD., 06.10.2020, E. 2020/1109, K. 2020/936 sayılı kararına²⁹ konu olayda ise, davacı işçinin işten ayrıldıktan sonra 1 yıl süre ile kararlaştırılan ivazlı rekabet yasağına uyduğundan davalı şirketten 6 aylık brüt maaşını talep ettiği uyuşmazlıkta, İstanbul Anadolu 3. ATM'nin 17.12.2019, E. 2017/520, K. 2019/1366 sayılı ilamında davacı lehine kurduğu hükme karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Böylece Daire, sadece işverenlerin eski işçilerine karşı rekabet yasağı sözleşmesine dayanarak açtıkları cezai şart istemli davalar için değil, eski işçinin işverenden rekabet yasağı sözleşmesi ile kararlaştırılan ivazı talep ettiği uyuşmazlıklar için de asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmiş olmaktadır.

Yargıtay 11. HD.'nin ise tartışmayı açıkça ele alan bir kararına tesadüf edilmemiştir. Ancak İşMahK m.5/I-a'nın yürürlüğe girmesinden sonra, 2018'de asliye ticaret mahkemesinde açılan ve

²⁸ Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 12. HD., 02.04.2021, E. 2020/390, K. 2021/513 <http://emsal.uyap.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.05.2021).

²⁹ <http://emsal.uyap.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.05.2021).

iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemde rekabet yasağının ihlalinden doğan cezai şart alacağının tahsiline hükmedilen davada Daire, 05.04.2021, E. 2021/2693, K. 2021/3289 tarihli kararında³⁰ görev tartışmasına girmeksizin temyiz istemlerini reddetmiştir.

IV. DEĞERLENDİRME

25.10.2017’de yürürlüğe giren (m.38/I-b) İşMahK m.5/I-a, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkeme tartışmasını yeniden alevlendirmiştir. Bu makalenin kaleme alındığı Mayıs 2021 itibariyle gelinen noktada, tespit edebildiğimiz kadarıyla, İstanbul’daki pek çok asliye ticaret mahkemesi ile İstanbul BAM 13. ve 43. HD., anılan uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde kararlar vermektedir. Yargıtay 9. HD. de tekrar içtihat değiştirerek iş mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmiştir. İstanbul BAM 12. HD. ise asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu görüşündedir.

Mahkeme kararları incelendiğinde, tespit edebildiğimiz kadarıyla karşımıza üç tip uyuşmazlık çıkmaktadır. Her bir uyuşmazlık tipi kendi şartları içerisinde değerlendirilmeli ve yoruma tabi tutulmalıdır.

(i) İlk olarak iş sözleşmesinin devamı sırasında, işçinin, tabi olduğu sadakat yükümü ve TBK m.396/III’ün ihdas ettiği kuralın gereği olarak işvereni ile rekabet etmeme borcunu ihlal eden davranışlar söz konusu olabilmektedir. *Kanaatimizce*, salt iş sözleşmesi yürürlükte iken gerçekleşen rekabet etmeme borcunun ihlaline dayanan, haksız rekabete ilişkin iddia ve talep içermeyen davalarda³¹ uyuşmazlık “iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğ[du]” (İşMahK m.5/I-a) cihetle görevli mahkeme iş mahkemeleridir. Dava asliye ticaret veya başkaca mahkemelerde açılmış ise görevsizlik kararı verilmesi gerekir³².

(ii) İkinci uyuşmazlık tipi TBK m.444 vd. hükümleri uyarınca iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için kararlaştırılan rekabet yasağı kaynaklı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yasaktan doğan uyuşmazlıkların büyük kısmında işveren, eski işçisinden, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart yahut bunu aşan zararın tahsilini istemektedir. Eski işçinin rekabet yasağının ivazlı olmasından hareketle işvereninden talepte bulunduğu davalara ise, az sayıda da olsa, rastlanmaktadır.

Bu maddede ele alınan tartışmaların odağındaki ikinci uyuşmazlık tipinde İşMahK m.5/I-a’nın yürürlüğe girmesinden önce açıkladığımız görüşlerimizde bir değişiklik olmamıştır³³. Burada tekrara düşmemek adına değerli iş hukukçusu *Soyer*’in *de lege lata*³⁴ dile getirdiği görüşlere iştirak ettiğimizi belirtiyor; sadece bazı hususları kendi penceremizden vurgulamak istiyoruz.

Esasen tartışma, TBK m.444 vd. hükümlerine dayanılarak akdedilen rekabet yasağı sözleşmesini konu alan uyuşmazlıkların İşMahK m.5/I-a’ uyarınca “iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğ[muş]” kabul edilip edilemeyeceği noktasında düğümlenmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesi, kurulması için gerekli irade beyanları ve kanunun getirdiği geçerlilik şartları nazara alındığında iş sözleşmesinden bağımsız bir sözleşmedir³⁵. Anılan sözleşmenin iş

³⁰ <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

³¹ Haksız rekabet talepleri ve vakıaları ile ilgili görüşümüz farklı olup, aşağıda (iii) nolu paragrafta açıklanmıştır.

³² Bu husus İşMahk’nın yürürlüğü öncesi 11. HD. tarafından dahi kabul edilmekteydi: “*Hizmet akdinin devamı sırasında yapılan bir sadakatsizlik bu ister sözleşme ile düzenlensin ister kanunla düzenlensin elbette ki iş mahkemesinde görülecek bir davanın konusunu oluşturacaktır.*” Yargıtay 11. HD., 06.06.2012, E. 2012/6789, K. 2012/9875, <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021). Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 29.02.2012, E. 2011/11-781, K. 2012/109, <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021). Ankara BAM 5. HD., 22.02.2018, E. 2017/2264, K. 2018/414 kararında da durum böyledir: “*Dava davacının feshe konu yukarıdaki eylemi nedeniyle davacı şirketi itibarının zedelendiğinden, tedarikçileri ve müşterileri karşısında zor durumda bırakıldığından bahisle açılmış bulunan maddi tazminat davasıdır... sözleşme ve fesih birlikte değerlendirildiğinde davaya konu eylem sözleşme devam ederken gerçekleşmiş ve bu eylem nedeniyle fesih yapılmıştır. Sözleşmede sözleşme süreci için ve sözleşme sonrası için düzenleme bulunduğundan davaya konu eylem değerlendirildiğinde iş mahkemesi bu davaya bakmakla görevlidir; görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamıştır.*” <http://emsal.uypap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 01.05.2021).

³³ SARIKAYA, Rekabet Yasağı, s.1135 vd.

³⁴ SOYER, s.1268 vd.

³⁵ Bu sebeple BAYCIK’ın (s. 193) rekabet yasağı sözleşmesinin iş sözleşmesinin bir parçası niteliği taşıdığı, düzenleme konusunun işçinin iş sözleşmesinden doğan edim yükümlülüğü olan sadakat borcunun sözleşmenin sona ermesinden sonra da rekabet etmeme boyutuyla devam ettiği şeklindeki, rekabet yasağı sözleşmesinin bağımsız karakterini göz ardı eden tespitlerine katılmıyoruz. Bunun yanında yazarın davanın açıldığı tarihte işçi-işveren sıfatlarının sona ermiş olmasına anlam yüklenenecekse, TBK m.420’de düzenlenen ibranameden doğan uyuşmazlıkların da İşMahK m.5/I-a’nın kapsamı dışında kabul edilmesi gerekeceği argümanına da katılmıyoruz.

sözleşmesi ile eş zamanlı akdedilmesi yahut aynı metin içinde yer alması hatta TBK’da hizmet sözleşmelerine ilişkin Altıncı Bölüm’de düzenlenmesi, onu iş sözleşmesinin bir parçası halinde getirmemektedir. Aksine onun iş sözleşmesinin sona erdiği yani taraflar arasında işçi-işveren ilişkisinin ortadan kalktığı andan itibaren vücut bulacağını ve bu şekilde iş sözleşmesinden bağımsızlığını vurgulamaktadır.

Bize göre İşMahK m.5/I-a’yı ihdas eden kanun koyucu, olması gereken hukuku normatif temele kavuşturma fırsatını kaçırmamış; tam aksine on yıllardır tartışılan konuda 2012 ve 2013 tarihli HGK kararları ile tartışmanın oturduğu zemini benimseyerek, TTK m.4/I-c’nin yaptığı atfi konu alan bir düzenleme getirmekten imtina etmiştir³⁶. İşMahK’da Alman hukukunda olduğu gibi *post contractum* uyuşmazlıklara bakma görevi tanınmadığı da bir vakıadır. TTK m.4/I-c’nin aksine İşMahK m.5/I-a rekabet yasağı sözleşmesini düzenlemediğinden, aynı anda yürürlükte bulunan iki ayrı kanunda, somut olaydaki uyuşmazlığa ilişkin farklı çözümler getiren hükümlerin bulunması şeklinde tanımlanan³⁷ kanunlar çatışması doğmayacaktır. Açık bir ilgadan söz etmek zaten mümkün değildir; İşMahK m.5/I-a için sonraki tarihli özel kanun nitelendirmesi yapılarak ve *lex specialis derogat legi generali* (özel hüküm genel hükümü dışlar) prensibi uyarınca TTK m.4/I-c’nin zımnen ilga³⁸ edildiği görüşü ise, ne İşMahK’nın hazırlık sürecinde, ne Kanun’un görüşmeleri sırasındaki Meclis tutanaklarında³⁹ ne de Gerekçesi’nde dayanak bulabilmektedir. Gerekçe’deki iş mahkemelerinin görev alanının genişletildiği yönündeki ifade⁴⁰ iş hukukunda öteden beri tartışma konusu olan İşK’nın kapsamı dışında kalan işçilere matuf şekilde anlaşılmalıdır. İşMahK m.5/I-a’nın eİşMahK m.1’deki “iş akdinden” lafzının yerine “iş ilişkisi nedeniyle” şeklindeki ifadeyi tercih etmesi⁴¹, iş sözleşmesi yahut geniş anlamda iş ilişkisinden bağımsız bir sözleşmeyi kapsama almak istediği şeklinde yorumlanamaz. Aynı sebeple, İşMahK m.5/I-a’nın, TTK m.5/I uyarınca ticari davanın asliye ticaret mahkemesi dışındaki bir mahkemece görülmesini gerektirecek “*aksine hüküm*” kabul edilmesi de mümkün değildir. Yargıtay 9. HD.’nin burada Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.76 ile paralellik kurması hatalıdır. İş sözleşmesi sona erdikten sonraki dönem için kişinin haklarını kısıtlayan rekabet yasağı “*kanundan*” doğan bir yükümlülük⁴² olarak görülemez. Zira bunun için şartları Kanun’da belirlenen rekabet yasağı sözleşmesinin kurulması gerekmektedir. Tüm bu sebeplerle yukarıda alıntılıdığımız kararlarda ve doktrinde yapılan İşMahK m.5/I-a’nın TTK m.4/I-c’yi ilga ettiği yönündeki tespitlere iştirak edemiyoruz.

İşMahK m.5/I-a, TTK m.4/I-c’yi açıkça veya zımnen ilga etmediğine ve ikinci grup uyuşmazlıklar “iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğ[muş]” kabul edilemeyeceğine göre bunlar için *de lege lata* asliye ticaret mahkemeleri görevli olmaya devam etmelidir.

Nitekim ibraname doğrudan iş sözleşmesinden doğan borçlar üzerinde etki doğuran bir hukuki işlem olmakla elbette İşMahK m.5/I-a kapsamındadır. Bu noktada iş sözleşmesinin sona ermesi önem arz etmemektedir. Ancak rekabet yasağı sözleşmesi iş sözleşmesinden doğan borçlar üzerinde herhangi bir etki doğurmayan, bilakis geçerliliği ve sonuçları bu sonuncudan bağımsız şekilde düzenlenmiş bir sözleşmedir. Öyleyse rekabet yasağından doğan uyuşmazlığın davaya dönüştüğü anda iş sözleşmesinin sona ermiş olması, rekabet yasağının ihlalinden doğan davalarda görevli mahkemenin iş mahkemesinden asliye ticaret mahkemesine kaymasının gerekçelerinden birini oluşturmaktadır.

³⁶ Aynı yönde bkz. ZENGİN, s.808.

³⁷ OĞUZMAN, M.Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, N. 273-274.

³⁸ Kavram hakkında bilgi için bkz. EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993, s. 173.

³⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı, 26. Dönem 3. Yasama Yılı, 4. Birleşim 05/Ekim/2017 Perşembe, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22964&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=63 (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁴⁰ “Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yapılan düzenleme ile, iş mahkemelerinin görev alanı genişletilerek 5521 sayılı Kanunda düzenlenen uyuşmazlıkların yanı sıra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısım Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerinden (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kaynaklanan işçi ve işveren uyuşmazlıkları da kapsama alınmaktadır. Ayrıca sadece 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler değil 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamındaki gazeteciler ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemiadamları da kapsama alınmakta ve bunlar ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerinin bakacağı kabul edilmektedir.” İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, s.13, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf> (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁴¹ Bu noktada SORKUN’un her iki düzenlemenin lafız itibarıyla aynı olduğu tespitine (s.263) katılmak mümkün değildir. Lafız farklıdır ancak bu farklılık konumuz bakımından varılan sonuca etki etmemektedir.

⁴² Rekabet yasağının kanundan doğan hallerine örnek olarak TTK m.230, m.308, m.311, m.396, m.613/III, m.626/II ve TBK m.626 örnek gösterilebilir.

İkinci uyuşmazlık tipine bakması gereken mahkeme *de lege ferenda* asliye ticaret mahkemesidir⁴³. Bize göre TBK m.444 vd. hükümlerinin değerlendirilmesinde iş mahkemelerinin uzmanlığından çok asliye ticaret mahkemelerinin uzmanlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bir kere davanın açıldığı tarihte taraflar arasında işçi işveren ilişkisi çoktan sona ermiş; kişi başka bir işletme veya şirkette çalışmaya başlayarak yahut kendisi bir işletme veya şirket kurarak eski işvereni ile rekabete girişmiştir. Bu kurguda artık iş hukukuna ve yargılamasına hâkim olan işçinin korunması refleksine değil; ticari hayatta rekabet düzeni ile AY m.48 ile koruma altına alınan çalışma ve sözleşme hürriyeti arasında denge kurulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ise hem dürüst ve bozulmamış rekabetin korunmasını temin eden “haksız rekabet” hem de sözleşmesel “rekabet yasağı” konularında ihtisaslaşmış olan asliye ticaret mahkemeleri eliyle yapılmalıdır.

Kaldı ki asliye ticaret mahkemeleri TBK m.444 vd.’da yer alan “müşteri çevresi veya üretim sırları” gibi kavramların tetkikinde uzmanlaşmıştır. Gerçekten de TTK m.55/I-a,6, m.55/I-a,7, m.55/I-a,8, m.55/I-a,9, m.55/I-a,12, m.55/I-b,1, m.56/I-II, m.110, m.113, m.122, m.123⁴⁴ gibi hükümler müşteri ve müşteri çevresi kavramlarının irdelenmesini zorunlu kılmaktadır. Üretim sırrı başta olmak üzere, iş sırrı, ticari sır gibi kavramlar ise piyasa katılımcılarına TTK m.54 vd. uyarınca bahsedilen haksız rekabet koruması nedeniyle yine asliye ticaret mahkemelerinin uzmanlığında kalmaktadır. Böylece asliye ticaret mahkemeleri haksız rekabetin öznesi veya nesnesi olarak işçi- işveren uyuşmazlıklarına temas etmektedir. Rekabet yasağının kararlaştırılabilme koşullarını etkileyen “müşteri çevresi veya üretim sırları” kavramları ile kastedilenin ne olduğu, asliye ticaret mahkemelerince değerlendirilmesi gereken ve piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konu olarak iş hukukundan çok “öz ticaret hayatı”nı ilgilendirmektedir⁴⁵.

Bunun yanında asliye ticaret mahkemeleri, ticaret şirketleri ile bunların ortak olmayan yöneticileri arasındaki uyuşmazlıklarda, aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirildiği hallerde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ikramiye, yıllık izin ve fesih tazminatı alacaklarının tahsili istemlerini mutlak ticari dava olarak görüp karara bağlayabilmektedir⁴⁶. Bu hususta görevli mahkemenin tespitinde elbette tartışmalı alanlar vardır. Rekabet yasağı sözleşmesinde görevli mahkemenin iş mahkemesi olması gerektiği tespitine gerekçe olarak TBK m.444/II, m.445/I gibi hükümlerde yer alan iş hukuku atıfları gösterilmekte ve anılan hükümlerin değerlendirilmesi noktasında asliye ticaret mahkemesinin ihtisas sahibi olmadığı savunulmaktadır. Oysa asliye ticaret mahkemelerinin şirket yöneticilerinin iş hukukundan kaynaklı tüm işçilik alacakları ile ilgili on yıllardır yargılama yapıyor ve hüküm veriyor olması bu argümanı oldukça zayıflatmaktadır. Belirli hallerde tıpkı bir iş mahkemesi gibi iş sözleşmesinin tüm unsurlarını değerlendirerek yargılama yapan bu mahkemelerin TBK m.444/II, m.445/I gibi hükümlerde iş hukukuna yapılan atıfları

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARIKAYA, Rekabet Yasağı, s.1135-1137.

⁴⁴ TTK m.123 ile TBK m.444 vd. hükümlerinin büyük ölçüde benzerlikler ihtiva ettiği ve aynı amaçla ihdas edildiği yönündeki haklı tespit için bkz. SORKUN, s.262.

⁴⁵ SARIKAYA, Rekabet Yasağı, s.1137. “*Davanın mutlak ticari dava olarak kabulünde güdülen amaç ticari sır kavramının ticaret mahkemesince değerlendirilmesidir.*” Yargıtay 11. HD., 06.01.2014, E. 2013/17509, K. 2014/126 BATİDER, XXX(1), 2014, s.193; Yargıtay 20. HD., 27.03.2017, E. 2017/5116, K. 2017/2490, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.05.2021).

⁴⁶ Mutlak ticari dava olarak görülüp karara bağlanan iş hukukuna dair örnek bir uyuşmazlık için bkz. Yargıtay 11. HD., 4.4.2016, E. 2016/2995, K. 2016/3579: “*Dava, davalı şirkette genel müdür olarak çalışılan dönem içinde tahakkuk eden alacağın tahsili istemine ilişkin olup davacının, fesih tarihine kadar davalı şirkette genel müdür ve 07.02.2013 tarihine kadar yönetim kurulu üyesi sıfatının bulunduğu, ayrıca davalı şirketin ortağı olduğu taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Anonim şirket ile şirketi temsile yetkili murahhas üye veya müdürler arasındaki ilişki 6102 sayılı TTK'nın 365 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Yine TTK'nın 4. maddesinde bu kanundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava olduğu belirtilmiş; aynı yasanın 5. maddesinde ise aksine hüküm bulunmadıkça tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinin asliye ticaret mahkemesinde görüleceği öngörülmüştür. Davacının, davalı şirkette genel müdür sıfatının bulunduğu ve 07.02.2013 tarihine kadar yönetim kurulu üyesi olduğu sabittir. Ayrıca davacının şirket hisselerini devrederek ortaklıktan ayrıldığına ilişkin bir belgeye dosya içerisinde rastlanmadığı, 20.05.2015 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu sorgulama kaydında davacının halen davalı şirket ortağı olduğu görüldüğü halde mahkemece hangi belgeye dayandırıldığı açıklanmadan, davacının 15.12.2013 tarihinde hisselerini devrettiği ve şirketten ayrıldığına görevsizlik kararına gerekçe yapılması doğru görülmemiştir. Bu durumda uyuşmazlığa konu tüm talepler hakkında asliye ticaret mahkemesinin görevli bulunduğu gözetilip işin esasına girilerek neticesine göre bir hüküm tesis edilmesi gerektiği halde davacının yönetim kurulundan ayrılmasına ilişkin kararın Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edildiği 15.12.2013 tarihinden sonraya tekabül eden istemler yönünden görevsizlik kararı verilmesi yerinde olmamış, davacı vekilinin görevsizlik kararına ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir.*” Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD., 13.03.2019, E. 2017/5027, K. 2019/2127; Yargıtay 11. HD., 21.02.2019, E. 2017/1282, K. 2019/1447, <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 05.05.2021).

değerlendirebilecek kadar uzmanlaşmadığı görüşüne iştirak etmek mümkün değildir.

(iii) Bazı uyuşmazlıklarda ise rekabet yasağına aykırılık teşkil eden davranışlar iş sözleşmesinin devamı sırasında başlamakta ve iş sözleşmesi bittikten sonraki dönemde de devam etmektedir. Bu gibi hallerde çoğunlukla, davacılar tarafından TBK m.444 vd. hükümleri uyarınca akdedilmiş rekabet yasağı sözleşmesinin ihlalinin yanında TTK m.54 vd.'daki haksız rekabet hükümlerine dayanılmaktadır. Yüksek yargı, iş sözleşmesinin devamı sırasında gerçekleşen ihlaller ile sona ermesinden sonraki dönemdeki rekabet yasağına aykırılık ve haksız rekabet iddialarında davaların birlikte görülmesinde yarar bulunduğu ve iş mahkemelerinin asliye ticaret mahkemelerine göre “daha özel yetkili” oldukları gerekçeleriyle dosyanın tefrik edilmeksizin iş mahkemelerinde görülmesi gerektiğini içtihat etmektedir⁴⁷.

Bu yöndeki kararlar incelendiğinde mahkemelerin, TBK m.112 vd.'nın özel bir görünümü olarak TBK m.444 vd.'da düzenlenen rekabet yasağına aykırılık ile TTK m.54 vd. uyarınca haksız rekabet arasında ayırma gitmedikleri ve sanki bu ikisi birbirleri ile özdeş kavramlarmış gibi değerlendirmelerde buldukları görülmektedir. Örneğin yukarıda alıntıladığımız 26.11.2020, E. 2020/1610, K. 2020/1370 sayılı kararında İstanbul BAM 13. HD., davacı cevap dilekçesinde davalının gerek iş akdinin devamı sırasında gerekse sonrasında davacı şirketin ticari ilişkide bulunduğu şirketlerle ticari ilişkiye girmek suretiyle haksız rekabet hükümlerini ihlal ettiği belirtmesine karşılık, davanın temelini TTK m.54 vd. olarak değil, sadece TBK m.444 vd. olarak tespit etmiştir. Yargıtay 11. HD.'nin, 20.06.2018, E. 2016/13454, K. 2018/4636 sayılı kararı⁴⁸ ile aynı Daire'nin, 06.11.2012, E. 2012/2238, K. 2012/17515 sayılı kararında⁴⁹ da kavramların birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. Oysa rekabet yasağına aykırılık ile haksız rekabet birbirinden ayrı kavramlardır. Rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık teşkil eden pek çok davranışın haksız rekabet teşkil etmesi -deyim yerindeyse- bu ikisinin aynı kefedede tartılmasını haklı çıkarmamaktadır⁵⁰. Kaldı ki rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz iken yahut fiil borca aykırılık teşkil etmezken, haksız rekabet mevcut olabilir.

Bize göre, burada belirleyici olan davacının talebi ve ileri sürdüğü vakıalardır. Davacı cezai şartın tahsili yanında haksız rekabete ilişkin tespit, men, maddi durumun ortadan kaldırılması ve maddi-manevi zarar tazminini de içeriyorsa yahut talepler arasında bir terdit ilişkisi kurulmuşsa, haksız rekabet teşkil eden eylemler iş sözleşmesinin devamı sırasında başlamış olsa dahi haksız rekabet konusunda ihtisas mahkemesi olarak asliye ticaret mahkemesinin görevli olması gerekir.

Davacının talebinde netlik yok ise hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde HMK m.31 uyarınca talep sonucunun açıklanmasını istemelidir⁵¹. Nihai olarak ise hâkim, HMK m.33 uyarınca Türk hukukunu re'sen uygulayacağından davacı iddia ve taleplerini hukuki tasnife tabi tutarak karar vermelidir. Bu bağlamda davacının iddiası ve ileri sürdüğü vakıalar TTK m.54 vd. hükümleri uyarınca haksız rekabete dayanıyorsa yahut TTK m.56 vd.'daki talepleri içeriyorsa İşMahK m.5/I-a'nın yarattığı tartışmayı yapmaya dahi gerek kalmaksızın, konunun haksız rekabet hususundaki

⁴⁷ İstanbul BAM 13. HD., 26.11.2020, E. 2020/1610, K. 2020/1370, <http://emsal.uyap.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.05.2021). “*Dava, rekabet yasağının ihlali nedeniyle, taraflar arasında akdedilen sözleşmeden kaynaklı cezai şart alacağına ve manevi tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, her ne kadar davacı tarafca sözleşmenin sona ermesinden sonra davalının haksız rekabet ettiği iddiasına dayalı olarak cezai şart talep edilmişse de; davalı ile aralarındaki gayrimenkul danışmanlığı sözleşmesinin 4/d maddesi gereğince sözleşmenin devamı sırasındaki davalının iyiniyet, dürüstlük ve özen borcuna aykırılık iddiasına dayalı olarak da cezai şart talebinde bulunulmuştur.5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi hükmü uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayalı her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde İş Mahkemesi görevlidir. İş mahkemeleri, ticaret mahkemelerine göre daha özel yetkili mahkemeler olduğundan, işbu davanın da, özel yetkili mahkemede görülmesi gerektiğinden ve davanın birlikte görülmesinde yarar da bulunduğundan, dosyanın tefrik edilmeksizin, iş mahkemesinin ihtisas mahkemesi niteliğinde bulunması karşısında, uyuşmazlığın çözümünde iş mahkemesinin görevli olduğuna dair görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yanlışlıklarla değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 11. HD., 20.06.2018, E. 2016/13454, K. 2018/4636, <https://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁴⁸ <https://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁴⁹ Karar yayımlanmamıştır. Kararın temini hususunda yardımlarını esirgemeyen Ankara BAM 22. HD. Üyesi Sayın Yusuf Demirci'ye teşekkürü borç bilirim.

⁵⁰ Rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık ile haksız rekabet ilişkisi hakkında bkz. SARIKAYA, Haksız Rekabet, s.195-197.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, Güray: “§8. Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, in Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Medenî Usul Hukuku Cilt I, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.822 vd.

ihhtisas mahkemesi olan asliye ticaret mahkemesinin görev alanına düştüğü kabul edilmelidir⁵². Haksız rekabet teşkil eden eylemler iş sözleşmesi yürürlükte iken başlayıp sözleşmenin sona ermesinden sonra devam etmişse dahi böyle olmalıdır⁵³. Çünkü iş mahkemesinin ihtisas alanı olmayan haksız rekabet yargılaması yürütmesi, TTK m.56 vd. hükümlerini uygulaması yerinde olmayacaktır. Tüm bu gerekçelerle Yargıtay'ın iş mahkemelerinin asliye ticaret mahkemelerine oranla “*daha özel yetkili*” olduğu tespitinden hareketle iş mahkemesinin görevli olduğu görüşüne hiçbir açıdan iştirak edemiyoruz.

Haksız rekabet hükümlerine dayanılmaksızın salt iş sözleşmesinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcuna (TBK m.396/II) aykırılık ile iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için rekabet yasağı sözleşmesine (TBK m.444 vd.) aykırılık iddialarında ilk talep iş mahkemesinin, ikincisi ise asliye ticaret mahkemesinin görev alanında kalmaktadır⁵⁴. Bu halde dosyaların tefrik edilmesi gerekmektedir. Nitekim burada HMK m.110'da düzenlenen ve aynı davalıya karşı birden fazla asli talebin aynı davada ileri sürülebilmesine imkân veren “*dava yığılması*” kurumunun şartları oluşmamaktadır. Gerçekten de dava yığılmasında tüm talepler için dava açılan mahkemenin görevli olması⁵⁵ ve ayrıca aynı yargılama usulünün uygulanması⁵⁶ şarttır. Oysa izah ettiğimiz üzere burada görevli mahkemeler farklıdır. İşMahK m.7/I gereği iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanırken; asliye ticaret mahkemesinin yürüttüğü yargılamada talep beş yüz bin Türk lirasının üzerinde ise (TTK m.4/II) yazılı yargılama usulü uygulanacaktır.

⁵² Yargıtay 11. HD. de, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali sebebiyle haksız rekabet hükümlerine dayanılan davalarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu isabetli bir şekilde tespit etmiştir: “*Dava, rekabet yasağının ihlalden doğduğu ileri sürülen cezai şartın tahsili ve ihlale son verilmesi ile TTK 58/d maddesi uyarınca maddi, BK 49, TTK 58/e maddesi uyarınca manevi tazminat istemine ilişkin olup, davalı Ö.'in davacının yanında çalıştığı, işten ayrıldığı 13.04.2010 tarihinde davacıya rekabet yasağını içeren belge verdiği, aynı alanda faaliyet gösteren davalı şirketle çalışmaya başladığı çekişmesiz olup, davacı davalı Ö.'in rekabet yasağına aykırı davrandığı, davalı şirketin ise TTK 57/6-7-8 fıkralarını ihlal ettiği iddiasıyla bu davayı açmıştır... mahkemece mutlak ticari dava olan davaya bakılmak gerekirken, anılan hususlar nazara alınmadan dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 11. HD., 06.06.2012, E. 2012/6789, K. 2012/9875, <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021). Buna karşılık Yargıtay HGK'nin, 09.03.2016, E. 2014/11-866, K. 2016/289 sayılı kararında, davacı açıkça haksız rekabetin tespiti ile maddi ve manevi tazminat talep etmesine karşılık, haksız rekabet ile iş sözleşmesine aykırılık kavramlarını birbirine karıştırılmış ve “*Davalının, zararın doğduğu iddia edilen dönemde iş sözleşmesi ile davacı şirkette çalıştığı konusunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. Sonuçta; davanın, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 348 vd. maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan davalının iş sözleşmesi devam ederken sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı sebebiyle verilen zararın tazmini olması sebebiyle davaya iş mahkemesinde bakılması gerekir. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler davaya konu olayda genel mahkemelerin görevli olduğu görüşünü belirtmiş iseler de yukarıda yapılan açıklamalar ve bozma ilamında gösterilen sebeplerle bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir*” gerekçesiyle, kanaatimizce hatalı bir şekilde, asliye ticaret mahkemesinin yapması gereken haksız rekabet yargılamasının iş mahkemesinin görev alanında olduğuna hükmedilmiştir.

⁵³ Sarıkaya, Rekabet Yasağı, s.1136. Aksi yönde bkz. “*Dava, haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, maddi ve manevi tazminatın tahsili istemine ilişkin olup, davalı İsmet Sırma davacı şirkette iş akdine dayalı olarak çalıştığı, daha sonra iş akdini feshettiği dosya kapsamı ile sabitir. Diğer davalı Mehmet Ezgin ise davalı şirketin kuruluşundan önce davacı şirketten istifa ile ayrılmıştır... Düzenleme hizmet sözleşmesi içinde yer almakla birlikte hizmet akdi süresince yapılmaması gereken bir hususu değil, hizmet akdinin sona ermesinden sonra yapılmaması gereken bir hususta düzenleme getirmektedir. Somut olayda dava, davacı şirkette iş akdi çerçevesinde çalışan davalı İsmet Sırma'nın iş akdi devam ettiği sırada özen yükümlülüğüne aykırı davranışa dayalı eylemlerinin değerlendirilmesi İş Mahkemesinin görevi dahilindedir. Her ne kadar mahkemece, doğrudan uyumsuzluğun esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş ise de, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Yasası'nın 1 nci maddesi hükmü uyarınca İş Mahkemeleri, İş Yasasına göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Yasası'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyumsuzlukların çözülmesi için kurulmuş olup, görev kurulları kamu düzenine ilişkindir ve mahkemece yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınmalıdır. Bu itibarla ve iş akdinin feshinden sonraki eylemler ile daha önceki eylemler arasındaki bağlantı iddiası nedeniyle uyumsuzluğun bütün olarak değerlendirilmesindeki hukuki yarar ve usul ekonomisi hükümleri nazara alınarak mahkemece, davadaki tüm davalılar bakımından görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisini doğru olmamıştır.*” Yargıtay 11. HD., 06.11.2012, E. 2012/2238, K. 2012/17515, Karar yayımlanmamıştır.

⁵⁴ DOĞAN bu halde, iş sözleşmesi yürürlükte iken başlayıp sona erdikten sonra devam eden fiillerin iki farklı borç ihlali teşkil ettiğini; işverenin, işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığı gerekçesiyle iş mahkemesine; rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyumsuzluk için ise ticaret mahkemesine başvuracağını ifade etmektedir, s.185.

⁵⁵ PEKCANITEZ, Hakan: “§9. Dava Hakkında Genel Bilgiler”, in Pekcanitez, Hakan/Özkes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Medenî Usul Hukuku Cilt II, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul 2017, s.1095.

⁵⁶ PEKCANITEZ, s.1097.

Haksız rekabet hükümlerine dayanılmaksızın salt iş sözleşmesinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcuna (TBK m.396/II) aykırılık ile iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki rekabet yasağı sözleşmesine (TBK m.444 vd.) aykırılık iddialarına ilişkin bir karara tesadüf etmesek de yüksek yargının bu ihtimalde de usul ekonomisi ilkesi gereği “tefrik etmeme” ve davayı iş mahkemelerinde görme yaklaşımını benimsemesi olasıdır. Belirtmek gerekir ki bu yaklaşım, pratik sonuçlar doğursa ve usul ekonomisine uygun gözükse de, görevin kamu düzeninden olduğuna ilişkin HMK m.1/ikinci cümle’ye aykırılık teşkil etmekte ve kamu düzeninden olan bir hususta tarafın tasarrufuna kapı aralamaktadır⁵⁷. Bir an için anılan yaklaşım isabetli kabul edilse bile burada uyuşmazlığın niteliğini veya karakteristiğini oluşturan hususun “iş sözleşmesi” değil, “rekabet yasağı” olmasından hareketle, görevli mahkemenin rekabet yasağı konusunda uzmanlaşmış asliye ticaret mahkemesi olması gerekir.

V. SONUÇ

Gelinen noktada, on yıllardır tartışılmakta olan ancak 2012 ve 2013’te verilen HGK kararları ile nihayete erdiği düşünülen rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespiti konusu yeniden tartışmaya açılmıştır. Gerek doktrin gerek yargı kararlarında konu üzerinde fikir birliği sağlanamadığı açıktır. Ancak makalemizin başlığında sorduğumuz soruya cevap verecek olursak İşMahK m.5/I-a’nın yürürlüğe girmesinden sonra dahi görevli mahkemenin tespitinde bir değişiklik olmamıştır, uyuşmazlık asliye ticaret mahkemesinde görülmelidir. Değişen husus küllenen tartışmanın yeniden alevlenmesidir.

Bize göre İşMahK m.5/I-a mevcut hukuki durumda bir değişiklik yaratmasa da pek çok hakim ile akademisyen farklı düşünmektedir. Yapılan tartışma ve aynı uyuşmazlık için mahkemelerin farklı yönde verdikleri kararlar yaşanan görev sorununun artık “kangren” haline geldiğini göstermektedir. Bugünkü ortamda hem iş (İşMahK m.3) hem de ticaret hukukuyla ilgili uyuşmazlıklarda (TTK m.5/A) dava şartı arabuluculuk süreci yürütüldüğünden hangi arabuluculuk bürosuna başvuru yapılacağı, yanlış büroya başvurulursa bunun sonuçlarının ne olacağı; arabuluculuk sürecinden sonra davanın hangi mahkemede açılacağı da belirsizdir. Tüm bunlar anayasal koruma altında olan hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkelerine ciddi zarar vermektedir. Bunun yanında verilen görevsizlik kararları ile yargı kademeleri gereksiz bir iş yükü altında kalmaktadır.

Sorunun çözümü için işletilebilecek ilk yol, bölge adliye mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasında çelişki bulunmasından hareketle içtihat birliğinin sağlanması için 5235 sayılı Kanun’un 35/IV maddesi uyarınca Yargıtay’ın ilgili Dairesi’nden uyuşmazlığın giderilmesi kararı alınmasının talep edilmesidir. Yakın zamanda itirazın iptali⁵⁸ ve menfi tespit⁵⁹ davalarının TTK m.5/A uyarınca dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadıkları hususunda işletilen bu hukuki yolla, İstanbul BAM dairelerinin verdiği kesin nitelikte çelişkili kararların yarattığı belirsizlik çözüme kavuşturulabilir. Ancak Yargıtay’ın ilgili dairesinden alınacak böylesi bir kararın da tartışmayı tam manasıyla sona erdirmesi şüphelidir. Örneğin, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı yönünde 19. HD.’nin verdiği karara rağmen uygulamada, 11. HD.’nin aksi yöndeki kararı⁶⁰ gerekçe gösterilerek dava şartı arabuluculuk faaliyetleri yürütülmeye devam edilmektedir. Bu sebeple, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespiti hususunda bir uyuşmazlık giderme kararı verilse dahi, tartışmanın bitmemesi muhtemeldir.

İkinci ve daha etkin yol içtihadı birleştirme kararı verilmesidir. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu m.16/I-5’in Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun görevi olarak saydığı “*Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile ... Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; ... arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek*” hükmünün şartları gerçekleşmiştir. 2017 yılında gerekliliğini vurguladığımız üzere⁶¹ bu karara duyulan ihtiyaç, aradan geçen dört yılda çok daha hissedilir hale gelmiştir. Doktrin görüşleri ve yargı kararlarında

⁵⁷ PEKCANITEZ, s.1097. Yazar burada, aile mahkemesinde görülmesi gereken soybağının reddi talebi ile asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gereken nüfus kaydının düzeltilmesi talebinin birlikte ileri sürülmesi durumunda görevli mahkemenin aile mahkemesi olacağına ilişkin Yargıtay 18. HD.’nin, 06.03.2014, E. 19782, K. 4007 sayılı kararını eleştirmektedir.

⁵⁸ Yargıtay 23. HD., 04.12.2020, E. 2020/1943, K. 2020/4052, <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁵⁹ Yargıtay 19. HD., 13.2.2020, E. 2020/85, K. 2020/454, <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁶⁰ Yargıtay 11. HD., 10.2.2020, E. 2019/3048, K. 2020/1093, <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

⁶¹ SARIKAYA, Rekabet Yasağı, s.1143.

konunun tüm yönleriyle ele alındığı ortamda, süratle içtihatların birleştirilmesi yahut kanun koyucunun artık olgunlaşan tartışmayı ortadan kaldıracak açık bir kanuni düzenlemeye gitmesi gerekmektedir.


KAYNAKÇA

- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- BAYCIK, Gaye: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Seminer, Ankara, 01-02 Aralık 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, BTHAE, Ankara 2020.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- DOĞAN, Sevil: İşçinin Rekabet Yasağı, İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1993.
- ERDÖNMEZ, Güray: “§8. Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, in Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Medenî Usul Hukuku Cilt I, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- KAR, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, 2. Bası, Yetkin Kitabevi, Ankara 2019.
- KOÇYİĞİT, İlker/YEŞİLKAYA, İzzet: Ticarî Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- KÖME AKPULAT, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha, İstanbul 2018, Lexpera (Erişim: 01.05.2021).
- OĞUZMAN, M.Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL ADINIR, Canan: “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması”. Sicil İş Hukuku Dergisi, (42), 2018, s.16-42.
- PEKCANITEZ, Hakan: “§9. Dava Hakkında Genel Bilgiler”, in Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (ed.), Medenî Usul Hukuku Cilt II, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- PEKDİNÇER, Tamer/TOPRAKKAYA, İrem: “Rekabet Yasağından Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin 7036 Sayılı Kanun’un Yürürlüğe Girmesi Sonrasında Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, 19(225), 2021, s.3965-4020.
- SARIKAYA, Sinan: Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015 (Haksız Rekabet).
- SARIKAYA, Sinan: “İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu”. Legal Hukuk Dergisi, 15(171), 2017, s.1121-1145 (Rekabet Yasağı).
- SORKUN, Ahmet Furkan: Tacir Yardımcıları ile Akdedilen Rekabet Yasağı Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- SOYER, Polat: ““Yeni” İş Mahkemeleri Kanunu Karşısında Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 15(60), 2018, s.1259-1272.
- ŞENER, Oruç Hami: Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- ZENGİN, İbrahim Çağrı: “Pazarlamacının -ve İşçinin- Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXV(2), 2017, s.791-812.
- Elektronik Kaynaklar*
- İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı, 26. Dönem 3. Yasama Yılı, 4. Birleşim 05/Ekim /2017 Perşembe, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22964&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=63, (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

HEYECAN, KORKU VEYA TELAŞ SEBEBİYLE MEŞRU SAVUNMADA SINIRIN AŞILMASININ TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDAKİ UYGULAMASI

EXCESSIVE DEFENCE DUE TO EXCITEMENT, FEAR OR PANIC IN TURKISH AND GERMAN JURISPRUDENCE

Ertuğrul ÜNAL*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.971652> 

Makale Bilgi

Gönderi: 15/07/2021
Kabul : 15/11/2021

Anahtar Kelimeler

Meşru Savunma,
Sınırın Aşılması,
Sınırın Ölçüde
Aşılması,
Kusurluluk.

Article Info

Received: 15/07/2021
Accepted: 15/11/2021

Keywords

Legitimate Defence,
Excessive Defence,
Intensive Excess,
Culpability.

Özet

Meşru savunma, hukuki bir fenomenden ziyade doğal bir olgudur. İnsan, tabiatı gereği kendisine yönelmiş saldırıya karşı koyar. Kişilerin, haksız saldırı karşısında yaşadıkları duygusal reaksiyonlar sebebiyle her zaman saldırıyla orantılı tepki vermeleri kendilerinden beklenemez. Failin hareketlerini yönlendirme yeteneğinin azalması veya ortadan kalkması anlamına gelen meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş sebebiyle aşılmasında fail, hukuken izin verilen alanın dışına çıkmasına rağmen cezalandırılmamaktadır (TCK m.27/2). Fıkra metninde geçen mazur görülebilecek heyecan, korku ve paniğin mazur görülebilecek seviyede olup olmadığının belirlenmesinde ex ante bir inceleme yapılması gerekmektedir. 765 sayılı TCK'da mevcut olmayan meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaşla aşılması, Alman Ceza Kanununun (AICK) 33 üncü maddesinden esinlenilerek ihdas edilmiştir. Bu sebeple makalemizde; düzenlemenin Türk hukukundaki tatbik şekli, Alman doktrin ve uygulamasıyla mukayeseli şekilde ortaya konulmaya çalışılacaktır. Makalenin merkeze aldığı en temel soru; meşru savunmada sınırın aşılması hususunda uygulamanın, kanunda olmayan şekilde maddenin kapsamını daraltıp daraltmadığıdır. Bu soruya cevap bulabilmek amacıyla da Alman Federal Mahkemesinin (BGH) vermiş olduğu kararlar ile mukayese yoluna gidilmiştir.

Abstract

Legitimate defense is a natural principle rather than a legal phenomenon. A person shall resist any attacks towards himself inherently. However, people can not always be expected to react proportionally against unjust attacks due to the emotional reactions caused by such attacks. Excessive defense means that the ability to direct movements by the perpetrator becomes impossible or limited caused by excusable excitement, fear, or panic. For that reason, the perpetrator is not punished, although he commits a crime. The degree of the excitement, fear, or panic which are stated in the relevant article should be evaluated ex-ante. The excessive defense due to excusable excitement, fear, or panic, which was not regulated at Criminal Code no. 765, is first introduced into the Turkish Legal System with Criminal Code no. 5237 in consideration of German Criminal Code Art. 33. For that reason, in this article, the implementation of the said regulation according to Turkish Law will be presented in comparison with German Doctrine and Jurisprudence. The main research task of the article is to finding out whether the Turkish jurisprudence limits the scope of excessive defence. In order to reach a conclusion the decisions of German Federal Court (BGH) will be evaluated in comparison with Turkish case law.

EXTENDED SUMMARY

The second paragraph of Article 27 of the Turkish Criminal Code regulates excessive defense. According to this, a person who exceeds the limits of legitimate defense out of excusable excitement, fear, or panic shall not be punished.

The purpose of the article which regulates the excessive defence is to not punishing the person if s/he commits his defensive action under severe pressure due to excitement, fear, or panic elicited by the victim's attack. Under these circumstances, the psychological state of the perpetrator is disrupted up to a point which prevents him from evaluating the situation correctly and prefers to do the righteous behavior.

In Turkish Criminal Code excitement, fear or panic is listed as a source of excessive defence.

Turkish Criminal Code No. 5237 was excerpted from the German Criminal Code (Strafgesetzbuch). German Criminal Code regulates excessive defense in Art. 33. The relevant article is worded as follows: A person who exceeds the limits of legitimate defense out of confusion, fear, or fright shall not be punished.

The scope of the excess in case of legitimate defense has been discussed in doctrine due to the variety in its types of excess. In this regard, the types of excess are listed in doctrine as: "extensive excess," "intensive excess," and "putative excess.". However, neither of the German or Turkish Criminal Code regulates the type of excess. Therefore, the scope of Art. 27 Par. 2 should be examined in terms of aforesaid types.

Extensive excess means that the extension of the defensive reaction occurs after the unjust act ended totally or has not begun yet.

Intensive excess occurs, when the person reacts to unjust attack with an unproportional defensive action. Putative excess is mixed form of intensive and extensive excess. In case of putative excess, the perpetrator exceeds both the time and the proportion of the defensive action. In other words s/he makes a mistake in both the fact and proportion of legitimate defence.

Firstly Art. 27, Par. 2, without dispute, is applicable to intensive excess, since intensive excess means that the defensive action satisfies all the conditions of legitimate defence except proportionality in comparison with the unjust attack.

Nevertheless, Art. 27, Par. 2 is not applicable to putative excess according to majority view and jurisprudence. Thus, the mistake of fact in legitimate defense (Art. 30/3) regulates the general rule in case of putative excess. However, minority opinion considers extensive excess as a form of excessive defense. For that reason, the form of excess should be evaluated. For that reason all the requirements of legitimate defence except proportionality should be fulfilled in the concrete case if Art. 27/2 is applied.

The acceptable cause of excessive defense is listed in numerous clauses. Those are excitement, fear, or panic, so-called "asthenic effects." The other psychological effects caused by the victim's attack, like anger or rage, are not considered as an excuse. In this regard, the meaning and scope of the asthenic effects need to be put forward.

Art. 27/2 was regulated in resemblance with German Criminal Code Art. 33. The wording of Art. 27/2 in the Turkish Criminal Code is the same as StGB Art. 33 except the term "excusable." While the degree of excitement, fear, or panic is not mentioned in StGB, the Turkish Criminal Code requires that the excitement, fear, or panic shall be to the extent that makes it excusable.

The degree of asthenic effects should be evaluated ex ante. Since the question whether the distorted psychological state of the perpetrator prevents him/her to choose the just act can be only answered in this manner. On the contrary Turkish Appellate Court' decisions relies on the objective conditions of the legitimate defence. That procedure directs the decisions to the ex post evaluation.

Excessive defense in case of provocation is another problematic field of research. Since excessive defense depends on the existence of legitimate defense, the application of Art. 27/2 shall be decided accordingly. In other words, excessive defense is valid only if the level of provocation is sufficient to grant the perpetrator a right to defense.

In Turkish Criminal case law, Art. 27/2 has been applied very strictly. This research aims to reveal the reason for this practice in comparison with German Jurisprudence and Doctrine, which have close links with the Turkish Criminal Code. For this purpose, the only difference in the wording of the two regulations will be a starting point for this research. Additionally, Turkish jurisprudence will be examined in light of Turkish and German Doctrine, alongside providing examples from German Appellate Courts' decisions about excessive defense.

I. GİRİŞ

Meşru savunma, kişinin kendisine veya bir başkasına yönelen haksız saldırıyı defetmek amacıyla yapılır. Aslında bir hukuk devletinde, kişileri haksız saldırıdan korumak görevi, idari makamlara aittir. İdare bu görevini yerine getiremediği için kişi, kendisinin veya bir başkasının hakkına yönelmiş haksız saldırıyı defetmek mecburiyetiyle karşı karşıya kalmaktadır¹.

Kişinin, haksız saldırı karşısında savunmada bulunurken, her zaman soğukkanlı davranmasını beklemek doğru değildir. Aksinin kabulü halinde, ontolojik bir davranış olan meşru savunmanın, hukuk düzenince kısıtlanması söz konusu olacaktır. Zira bu durumda kişinin, haksız saldırının etkisiyle doğru davranışı seçme yeteneği azaldığında, meşru savunmada bulunmaması gerektiği gibi bir anlam ortaya çıkar.

Meşru savunmada haksız saldırının meydana getirdiği hissi (duygusal) etkilerin ortaya çıkardığı zaafiyet sebebiyle (astenische Affekte) savunmada sınırın ölçüsünün aşılması söz konusu olabilmektedir. Bu halde, failin cezalandırılmaması, gerek Alman Ceza Kanununda, gerekse de 5237 sayılı TCK'da kabul edilmiştir².

Failin cezalandırılmamasını öngören bu hükmün ihdas edilmesinin sebeplerinden biri de, haksız saldırıda bulunan kişinin, yalnızca meşru savunmaya değil, meşru savunmada sınırın aşılmasına da sebebiyet verebileceğini öngörerek fiilini gerçekleştirdiğinin kabulüdür³.

765 sayılı TCK'da, sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş ile aşılması halinde ceza verilmemesine ilişkin bir hüküm bulunmuyordu. 50 nci maddede, meşru savunmada sınırın aşılması halinde yalnızca failin kusurluluğunun azalması sebebiyle cezada indirim yapılması öngörülmüştü. Eski TCK'nın 50 nci maddesine göre bu halde indirilecek ceza miktarının, neredeyse haksız tahrikten daha az olması sebebiyle uygulamada meşru savunmada sınırın aşılması yerine, haksız tahrik hükümleri tatbik edilmişti⁴.

TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasında; *“meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez”* denilmektedir⁵. Görüldüğü gibi burada sadece meşru savunma bakımından sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş ile aşılması hali düzenlenmiştir. 27 nci maddenin 1 inci fıkrasında ise, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılmasına ilişkin hükme yer verilmiştir⁶. 27 nci maddenin 1 nci fıkrası kapsamında zikredilen ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlere, kusurluluğu etkileyen hallerin dâhil olup olmadığı konusundaki tartışma, inceleme konumuz 2 nci fıkra açısından geçerli değildir⁷.

Fıkra hükmünün uygulanabilmesi için, sınır aşılmasının mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi aranmıştır. Failin olağan psikolojik durumu, haksız saldırının

¹ EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. II, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s.23.

² WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2018, s.235, kn.699; ERYILDIZ, H. Sefa: “Alman Ceza Hukuku'nda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması”, Ceza Hukuku Dergisi, 31, 2016, s.94; KARTAL, Melik: Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019, s.3; BOHLANDER, Michael: “*Guilt and Excusatory Defences*” in: Principles of German Criminal Law, Hart Publishing, London 2009, s.121.

³ KINDHÆUSER, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2009, s.194, kn.1.

⁴ EREM, s.36; ŞAHİN, Mehmet: “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, TBB Dergisi, 76, 2008, s.342. 765 sayılı TCK'nın 50 nci maddesi şu şekildeydi: “49 uncu maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya salahiyyetar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşığı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden on beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde asil suçta müretteb ceza altıda birinden eksik ve yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis hapse tahvil olunur ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası yerine muvakkat memnuiyet cezası verilir”.

⁵ Gerekçede şu açıklamalara yer verilmiştir: “Maddenin ikinci fıkrasında meşru savunma hakkına ilişkin özel bir sınırın aşılması hâli düzenlenmiştir. Buna göre, meşru savunmada sınırın aşılması, fail bakımından mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise, faile ceza verilmeyecektir. Hükümet Tasarısında, maddenin ikinci fıkrası bütün hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Oysa heyecan, korku veya telaş, ancak meşru savunma hâlinde söz konusu olabileceği için, fıkra metninin başına meşru savunmada ibaresi konulmuştur”.

⁶ Madde 27/1: “Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadari indirilerek hükmolunur”.

⁷ 27 nci maddenin 1 inci fıkradaki düzenlemenin kusurluluğu etkileyen sebepleri kapsayıp kapsamadığı yönünde tartışmalar için bkz: MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul, 2017, s.594; ŞAHİN, s.322; AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.514; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m.27)”, EÜHFD, XI(1-2), 2007, s.40. Bizim de iştirak ettiğimiz görüş için bkz: ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.553.

oluşturduğu tehdit sebebiyle bozulmakta, bu şekilde heyecan, korku veya telaş ortaya çıkmaktadır⁸. İşte burada sınırın aşılması sebebiyle haksızlık teşkil eden tipik fiilin, mazur görülebilecek belirli astenik etkiler dolayısıyla gerçekleştirildiği kabul edildiğinden fail cezalandırılmamaktadır⁹.

Mazur; “*mazereti, bahanesi, özrü olan*” demektir. Mazur görme, özrü kabul olunan anlamına gelir¹⁰.

Heyecan; iç telaşı ve hareketi, coşma anlamına gelmektedir. Heyecan, korku, kızgınlık, şaşkınlık, üzüntü sevinç gibi sebeplere bağlı olarak ortaya çıkan güçlü ve geçici duygu yoğunlaşması durumunu ifade eder¹¹.

Korku; “*bir tehlike ihtimalinin yaklaşmasıyla ortaya çıkan heyecan, ürkme, dehşet*” demektir¹².

Kaygı, sözlükte; “*gaile, endişe, düşünce*”¹³, telaş ise “*ıztırapla karışık acele*” manasına gelir¹⁴.

İnceleme konusu halde haksız saldırının meydana getirdiği bu duygular sebebiyle kişi, savunma fiilini hukukun gereklerine uygun şekilde icra edememektedir.

TCK’nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası (AICK m.33) ile getirilen hükümde failin, haksız saldırıyı defetmek amacıyla harekete geçmesine rağmen meydana gelen olayın ortaya çıkardığı heyecan, korku veya telaş sebebiyle sınırı aşması arandığından, bu düzenlemenin, hukuka uygunluk sebebinin subjektif unsuruna işaret ettiği ileri sürülmektedir¹⁵ ki bizce de bu görüş isabetlidir.

27 nci maddede, mehz kanundan farklı olarak sınırın kast olmaksızın aşılması ve sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaşla aşılması ayrı ayrı düzenlenmiştir. 1 inci fıkrada yer alan hüküm, esas itibariyle kastı kaldıran hata kapsamında mütalaa edilerek, hatanın kaçınılmaz olmaması halinde failin taksirle sorumluluğuna gidilebilirdi. Düşüncemize göre burada kanun koyucu, meşru savunma hali sebebiyle kanunda fiilin taksirli hali için öngörülen cezada indirim yapılmasına yönelik kusurluluğu azaltan bir sebep ihdas etmiştir¹⁶.

Mehaz AICK’nın aksine, TCK’da, sınırın aşılmasına sebebiyet veren heyecan, korku ve telaşın, mazur görülebilecek seviyede olması aranmıştır. Haksız saldırının meydana getirdiği heyecan, korku veya telaşın (astenik etkiler), failin meşru savunmanın sınırını doğru değerlendirme şansını belirli bir seviyede zaafiyete düşürecek nitelikte olması arandığından, bu ibareye Türk Ceza Kanununda yer verilmesi isabetlidir. Zira her türlü heyecan, korku veya telaşın, failin cezalandırılmasını engelleyecek derecede kusurluluğuna etki etmesi söz konusu değildir¹⁷.

Kişi, saldırının meydana getirdiği heyecana rağmen içerisinde bulunduğu durumu fırsat bilerek fiilini gerçekleştirmişse, artık kusurluluğunun mazur görülebilecek ölçüde azaldığından veya ortadan kalktığından bahsedilemez. Burada artık haksız tahrik hükümleri uygulanır. Buna karşılık kişinin öfkeyle birlikte mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaşla hareket etmesi halinde hüküm uygulama alanı bulur. Alman Federal Mahkemesinin bir kararında da bu görüş benimsenmiştir. Karara konu olayda, aşırı sağ görüşlü sanığın, kendisine gelen isimli tehditlere karşı sosyal medya hesabından; bir saldırı olmasını dilediğini, bu şekilde karşı görüşlü kişileri meşru savunma sınırları içerisinde ortadan kaldırabileceğini yayınladığı olayda yerel mahkeme, fiilin işlenmesinden belirli bir zaman önce sarf edilen bu cümlelere atıf yaparak hukuka uygunluk sebebinde sınırın heyecan korku veya telaşla aşılmadığına hükmetmiş, fakat temyiz mercii, böyle bir kabulün hatalı olduğunu somut olayda kişinin haklı bir korku ile hareket ettiğini belirterek bozma kararı vermiştir¹⁸.

⁸ PERRON, Walter/EISELE, Jörg: &33 in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage, C.H. Beck, München 2019, kn.3.

⁹ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.124; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.41.

¹⁰ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Ed.: RADO, Şevket, İlmî Kontrol: ERGİN, Muharrem, Hayat Yayınları, İstanbul, 1970, s.827.

¹¹ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.520; Türk Dil Kurumu: <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 03.07.2021).

¹² Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.746.

¹³ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.687.

¹⁴ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.1156.

¹⁵ PERRON/EISELE, kn.3; WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.238, kn.703.

¹⁶ ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s.335; BOZBAYINDIR, Ali Emrah, “Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, CHD, (18), 2012, s.120; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.46.

¹⁷ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.612; Aksi yönde bkz: ÖZGENÇ, s.461.

¹⁸ BGH 4 StR 551/12 - Urteil vom 25. April 2013, kn. 20. Radikal sağ görüşlü NPD’nin üyesi olan sanık, daha önce internet üzerinde kendisine yönelen anonim tehditlerle ilgili, benzer ideolojiye sahip arkadaşlarıyla sosyal medya üzerinden yaptığı yazışmalarda; “keşke böyle bir şey yaşansa, bıçağı saplamak için bir şans olur. Aynı zamanda da meşru

II. MEŞRU SAVUNMADA SINIRIN ASTENİK ETKİLERLE AŞILMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Gerek TCK'da (m.27/2), gerekse de AİCK'da (m.33), meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaş ile aşılması halinde faile ceza verilmeyeceğine¹⁹ ilişkin hükmün hukuki niteliğinin; şahsi cezasızlık sebebi mi, kusurluluğu etkileyen hal mi yoksa hukuka uygunluk sebebi mi teşkil ettiği noktasında bir açıklama mevcut değildir²⁰.

5237 sayılı TCK'nın sisteminde, manevi unsur ve kusurluluk birbirinden ayrılmıştır. Buna göre Suç (haksızlık), cezaya müstehak, tipik ve hukuka aykırı bir davranıştır. Kast ve taksir ise, haksızlığın gerçekleştiriliş şekilleridir²¹.

Kusurluluk ise maddi, manevi unsurları gerçekleşmiş ve hukuka aykırı tipik bir fiil dolayısıyla failin subjektif olarak kınanabilirliği hakkında yapılan değerlendirmedir. Başka bir anlatımla kusurluluk, failin haklı bir davranışta bulunma imkânı varken, bunu seçmemesi, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştirilmesi sebebiyle muaheze edilmesidir²².

Haksız saldırının meydana getirdiği heyecan, korku veya telaş sebebiyle failin, objektif olarak varolan meşru savunmanın şartlarını değerlendirme yeteneği azalmakta veya ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle TCK'nın 27 nci maddenin 2 nci fıkrası sözkonusu olduğunda, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hatadan farklı olarak, kast kalkmamakta ve davranış kusurluluk kapsamında mütalaa edilmektedir²³.

CMK'da da bu söylediğimiz doğrultuda haksız saldırının meydana getirdiği mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş sebebiyle meşru savunmada sınırı aşan fail hakkında, kusurunun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına hükmedileceği ayrıca belirtilmiştir (CMK m.223/3-c)²⁴.

Bunun sonuçlarından biri de meşru savunmada sınırın aşılmasına karşı meşru savunmanın mümkün olmasıdır. Zira savunmada sınırın aşılması halinde, faile ceza verilmemesine rağmen failin fiili, tipik ve hukuka aykırıdır²⁵.

TCK'nın 27 nci maddenin 2 nci fıkrası, meşru savunmada sınırın aşılması açısından özel norm teşkil etmektedir. Bu nedenle önce 2 nci fıkra kapsamında failin sınırı aşıp aşmadığı

savunma teşkil eder” şeklinde beyanlarda bulunmuştur. Olay günü sanık tarafından aşırı sağcıların gösterilerini finanse etmek amacıyla bir yardım gecesi düzenlemiş ve sanık aracını ücretli otoparkta birinci çıkışa 14 metre mesafedeki alana park etmiştir. Sol ideolojiye sahip katılanlar, toplantıyı haber almış ve iki araba halinde olay yerinde keşif yapmaya başlamıştır. Katılanların amacı, yakaladıkları karşıt görüşlü kişilere şiddet uygulamaktır. Bu sırada sanık, toplantıdan çıkarak aracına binmiş ve tanık A.'yı aramıştır. Katılan S., sanığı tanıyarak yanına doğru yaklaşmış, elindeki biber gazını hazırladıktan sonra arkadaşlarına; “bu, ol!” diye bağırarak haber vermiştir. Sanık, maskeli kişilerin kim olduğunu anlamış ve telefonda konuştuğu A.'ya; “keneler” tarafından saldırıya uğradığını söyleyerek telefonu yan koltuğa atmıştır. Bu noktada BGH, sanığın haklı olarak duyduğu korkuyla aracını çalıştırdığını ve gaza şiddetle bastığını belirtmiştir. Bu şekilde sanık, ilk çıkışa yönelmiştir. Burada köprüye en yakın yol, sol olup, saldırgan grup da bu yol üzerinden gelmektedir. 3 katılan da sanığın döndüğü yolun ortasında beklemişlerdir. Sanık, bu noktada aracını hızlandırdığında, katılanların çekilmeleri halinde aracın onlara çarpacağı bilmektedir. Kararda; sanığın, aracın yeni harekete geçirmiş olması ve yönü itibarıyla katılanların doğrudan aracın önünde sabit kalacaklarını beklemediği, hayatları açısından bir risk ortaya çıkacağını kabullenmediği ileri sürülmüştür (kn. 7). Katılan P. ve S. sanığın sürdüğü araçtan kolayca kurtulmuş fakat K. açıklanamayan bir sebeple kaçınma şansına sahip olmasına rağmen aracın önünde durmuştur. Aracın çarpması ile kaldırılma düşen K., başına ciddi bir darbe almıştır. K.'nın yaralandığını gören sanık, durmayarak 2 dakika mesafedeki polis kontrol noktasına kadar gitmiş ve burada polislerle durumu izah etmiştir. Olay sebebiyle K.'nın hayatı tehlikeye girmiş, konuşma zorluğu yaşamış ve bir dizi ciddi ameliyat geçirmiştir. Sanık hakkında verilen hükümde yerel mahkeme, sanığın olay sırasında ters yönden kaçma imkânı olduğunu, olaydan önce sarf ettiği sözlerin de böyle bir durum için fırsat kolladığına işaret ettiği, bu şekilde kaçma zorunluluğu ve imkânı bulunan sanığın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama ve yaralama suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır. Federal Mahkeme ise, sanığın duyduğu haklı korku sebebiyle ilk çıkışa yönelmesi açısından hukuka uygunluk sebebinde sınırın heyecan, korku veya telaştan aşılması hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir.

¹⁹ AİCK'nın 33 üncü maddesinde; “fail cezalandırılmaz” denilmiştir.

²⁰ ERYILDIZ, s.95; BOZBAYINDIR, s.118.

²¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s.384; AKBULUT, s.384.

²² Bunun pratik sonuçlarından biri de, failin kusurluluğunu kaldıran bir sebebin varlığına rağmen, şeriklerin sorumluluğunun devam etmesidir. Gbi: WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.206, kn.621; ÖZGENÇ, s.402. Diğer bir görüş ise, kusur yeteneği olmayan failin, kasten ve taksirle de hareket edemeyeceğini kabul etmektedir. Gbi: DEMİRBAŞ, s.351.

²³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s.124; FISCHER, s.326, kn.3. Hüküm, Alman doktrininde de bir dönem tartışılmış ve çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan biri de hükmün şahsi cezasızlık sebebi olduğu yönündedir. İlgili tartışmalar için bkz: KINDHÄUSER, Urs, &33 in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch, C. 1, 5. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2017, kn 2.

²⁴ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.606; ŞAHİN, s.342.

²⁵ KÜHL, Kristian: &33 in: Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2018, kn. 1; FISCHER, s.317, kn.22; ZAFER, s.336; BOZBAYINDIR, s.117.

değerlendirilecek, failin heyecan, korku veya telaşının mazur görülebilecek seviyede olmadığına kanaat getirilirse, 1 inci fıkraya müracaat edilecektir²⁶.

III. SINIR KAVRAMI

Rumcadan dilimize geçtiği sanılan “sınır”ın konumuz bakımından anlamı; “bir şeyin yayılabileceği veya genişleyebileceği son çizgi, uç”dur²⁷. Maddede sınırın aşılmasından kast edilenin ne olduğuna dair bir açıklama, gerek TCK’da gerekse maddenin mehazını teşkil eden AICK’da mevcut değildir.

Meşru savunmada sınırın aşılması, savunmanın zamanında (extensiver Notwehrexzess) veya niceliğinde/oranında (intensiver Notwehrexzess) söz konusu olabilir²⁸.

Sınırın zaman bakımından aşılması iki şekilde ortaya çıkabilir.

Birincisi saldırı başlamadan önce savunma hareketinin icra edilmesidir (vorzeitiger Nothwehrexzess). Zaman bakımından sınırın aşılmasında TCK’nın 27 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbikini kabul edenler arasındaki çoğunluk görüş, saldırı başlamadan önce gerçekleştirilen savunma hareketinin, bu fıkra kapsamında olamayacağı yönündedir²⁹.

İkinci durumda ise fail, saldırı bittikten sonra savunma hareketi icra etmektedir (nachzeitiger Notwehrexzess). Çoğunluk görüş, eğer saldırının bittiği noktada fail hataya düşmüşse, hatanın kaçınılmaz olması şartıyla, TCK’nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası değil, 30 uncu maddenin 3 üncü fıkrasının tatbik edileceği yönündedir. Savunmada sınırın zamansal olarak aşılması halinde, meşru savunmanın saldırıya ilişkin şartları gerçekleşmediğinden, meşru savunmada sınırın aşılması da söz konusu olmayacaktır³⁰. Zira meşru savunmanın şartları ortadan kalktıktan sonra gerçekleştirilen bu fiil açısından, meşru savunmada sınırın aşılmasının aksine, bir yanılma söz konusudur³¹.

Alman Federal Mahkemesinin bir kararında; saldırı gerçekleştireceği varsayılan kişinin, failin bıçak darbeleri sonucunda yere düşmesinden ve böylece hareket kabiliyetinin kısıtlanmasından sonra gerçekleştirilen bıçak darbelerinin, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşla aşılması kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir³². Somut olayda mağdur, festival esnasında sanığa karşı uzun süreli tehditkâr davranışlar göstermiş ve sonrasında da yolunu keserek bir kaç tokat atmıştır. Yapılan saldırıyla korku ve paniğe kapılan sanık, saldırıyı kendisine silah tevcih edeceğini sanarak mağduru bıçaklamaya başlamıştır. Saldırı gerçekleştireceği varsayılan kişi, failin bıçak darbeleri sonucunda yere düşmüş ve böylece hareket kabiliyeti kısıtlanmıştır. Artık hareket kabiliyeti kısıtlandıktan sonra gerçekleştirilen bıçak darbelerinin, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşla aşılması kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmedilmiştir³³.

²⁶ FISCHER, s.326, kn.2; BOZBAYINDIR, s.117.

²⁷ Hayat Büyük Türk Sözlüğü, s.1062; Türk Dil Kurumu: <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 03.07.2021).

²⁸ HILGENDORF, Eric/VALERIUS, Brian: Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Çev.: Oktar, Salih, Ankara, 2021, s.168; BOHLANDER, s.121; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.598.

²⁹ KINDHÆUSER, s.196, kn.13; WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.236, kn.702; BOHLANDER, s.122.

³⁰ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2020, s.459, 734. Dipnot; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.599; Saldırı bittikten sonra yapılan hareketlerin AICK m.33 kapsamında mütalaa edilemeyeceğine dair bkz: NSTz 87, 20.

³¹ GROPP, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer, Berlin, 2015, s.301, kn.163; Aksi yönde bkz: WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.238, kn.703. Meşru savunmada, bir zaman, bir de oran olmak üzere iki sınır olduğunu bu nedenle de, savunmada sınırın zaman olarak aşılması halini m.27/2 kapsamında mütalaa edilmesi gerektiğini savunan görüş için bkz: DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.346; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.598; Saldırının hiç meydana gelmemesi halini de meşru savunmada sınırın zamansal olarak aşılması başlığında değerlendiren görüş için bkz: KÜHL, kn.2.

³² “11 Haziran 1999 tarihinde akşam saatlerinde, sanık, A. şehrindeki festivale gelmiştir. Sanığın yanında, 9 cm uzunluğunda bir balıkcı bıçağı bulunmaktadır. Sanık, gün boyunca alkol ve uyuşturucu tüketmiş, festival sırasında da kullanmaya devam etmiştir. Saat 21.00 sularında, mağdur ve beraberindeki 9 kişilik grup sanığın olduğu yere gelmiştir. Mağdur, sanığı fark ederek sık sık ona bakmış ve sanığı göstererek arkadaşlarıyla hararetli bir şekilde konuşmaya başlamıştır. Daha sonra sanık gitmek istediğinde, mağdur sanığın önüne geçmiş, sanığı omzundan tutarak yüzüne vurmuş ve şimdi ödettiklerini söylemiştir. Kavgayı ayırmak isteyen tanık S. araya girmiş, fakat katılan tarafından kendi işine bakması şeklinde ikaz edilerek engellenmiştir. Daha sonra katılan, tekrar sanığa dönerek cebindeki silahı gösterecek şekilde ceketini tutmuştur. Bu aşamada sanık, katılanın silahla ateş edeceğinden korkarak bıçağını çıkarmıştır. Sanık, vurulacağı korkusuyla, katılan yere düşene kadar bıçağı saplamaya başlamıştır. Bu aşamadan sonra altta kalan katılanın, sanığa karşı hamle yapmaya takati kalmamıştır. Ancak sanığın korkusu o kadar yoğunlaşmıştır ki, kendisini tekrar ayırmaya çalışan ve bu sırada parmağını kesen tanık S.’yi dahi fark etmemiştir. Sonunda mağdur, tamamen yüzüstü yere düşmüş ve bunun üzerine sanık, araya girenlerden de sıyrılarak kaçmıştır” BGH 3 StR 272/01, Urteil v. 24.10.2001, HRRS-Datenbank, kn.2.

³³ BGH 3 StR 272/01, Urteil v. 24.10.2001, HRRS-Datenbank, kn.2.

Kararın gerekçesinde; 33 üncü maddenin tatbiki için, meşru savunmada bulunmayı gerektirecek bir saldırının gerçekleşmekte olmasının arandığı belirtilmiştir. Sanığın, maddede sayılan astenik etkiler (heyecan, korku veya telaş) sebebiyle kusurluluğu ortadan kalkar. Sanığın, böyle bir saldırı olmamasına rağmen heyecan, korku veya telaşla hareket etmesi halinde 33 üncü madde tatbik edilemez³⁴.

Saldırı sona ermekle birlikte, somut olayın özelliklerine göre saldırganın tamamen bertaraf edilmediği durumlarda, saldırının mevcut olması şartının geniş yorumlanması suretiyle meşru savunmada sınırın astenik etkilerle aşılmasına ilişkin hükmün uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁵. Ancak saldırı sonlandıktan veya saldırı tehdidi ortadan kalktıktan sonra gerçekleştirilen fiiller, meşru savunmada sınırın heyecan, korku veya telaşla aşılması kapsamında mütalaa edilemez.

Bizim de iştirak ettiğimiz çoğunluk görüşüne göre³⁶; mefruz meşru savunma (Putativnotwehr) ile ilgili uygulama, sınırın zaman bakımından aşılmasıyla aynıdır³⁷. 27 nci maddenin 2 nci fıkrasının uygulanması meşru savunmanın şartlarının gerçekleşmesine bağlı olduğundan, meşru savunmayı gerektirecek bir fiilin bulunmadığı hallerde konu, hata hükümlerine göre çözümlenmelidir³⁸.

Yargıtay bu hususta aksi yönde bir içtihadı mevcut olup, sanığın, maktul tarafından kendisine tevcih edilen silahın gerçek olmadığını bilebilecek durumdan olmadığı, bu nedenle gerçekleştirdiği savunma fiilinde ölçüyü heyecan, korku ve telaşla aştığı belirtilmiştir³⁹.

Haksız saldırının meydana getirdiği öfkeyle fiilini icra eden fail hakkında ise haksız tahrik hükümleri uygulanır⁴⁰.

IV. MAZUR GÖRÜLEBİLECEK HEYECAN, KORKU VE KAYGI SEBEBİYLE FAİLE CEZA VERİLMEMESİNİN ŞARTLARININ ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Meşru savunmanın şartları; saldırıya ve savunmaya ilişkin şartlar olmak üzere ikiye ayrılır. Saldırıya ilişkin şartlar; saldırının haksız olması, saldırının devam etmesi veya gerçekleşmesinin ya da tekrarının muhakkak olması şeklinde sayılabilir. Savunmaya ilişkin şartlar ise, savunmada gereklilik bulunması, savunmanın saldırıda bulunan kişiye karşı gerçekleştirilmesi ve savunmanın saldırı ile orantılı olmasından ibarettir⁴¹.

27 nci maddenin 2 nci fıkrasının tatbiki için meşru savunmanın şartlarından, savunmada ölçülülük dışındaki unsurların tamamının gerçekleşmiş olması aranır. Aksi takdirde örneğin henüz gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhakkak bir saldırı mevcut değilse, somut olayın özelliklerine göre hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata söz konusu olacaktır (TCK m.30/3). Savunma hareketinin, failin düştüğü kaçınılmaz hata ile saldırgandan başkasına karşı

³⁴ BGH 3 StR 272/01, Urteil v. 24.10.2001, HRRS-Datenbank, kn.5.

³⁵ KÜHL, kn.2; KINDHÆUSER, &33, kn.11; BOZBAYINDIR, s.124.

³⁶ THOMAS, Fischer: Beck'sche Kurz-Kommentare Strafgesetzbuch, 66. Auflage, C.H. Beck, München, 2019, s.325, kn.50a; GROPP, s.301, kn.164; HILGENDORF/VALERIUS, s.168; DEMİRBAŞ, s.345; ŞAHİN, s.324.

³⁷ WESSELS/BEULKE/SATZGER, s.177, kn.547; KINDHAUSER, &33, kn.12.

³⁸ Bir görüşe göre hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsuru, onları kastın kapsamına dâhil etmektedir (Suçun Olumsuz/Negatif Unsurları Teorisi). Buna göre kanuni tipte yalnızca suçun maddi ve manevi unsurları değil, fiilin hukuka aykırılığı da tanımlanmaktadır. Bu nedenle hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında kaçınılmaz hata, kastı kaldırır. Bu cümleden olarak kusurluluğu etkileyen şartlarda hatanın TCK m.30/3 kapsamında mütalaa edilmesi gerekirken, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata halinde TCK m.30/1 hükmünün tatbiki lazım gelir. Biz de bu görüşe iştirak ediyoruz. Bkz: KOCA/ÜZÜLMEZ, s.46. Ayrıca bkz: ÖZGENÇ, s.483. Suçun unsurlarını bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş sayılmayacağı düzenleyen StGB Art. 16'da; açıkça kanuni tipte yer alan unsurlardan bahsedilmesi, fakat hukuka uygunluk sebeplerine yer verilmemesi sebebiyle bu görüşün hatalı olduğu yönünde bkz: JÆGER, Christian: Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2019, s.199, kn.213.

³⁹ "Sanığın maktul ...'a yönelik eylemi yönünden yapılan incelemede; sanığın kendisine yöneltilen tabancanın niteliğini bilemeyeceği göz önüne alındığında maktullerden kendisine yönelmiş, gerçekleşen ve tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anki hal ve şartlara göre, saldırıyla orantılı bir şekilde defetme zorunluluğunda bulunmasına rağmen, bu sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla aştığı anlaşıldığı halde, TCK'nın 27/2 ve CMK'nın 223/3-c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde delillerin takdirinde yalnlığına düşülerek, TCK'nın 81, 29 ve 62. maddelerinden hüküm kurulması (...)" Yarg. 1. C.D., 08.06.2020 t., 2018/1702 E., 2020/1183 K.

⁴⁰ HILGENDORF/VALERIUS, s.168; ÖZGENÇ, s.462.

⁴¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s.494; GROPP, s.303, kn.173; JÆGER, s.86, kn.115; EREM, s.26.

gerçekleştirilmesi de aynı kapsamda mütalaa edilir⁴².

Saldırı ile savunma arasındaki sınırın, maruz kalınan tehdit sebebiyle oluşan ve mazur görülebilecek nitelikteki heyecan, korku veya telaşla aşılması gerekir. Eğer savunmada sınırın aşılmasının kaynağı heyecan, korku veya telaş değilse, 27 nci maddenin 2 nci fıkrası uygulanamaz. Ancak bu durumda haksız tahrik altında işlenmiş fiil söz konusu olabilir⁴³.

Belirtmek gerekir ki, failin psikolojik zaafiyete düşmesine sebebiyet verdiği için kusurluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran astenik etkiler, maddede sayılan heyecan, korku ve telaştan ibarettir. Haksız tahrik açısından kabul edilen şiddetli elem, hiddet veya intikam duygusu ise, failin kendisini savunma noktasında doğru davranışı seçme ve hareketlerini yönlendirme yeteneğini değil haklı davranışı seçme şansını azaltmaktadır. Bu nedenle şiddetli elem ve hiddet fiilin işlenmesinde failin saldırganlığını arttıran, ona güç veren stenik etkiler (stenische Affekte) olarak addedilmektedir⁴⁴.

Elbette bu etkilerin de, kusurluluğu etkilemesi mümkündür. Ancak meşru savunmada sınırın aşılması açısından bu etkilerin failin kusurluluğunu ortadan kaldırması kabul edilmemiştir⁴⁵.

Hukuka uygunluk nedeninde sınırın kasten aşılmasının, 27 nci maddenin 2 nci fıkrası kapsamında mütalaa edilip edilemeyeceği tartışmalıdır.

Kasten sınırın aşılmasını madde kapsamında kabul etmeyen görüş; sınırın kasten aşılması halinde, failin böyle bir hukuka uygunluk nedeninden yaralanamayacağını, zira artık hukuka uygunluk sebebinin amaçta aşıldığını ileri sürmektedir⁴⁶.

Bizim de iştirak ettiğimiz görüş; sınırı aşan fiilin kasten işlenmesini, TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbikine engel addetmemektedir⁴⁷. Zira burada failin kasten veya taksirle sınırı aşmasına ilişkin açık bir atıf yoktur. Maddede, sınırı kasten veya taksirle aşan failin kusurluluğunun, haksız saldırının oluşturduğu heyecan, korku veya telaş duygusu ile azaldığı veya kalktığı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla fail, meşru savunmada sınırı aşan fiili kasten icra etmiş olsa dahi eğer ki haksız saldırının etkisiyle spontane gelişen olayda oluşan astenik etkilerle kusurluluğu ortadan kalkmış veya sınırı aşmasını mazur gösterebilecek şekilde azalmışsa, cezalandırılmaz. Nitekim TCK'daki düzenlemede özellikle; “mazur görülebilecek” heyecan, korku

⁴² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s.559; ZAFER, s.335; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.96; ŞAHİN, s.325; GROPP, s.303, kn.173; BOHLANDER, s.121.

⁴³ ÖZGENÇ, s.462; “(...) ceza yargılaması hukukunda delilleri sayarak değil, tartarak maddi gerçeğe ulaşılabileceği yönündeki evrensel Argumenta non sunt numeranda, sed ponderanda ilke ile beraber değerlendirildiğinde; harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyeti olarak tanımlanan askerlik görevini yaklaşık 10 aydır olayın meydana geldiği kütasında yapmakta olan sanığın, görevini etkili bir biçimde yerine getirmesi için kendisine verilen fiziksel, psikolojik ve ahlaki eğitim ile nöbete, silah kullanmaya, sınır ihlali yapan kişilere karşı davranış şekillerine ilişkin talimatlar hıfzına hareket ettiği, elinde veya üzerinde herhangi bir silah bulunmadığı sabit olan maktulün kendisini askerlere ihbar ettiğini düşündüğü tanık 'ye kızarak üzerine doğru koşması ve sanığın maktule yumrukla vurarak yere düşürmesi üzerine de yerden kalkarak sanığın üzerine hızla yürümekten ibaret eylemlerinin, sanığa veya olay yerinde bulunan kendisine yönelik silahlı etkili eyleme karşı savunma yapabilecek fiziksel yapıya sahip 18 yaşındaki tanık'a yönelmiş ciddi ve haksız bir saldırı oluşturmaması karşısında; sanığın saldırıyı o andaki hâl ve şartlara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile hareket etmeyip haksızlık karşısında öfkeye kapılarak son derece orantısız şekilde tepki gösterip tüfeğinin ucuna takılı süngüyü maktulün göğsüne saplayarak haksız tahrik altında maktulün ölümüne yol açtığı anlaşıldığından, sanık hakkında meşru savunma veya meşru savunmada sınırın aşılması hükümlerinin uygulanma imkânının bulunmadığının kabulü gerekmektedir” YCGK, 05.02.2019, 2015/1-705 E, 2019/59 K.

⁴⁴ KINDHÆUSER, a.g.e., s.195, kn.7; BOHLANDER, s.122.

⁴⁵ PERRON/EISELE, kn.4; ERYILDIZ, s.112. Örneğin TCK'nın 129 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında kasten yaralama suçuna karşı işlenen hakaret suçunda, hakaret suçunun failinin, haksız saldırının meydana getirdiği öfkeyle kusurluluğunun tamamen ortadan kalktığı kabul edilmiştir. Gbi: ÖZGENÇ, s.464.

⁴⁶ İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s.364. Yargıtayın bu yönde kararlarına rastlamak mümkündür: “Sanığın, yaşlı ve hasta olan babası ve küçük kardeşleri ile birlikte aynı evde kaldığı, kapısı ve pencereleri muhkem olan evin önüne gelen maktulün, aracının lambalarını kullanarak pek çok defalar sanığa işaret verdiği, sanığın, hakkındaki beraat hükmü kesinleşen sanık Bekir'in evine giderek kendini korumak gayesiyle olayda kullandığı tüfeği alarak kendi evine döndüğü, daha sonra pencerenin önüne gelen maktulün, para karşılığı cinsel ilişkiye girmek istediğini sanığa söylediği ve bu konuda ısrarcı olduğu, sanık tarafından defalarca ikaz edilmesine rağmen davranışlarına devam ettiği, sanığın, pencereden silahıyla pencerenin hemen önünde bulunan ve henüz eve girmeye yönelik bir davranış sergilemeyen maktulün göğüs bölgesine 1 kez ateş edip öldürdüğü olayda; Yasal savunma sınırlarının aşılması hükümlerinin şartları bulunmakla beraber; yasal savunma sınırlarının kasten aşılması nedeniyle 5237 Sayılı TCK. nun 27/1-2 maddesindeki koşulların bulunmadığı cihetle; sanığa 5237 Sayılı TCK. uyarınca ceza tayin edilmesi durumunda aynı yasanın 81, 29, 31/3 ve 62. maddelerinin tatbik edilmesinin gerekmesi ve bunun da aleyhe sonuç doğurması söz konusu olduğundan 765 Sayılı TCK. nun 448, 50, 55/3, 59. maddeleri yerine yazılı şekilde hüküm kurulması” Yarg. 1. CD, 27.02.2007, 2006/4201 E, 2007/816 K.

⁴⁷ İlgili görüş için bkz: PERRON/EISELE, kn.6; ŞAHİN, s.344.

veya telaştan bahsedilmesi bu görüşü teyit eder niteliktedir⁴⁸. Yargıtayın da bu yönde kararı mevcuttur⁴⁹.

Fıkra bahsi geçen; astenik etkinin “mazur görülebilecek” seviyede failin haklı davranışı seçme imkânını kaldırıp kaldırmadığına ilişkin değerlendirme, ex ante olarak yapılmalıdır. Bu cümleden olarak failin nasıl davranması gerektiğinin olay sonrası bir değerlendirmeye tabi tutulması, hatalı sonuçlara yol açar. Kişinin fiilini gerçekleştirmeden önce yaşadığı korkunun, kusurluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmadığı, failin içerisinde bulunduğu şartlar dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu kapsamda meşru savunmayı düzenleyen 25 inci maddede yer alan; “o anki hal ve şartlara göre” ibaresi yol gösterici niteliktedir⁵⁰. Örneğin saldırının o an çok büyük bir tehlike teşkil etmemesine rağmen hangi yöne evrileceğinin kestirilemeyeceği durumlarda da faile ceza verilmemesi gerekir. Zira burada fail, fiilini gerçekleştirmeden önce, haksız saldırı sebebiyle hareketlerini doğru yönlendirme ve haklı davranışı seçme noktasında zaafa düşmektedir.

Yargıtayın bazı içtihatlarında, meşru savunma halinde dahi sınırın aşılmasına atfı yapılmasının sebebinin ex post değerlendirmeden kaynaklandığı görülmektedir. Olaydan sonra fail ile mağdurun hakları arasında bir değerler tartımı yapılması şeklindeki anlayış; meşru savunma teşkil eden fiillerin dahi meşru savunmada sınırın aşılması veya haksız tahrik hükümlerine göre değerlendirilmesi sonucuna yol açmaktadır⁵¹.

Buna örnek teşkil eden bir YCGK kararının kabul kısmına göre; bir önceki gün yapılan konuşmada tarafların arazinin bedeli üzerine anlaşamaması nedeniyle maktul, sanığı; “erkeksen yarın işyerinde olursun en fazla 10 yıl yatar çıkarım” şeklinde tehdit etmiş ve oğullarını da yanına alarak silahlı şekilde sanığın dükkanına gelmiştir. Burada oturmakta olan sanık, sanığın kardeşi ve tanığı gören maktul, sanığı kendisine doğru çekerek silahını çıkarmış, tanığın müdahalesi üzerine sanık yere düşmüş ve bu sırada maktul tarafından yapılan atış sonucunda yaralanmıştır. Tanık, sanığı dükkanın içerisine çekmiş, maktul ise iki oğlu tarafından yere düşürülen sanığın kardeşine ateş etmeye başlamıştır. Sanık, bu saldırıyı defetmek amacıyla rastgele ateş etmiştir. İsabet eden tek kurşunla maktul göğsünden vurularak ölmüştür. Bu kabule rağmen Genel Kurul, somut olayda savunma ile saldırı arasındaki ölçünün, savunma lehine bozulduğuna hükmetmiştir⁵². YCGK., oyçokluğu ile meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaşa aşıldığından bahisle bozma kararı vermiştir⁵³.

⁴⁸ KÜHL, kn.3; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.50; ERYILDIZ, s.115; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.616.

⁴⁹ YCGK, 28.05.2013 t., 2012/1-1286 E., 2013/264 K. Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz: BGH NJW 91, 505, NStZ, 95, 77.

⁵⁰ ÖZGENÇ, s.465; BOZBAYINDIR, s.122. Meşru savunmada ölçülülük ve gereklilik açısından ex ante değerlendirmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: KARTAL, s.62.

⁵¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.95.

⁵² YCGK, 01.03.2016 t., 2015/1-1039 E., 2016/96 K. Karar metni için Kazancı Hukuk Otomasyon: lib.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2021). Yerel mahkeme ise, meşru savunmanın şartları ve kusurluluk ile hiç bağdaşmayacak şekilde kasten öldürme suçunun işlendiğine kanaat getirerek sanık hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulamıştır.

⁵³ Muhalefet şerhinin gerekçesi şu şekildedir: “Müteahhitlik yapan sanık ... ile maktul ve ailesi arasında, maktulün evinin bulunduğu arsadan kaynaklanan bir hukuki ihtilaf bulunduğu, tarafların sorunu halledebilecek için birkaç kez görüştükleri ancak bir çözüme ulaşamadıkları, son görüşmelerinden bir iki gün sonra, maktulün oğlu ...'in, sanık ...'e telefon ederek arsa yerine satış bedelini ödemeleri durumunda anlaşabileceklerini söylediği, bunun üzerine ...'in fiyat araştırması yaptırdıktan sonra ...'i telefonla arayarak, emsal arsa fiyatının m2 başına 400 ilâ 450 TL olduğunu belirttiği, bu cevabı beğenmeyen ...'in 'siz bizimle dalga mı geçiyorsunuz, emsal arsaların m2 fiyatı 1.000 ilâ 1.300 TL, ben böyle işi sinkaf ederim, erkeksen yarın işyerinde olursun en fazla 10 sene yatarım' diyerek telefonu kapattığı, olay günü; maktul ...'nin yanına oğulları ..., ... ve ...'i alarak sanık ... ve ailesine ait müteahhitlik bürosuna gitmek için yola çıktığı, maktulün 7,65 mm çaplı; oğlu ...'in ise 9 mm çaplı tabancalarını yanlarına aldıkları, geldikleri aracı park ettikten sonra yürüyerek olay yerine gittikleri, sanık ..., kardeşi ... ve tanık ...'nin büronun bulunduğu işhanının önünde ayakta konuştukları, bu sırada maktul ve oğullarının olay yerine gelmesi ile başlayan kavga sırasında, maktul ...'nin sanık ...'i omzundan tutarak kendine doğru çektiği ve belinden çıkardığı tabancasını sanığa doğrulttuğu, tanık ...'nin müdahalesi sonucu yere düşen sanığa iki el ateş eden maktulün, sanığı sol uyluğundan basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek ve yaşamsal tehlike doğurmayacak şekilde yaraladığı, bu esnada maktulün oğulları ... ve ...'in de sanığın kardeşi ...'e saldırarak darp etmeye başladıkları, tanık ...'nin yaralanan sanık ...'i işhanının girişine çekmesi üzerine, maktulün bu kez oğulları ... ve ... tarafından yere düşürülerek darp edilen ...'e ateş ederek diz üstü ve diz altından dört isabetle yaşamsal fonksiyonları ağır (6.) derecede etkileyecek, sol femur ve sol tibia açık kırığına neden olacak şekilde yaraladığı, sanığın maktulün kendisine ve kardeşi ...'e yönelen bu silahlı saldırısını defetmek maksadıyla rastgele silahla ateş ederek tek isabetle maktul ...'nin oğlu ...'i üst bacak bölgesinden, maktulün diğer oğlu ...'i sol topuk bölgesinden yaraladığı, maktul ...'yı ise göğüs ön yüzden vurarak ölümüne neden olduğu olayda; kendisini silahla yaralayan ve akabinde darp edilmiş vaziyette yerde yatmakta olan kardeşi ...'e de dört el silahla ateş eden maktule devam eden yaşama hakkına yönelik haksız saldırısını bertaraf etmek maksadıyla o anki hal ve koşullara göre başka türlü hareket etme imkânı bulunmadığından hamili bulunduğu silahıyla ateş ederek maktulün ölümüne neden olan sanığın eylemini meşru savunma şartları altında gerçekleştirdiği kabul edilmelidir”.

Bu kabul tarzı, meşru savunmanın sınırlarını, kanunun öngörmediği şekilde kısıtlamaktadır. Olayın seyri içerisinde kendisini ve kardeşini öldürme kastıyla hareket ettiğine ilişkin ciddi emareler bulunan ve elinden kaçmasına rağmen oğullarıyla birlikte hareket ederek atışlarına devam eden saldırgan karşı, hedef gözetmeksizin ateş eden kişinin fiili, hukuka uygundur. Kişi, hedef gözeterek öldürme kastıyla hareket etseydi dahi, saldırıyla orantılı bir savunmada bulunmuş olacaktı. Kişinin haksız saldırı karşısında öfkelenmesi veya korkuya kapılması, saldırıyı defetmeye yeterli davranışta bulunduğu sürece, meşru savunmanın şartlarını halel getirmez⁵⁴.

Özellikle kararın kabul kısmında olayın ne şekilde cereyan ettiği anlatılırken, basamaklı bir şekilde hangi aşamada sınırın aşıldı ve bunun mazur görülebilecek bir astenik etkiden ileri gelip gelmediği ortaya konulmalıdır. Örneğin bir önceki gün tehdit ettiği kişinin işyerine arkadaşlarıyla birlikte ve kesici, delici aletlerle giden mağdurun fiiline karşılık verilmesiyle meydana gelen olayda neden haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmeden verilen karar, yeterli gerekçeyi ihtiva etmemektedir⁵⁵.

Meşru savunmada sınırın astenik etkilerle aşılmış ve aşılmadığının değerlendirilmesinde olay anında failin haksız saldırı sebebiyle maruz kaldığı heyecan, korku veya telaş hali içerisinde kendi fiiline ilişkin yaptığı değerlendirme dikkate alınmalıdır. Yalnızca saldırı ile savunmada kullanılan araç arasındaki orantısızlık, failin kusurlu hareket ettiğine işaret etmez. Fail, o anki şartlarda başka türlü davranma imkânının kalmadığına kani olmuş ise, bu ihtimalde de faile ceza verilmez⁵⁶.

Alman Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar, bu konuda yol gösterici nitelikte olup, hükümde meşru savunmada sınırın aşılmasının tatbik şartlarının bütün unsurları irdelenmiştir⁵⁷.

Karara konu olayda; 66 yaşında, omurlararası diskinde yumru bulunan ve bileğinde sakatlık olan sanık, bayan arkadaşı (P) ile birlikte kendi konutunda saldırıya uğramıştır. (P)'nin oğlu olan saldırgan maktul, alkollü ve öfkeli bir halde, kapıyı kırarak konuta girmiş ve annesi P'ye saldırmıştır. İlk olarak sanık, maktulü sakinleştirmeye çalışmış fakat maktul tarafından yere düşürülmüştür. Maktul, alkollü olması ve şiddete meyilli hareketlerinden anlaşıldığı üzere sözle ikna edilebilecek durumda da değildir. Sanığın, maktulü fiziksel güç kullanarak durdurması da kendisinden beklenemez. Maktul, annesi olan (P)'yi öldürmekle tehdit ederek çılgınlıklarına aldırış etmeden merdivenlerden aşağı sürüklemiş ve darp etmeye başlamıştır. Bunun üzerine sanık eskiden kalma ve içinde tek kurşun bulunan silahını kullanarak saldırganı başından vurup öldürmüştür⁵⁸.

Burada (P)'nin ciddi ve hayatını tehlikeye sokacak derecede yaralanabileceği kabul edilmelidir. (P)'nin kafasının merdivenlere vurulması ciddi yaralanmaya yol açabilecek niteliktedir. Sanık da, (P)'nin ölebileceğini düşündüğünü açıkça belirtmiştir. Bu sebeple yerel mahkemenin; sanığın kasten öldürme suçunun işlenmesine karşı meşru savunmada bulunmak üzere harekete geçmediği yönündeki kabulünün hukuken hatalı olduğu söylenmelidir. Çünkü yerel mahkeme, (P)'nin hayatına karşı ciddi bir risk olmadığı kanaatinde ise, buna ilişkin makul bir gerekçe ortaya

⁵⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.95; ŞAHİN, s.344. 64 numaralı dipnotta verilen Yarg. 1 C.D.'nin, 23.06.2020 t., 2020/3947 E., 2021/11085 K. sayılı kararı da bu hususta örnek teşkil etmektedir.

⁵⁵ “Sanığın, ikinci el eşya alım satım yaptığı ve katılan ...'dan mal aldığı, katılan ...'a bir miktar para verdiği, ancak; malların katılan ... tarafından kendisine teslim edilmemesi üzerine aralarında husumet oluştuğu, olay tarihinde sanık ... ile katılan ... arasında geçen telefon görüşmesinin katılan ... hakkında başka bir örgütlü suçtan dolayı verilen dinleme kararı uyarınca kayda alındığı ve bu kaydın dosyaya getirildiği, kayıt incelendiğinde; katılan ...'ın ilk önce sanık ...'e küfürler ettiği ve akabinde karşılıklı küfürleşme ve tehditlerin başladığı, katılan ...'ın diğer arkadaşlarına da haber vererek ...'ün dükkanının bulunduğu yere akşam geç saatlerinde gittiği, burada çıkan kavgada aldrılan doktor raporlarından da anlaşılacağı üzere, sanık ... ile katılan ...'ın birbirlerini kesici aletlerle yaraladıkları, olayda katılan ...'ın haksızlık içeren eylemlerinin ulaştığı boyut dikkate alındığında, sanık ... lehine haksız tahrik hükümlerinin en üst seviyeden uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi” Yarg. 1. C.D., 19.04.2018 t., 477/1901.

⁵⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin güzel bir örnek teşkil eden kararı şu şekildedir: “gece saat 24.00 sıralarında, kadınlardan ve küçük çocuklardan başka kimsenin bulunmadığı eve tahtadan yapılmış olan tuvalet penceresini kullanarak girecek kadar gözünü karartmış ve makul hareket edemeyecek ölçüde sarhoş olan maktulün, evin içerisinde sanık A.... Y.... 'a, sanığın annesi H.... A..... 'na ve yengesini S... A..... 'na yönelik olarak cinsel ilişkiye girmek istediğini de açıkça ortaya koyan saldırgan hareketlerde bulunup, bahsedilen üç kadının tüm uğraşlarına rağmen saldırılarına son veremeyerek onları zor duruma bırakması, olayın nasıl bir gelişim göstereceğinin belirsizliği ve kadınların güç kullanarak ta saldırılara son vermeye muktedir olamamaları karşısında; tamamen ırza yönelik muhtemel saldırıdan kurtulma gayesine matuf biçimde, eline aldığı tüfeğe bir fişek koyup, maktule rastgele ateş ederek ölümüne neden olan sanığın, meşru savunmanın sınırını olay sırasında kapıldığı mazur görülebilir korku, panik ve şaşkınlıkla aştığını kabul etmek gerekir” YCGK, 26.02.2008 t., 2007/1-281 E., 2008/37 K. Karar metni için bkz: ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s.124, 105.Dipnot.

⁵⁷ Bu olayda ağır ceza mahkemesi, 33 üncü madde hükümünü yeterince tartışmaksızın taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan sanığı, 1 Yıl 6 Ay hapis cezasına mahkum etmiştir. BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.11.

⁵⁸ Bkz: BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn. 11.

koymalıdır. Sanık kendisinin (P)'nin ciddi yaralanma ve ölüm riskiyle karşı karşıya olduğu korkusuyla fiilini ika ettiğini ispatlamak zorunda değildir. Kaldı ki Mahkemenin oluşa ilişkin kabulünden de, bu yönde ciddi bir riskin bulunduğu ve sanığın da korkuyla hareket ettiğini düşündüğü anlaşılmaktadır⁵⁹.

Yerel Mahkeme, somut olayın seyri esnasında sanığın alabileceği başka hızlı bir tedbirin mevcut olmadığı da dikkate alındığında, sanığın silah kullanmasının makul olduğunu kabul etmiştir. Bu kabulden sonraki aşamada tek mermisi olan sanığın, doğru bir değerlendirme yaparak daha az zarar verebilecek bir noktaya ateş edip edemeyeceği konusu üzerinde de durulmalıdır.

Alman Federal Mahkemesine göre somut olayda maktulün ortaya çıkardığı tehlike ve (P)'ye karşı gerçekleştirdiği saldırının ciddiyeti, sanığın doğru değerlendirme yaparak onun (maktulün) bacaklarını hedef alarak ateş etme şansını sınırlanmıştır⁶⁰. Ayrıca sanık, bu şekilde daha az zarar verici bir atış yapsaydı, savunmanın başarıya ulaşma şansını tehlikeye atması da söz konusu olabilirdi. Benzer sebeplerle sanığın uyarı atışı yapması da, kendisinden beklenemez. Bu son ihtimalde merdivendeki herkesin zarar görme tehlikesi de mevcuttur. Son olarak, sanığın uykudan uyandığı ve düşünmek için zamanının olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Yerel mahkeme kararında, somut olayın arz ettiği bu özel şartları irdelememiştir⁶¹.

Sanık, beraber yaşadığı (P)'nin vücut bütünlüğüne veya hayatına yönelmiş ciddi tehlikenin korkusuyla hareket etmiştir. Yerel Mahkeme ise, sanığın belirli bir telaşla hareket ettiğini ama panik içerisinde olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre sınırın aşılması, artmış korkudan ileri gelmemektedir. Bu değerlendirmenin gerekçesi net olarak ortaya konulmamıştır. Bu sebeple mahkemenin, meşru savunmada sınırın aşılmasının kapsamını daralttığı şüphesi doğmaktadır. Elbette duyulan her korku, 33 üncü maddenin tatbikini gerekli kılmaz. Burada bahsedilen korku, kişinin uğradığı saldırı sebebiyle ne şekilde davranacağını ve saldırıya vereceği tepkiyi doğru şekilde belirleyememesidir⁶².

Astenik etkinin, meşru savunmada sınırın aşılmasının tek veya en kuvvetli sebebinin teşkil etmesi zorunlu değildir. Korku, kaygı ve paniğin, diğer psikolojik etmenlerin birleşmesiyle de sınırın aşılmasına sebebiyet vermesi mümkündür. Failde, sınırın aşılmasına yol açacak korku, kaygı ve paniğe sebebiyet veren kişi, bu sınır aşımının sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür⁶³.

Görüldüğü üzere kararda, kademeli olarak; 1- Somut olayda meşru savunmanın şartlarının oluşup oluşmadığı, 2- Failin meşru savunma açısından nasıl davranmasının beklendiği, 3- Failin içerisinde bulunduğu durum itibarıyla bu davranışı gerçekleştirmesinin kendisinden beklenip beklenemeyeceği ve son olarak failin gerçekleştirdiği davranış değerlendirilmiştir. Bunun sonucunda fail açısından, somut olayda verdiği kararın sonuçları ve alternatif davranışta bulunsaydı kendi bakış açısıyla meydana gelebilecek olaylar silsilesinin ne şekilde tezahür edeceği de ortaya konulmaya çalışılarak bir hükme varılmıştır. Failin, kendisinden çok daha güçlü olan, alkollü ve her ne kadar silahı bulunmasa da öldürücü nitelikte darbeler vuracağını somut olarak ortaya koyan maktule karşı, 3 üncü kişi lehine meşru savunmada bulunma kastıyla hareket etmesine rağmen başından vurarak öldürmesinin meşru savunmada sınırın kast olmaksızın aşılması kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay kararlarında ise, genellikle, somut olaydaki kabul anlatıldıktan sonra, bu kabule göre TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasının tatbik şartları oluşsa dahi, nasıl bir yol izlendiği belirtilmeksizin hükmün bozulmasına ya da onanmasına karar verilmektedir⁶⁴.

⁵⁹ BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.13.

⁶⁰ BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.13.

⁶¹ BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.13.

⁶² Krş.: BGHR StGB § 33 Furcht 2, 4; BGH NSiZ-RR 1997, 65.

⁶³ BGH 1 StR 48/01, Beschluss v. 21.03.2001, HRRS-Datenbank, kn.17.

⁶⁴ Bu görüşümüzü destekler nitelikteki kararlardan bazıları şunlardır: “Olay günü aralarında husumet olan sanık ve katılanın tartışmaları, katılanın tanıkların oturduğu kahvehanenin önünde gelerek elinde bıçak olduğu halde sanığa yönelik tehdit içerikli sözler söyledikten sonra orada bulunan sanığın görevler onun üzerine yürüdüğü, sanığın belindeki tabancayı çekerek havaya bir el ateş ettikten sonra tanık beyanlarına göre katılanın ayağına doğru ateş ettiği, katılanın kalçasından giren kurşun ile hayatı tehlike geçirecek ve orta(3) derecede kemik kırığı meydana getirecek şekilde yaralandığı olayda, sanığın kasten ateş ederek katılanı yaraladığı, olayda meşru savunmada kast olmaksızın sınırın aşılması halinin söz konusu olmayacağı anlaşılmakla, sanık hakkında uygulama yeri olmayan TCK'nın 27. maddesinin uygulanması” Yarg. 12. CD, 26.02.2019, 2018/2308 E, 2019/2593 K. Kararda, kendisine karşı yönelmiş silahlı saldırıya karşı önce uyarı atışı yapan sonra da mağdurun ayağına ateş etmek isterken heyecan, korku veya telaşla aşağıya doğru yönlendirmesine rağmen mağduru kalçasından vuran sanığın fiili, m.27/2 kapsamında kabul edilmemiştir. Başka bir kararda ise sanık F. S.'nin, eşinin kardeşi olan maktul E. E. ve aileleri birlikte olayın meydana geldiği ve sanık K. S.'nin işletmeciliğini yaptığı M.Lunaparka geldikleri, F. S.'nin lunapark çalışanı M.K.'yı kafa atarak darp ettiği, K. S.'nin olay yerine gelmesi üzerine F. S.'nin K. S.'ye ve orada bulunan M.K.'ya; "hepinizin a....na koyarım" diyerek K. S.'ye yumruk

Alman Federal Mahkemesi, failin, planlı bir şekilde, kendisine karşı gerçekleştirilecek saldırıyla karşılaşmak üzere beklemeye geçtiği durumlarda, failin, meşru savunmada sınırın aşılması kapsamına girmediğini kabul etmektedir. Çünkü bu ihtimalde, sınırın aşılmasının kaynağı, meşru savunma sırasında ortaya çıkan astenik etki değil, bilakis faildeki stenik (güçlendirici) etkiden ibarettir⁶⁵. Bu içtihat, failin savunmaya konu saldırıyı kasten tahrik etmesi halinde meşru savunmanın uygulanamayacağı yönündeki kabul ile paraleldir. Meselenin esası, meşru savunmanın şartlarının, savunmada ölçülülük dışında sınırın aşılması açısından da aranmasında yatmaktadır⁶⁶. Yargıtay içtihatlarında da, sanığın, saldırgana karşı özel bir hazırlığın olmayışı, TCK m.27/2'nin tatbiki açısından irdelenmektedir⁶⁷. Buna karşılık saldırıya sebep teşkil eden kusurlu veya provokatif fiili işlemiş olsa dahi, failin meşru savunma hakkının devam ettiği durumlarda, 27 nci maddenin 2 nci fıkrası uygulanabilecektir⁶⁸.

Alman doktrininde buna gerekçe olarak, kusuruluşu kaldıran zorunluluk halini düzenleyen 35 inci maddenin 1 inci fıkrasının 2 nci cümlesinde özel olarak; failin, zorunluluk haline sebebiyet vermemesine ilişkin şartın, meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin maddede düzenlenmemiş olması gösterilmiştir. Örneğin failin, anlık gelişen sinirle mağdura, meşru savunmaya değer bir saldırıya sebebiyet verme kastı olmaksızın hakaret etmesi üzerine, kişinin öfkelenerek hakaret edene silahla saldırması halinde, hakaret eden kişi meşru savunma ve dolayısıyla meşru savunmada sınırın aşılması hükümlerinden yararlanabilecektir⁶⁹.

V. SONUÇ

Meşru savunmada sınırın aşılmasına ilişkin düzenleme, hukuken korunan bir değeri ihlal eden saldırgana karşı yalnızca savunma amacıyla fiil icra eden kişiyi koruma gayesiyle ihdas edilmiştir.

TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası, meşru savunmanın sınırını aşan davranışlar açısından özel norm niteliğindedir. Bu nedenle önce 2 nci fıkranın şartları araştırılacak, sonrasında sınırın kast olmaksızın aşılması veya haksız tahrik hükümleri incelenecektir.

Hükmün tatbiki için, savunmada ölçülülük ilkesi dışında meşru savunmanın bütün şartlarının

attığı, olay anında orada bulunan şahısların araya girmesi üzerine, F. S.'nin olay yerinden uzaklaşıp aracına bindiği, o sırada K.'nin müdüriyette bulunan Valter marka silahı yanına aldığı ve kısa bir süre sonra sanık F. S.'nin lunaparka geri dönüp bağırıp çağırdığı, küfrettiği, seslere dışarı çıkan K. S.'yi lunapark içerisinde kovalamaya başladığı, bu sırada sanık F. S.'nin elinde olayda ele geçmeyen silah olduğunun tanıklar E. İ. ve M.G.'nin beyanlarından anlaşıldığı, yaşanan kovalamaca sonrasında sanık F. S.'nin yorularak K. S.'nin gerisinde kalması üzerine, K. S.'nin lunaparkın dışarısına çıkarak kaçmaya çalıştığı esnada lunaparkın çıkış tarafında bulunan maktul E. E.'nin çelme takarak sanık K. S.'yi düşürdüğü ve üzerine çullandığı, sanık K. S.'nin sırtı yerde olacak şekilde aşağıda, maktul E. E.'nin de yüzü K. S.'ye dönük olacak şekilde üst üste boğuşmaya başladıkları, bu sırada yanlarına gelen F. S.'nin de sanık K. S.'ye tekme attığı ve maktul E. E. ile birlikte sanık K. S.'yi fikir ve eylem birliği içerisinde darp etmeye başladıkları, sanık K. S.'nin boğuşma esnasında üzerine bulunan Adli Emanetin 2019/1011 sırasına kayıtlı silahı ile maktul E. E.'yi sol göğsünden vurduğu, maktul E.'nin sanık K. S.'nin silahından çıkan merminin kalbine isabet etmesi sonucu öldüğü olayda sanığın başka bir bölgeye ateş etme şansı olduğu kabulü ile sanık hakkında haksız tahrik altında kasten öldürme suçundan verilen hüküm onanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Yarg. 1 C.D., 23.06.2020 t., 2020/3947 E., 2021/11085 K. Görüldüğü üzere kararda; kendi işyerinde darp edilen, daha sonra tekrar eden saldırı üzerine işyerini bırakıp kaçan ve buna rağmen yakalanarak beton zemin üzerinde nefesini kesecek şekilde üstüne oturulması suretiyle iki kişi tarafından darp edilmeye başlanan sanığın, hiç bir surette kurtulmadığı saldırıya karşı tek el yaptığı atışın, daha dikkatli bir şekilde hedef seçme imkanından bahisle TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir.

⁶⁵ GROPP, s.302, kn.171; Karara konu olayda kadınları pazarlamakla iştigal eden A. ve B., radikal sağ görüşlü gençlerin geneleve saldırıda bulunacağını haber almışlar buna rağmen polise haber vermek yerine araç içerisinde saldırganları beklemeye başlamışlardır. Kendi yandaşlarıyla ve silahlı olarak hızla yaklaşan maktul, A. tarafından başından vurularak öldürülmüştür. Bkz: BGH 3 StR 356/92, Urteil vom 3. Februar 1993, kn. 4. Ayrıca bkz: FISCHER, s.327, kn.6.

⁶⁶ KINDHÆUSER, s.198, kn.20; GROPP, s.303, kn. 172; KARTAL, s.162; "R. Ali'nin kendisinin haksız eylemi sonucunda başlayan ve R. Ali'nin yaralanmasından da anlaşıldığı üzere yoğun olmayan saldırıyı o anki koşullara göre saldırıyla orantılı biçimde defetmek zorunluluğu içinde olmadığı, bu haliyle meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş sonucu aşıldığının kabul edilemeyeceği, sanığın haksız tahrik altında kasten öldürme suçundan cezalandırılması yerine, hakkında T.C.K.nun 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi" Yarg. 1. CD, 17.02.2014, 2012/2660 E, 2014/789 K; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.612.

⁶⁷ "Sanığın nişanlandığı kız ile ayrılması hususunda sürekli kendisini tehdit eden daha öncede evine gelip bıçakla tehdit eden, olay gecesi 0,35 promil alkol ile evine gelen bıçakla tehdit edip evden ayrılmasına izin vermeyen, boğazını sıkarak maktulü, içinde bulunduğu korku ve endişenin etkisiyle boğazını sıkarak öldürmesinde, sanığın maktul için onu bekleyerek yapmış olduğu özel bir hazırlığın bulunmayışı, yine husumet veya intikam duygusuyla hareket ettiğine dair bir delilin olmayışı, olayın yeri, zamanı sanık ile maktulün kullandığı vasıtalar, yaşları ve fiziki durumları nazara alındığında, sanığın kendisine yönelmiş, gerçekleşen ve tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anki hal ve şartlara göre, saldırıyla orantılı bir şekilde defetme zorunluluğunda bulunmasına rağmen, bu sınırı mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaşla aştığı anlaşıldığı halde (...)" Yarg. 1. C.D., 20.06.2017 t., 2016/5535 E., 2017/2399 K.

⁶⁸ BGHSt 39, 133; BOHLANDER, s.122.

⁶⁹ PERRON/EISELE, kn. 9; EREM, s.30; KARTAL, s.151; ERYILDIZ, s.112.

somut olayda mevcut olması gerekir. Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, sınırın zamansal olarak aşılması veya mefruz meşru savunma, m.27/2 kapsamında mütalaa edilemez.

Meşru savunmada sınırın aşılmasının, mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespitinde, failin hareketini gerçekleştirirken içerisinde bulunduğu hal ve şartlar ex ante olarak değerlendirilmelidir. Zira fail açısından haksız saldırının meydana getirdiği korku, telaş heyecan gibi zayıflatıcı etkilerle hareketinin sonuçlarını gerektiği gibi öngörme ve hareketlerini buna göre seçebilme yeteneğinin, somut olayın şartları içerisinde subjektif olarak fail açısından mazur görülebilecek derecede azalıp azalmadığı tartışılmalıdır.

Bu kapsamda kişinin saldırı esnasında, yalnızca saldırı ve savunmada kullanılan vasıtalar arasındaki orantısızlık sebebiyle cezalandırılması yoluna gidilmemelidir. Somut olayda saldırının meydana getirdiği tehlike, failin duyduğu mazur görülebilecek korku, kaygı ve panikle doğru değerlendirilemediği takdirde, failin ölçsüz bir savunma fiili gerçekleştirmesi doğaldır. Zira bu durumda cezanın genel önleme ve özel önleme fonksiyonları da etkisiz hale gelmektedir. Örneğin faili etkisiz hale getirmelerine rağmen failden çok daha güçlü olan ve alkollü saldırganların failin hayati bölgelerine attıkları tekme ve yumruklar karşısında fail, saldırıdan kurtulamayacağını düşünerek silah kullanabilir. Bu durumda fail açısından m.27/2'nin tatbik edilmesi gerekir. Elbette somut olayın özelliklerine göre failin bu tehditten başka türlü kurtulamayacağı ve saldırı ile orantılı olması koşulu ile meşru savunma dahi gündeme gelebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, salt savunmada kullanılan silahın orantısızlığından bahisle meşru savunmada sınırın aşılmasının tatbikinden kaçınılması gereğidir.

Çalışmada incelediğimiz Yargıtay kararında da vurgulandığı üzere, saldırının seyrinin ne yönde şekilleneceğinin fail tarafından kestirilememesi de dikkate alınmalıdır. Yargıtay içtihatlarında o anki hal ve şartlar kapsamında failin kusurluluğunun değerlendirilmesi gerekliliğine riayet edilmediği müşahade edilmektedir. Meşru savunmada dahi uygulanması gereken bu usul, failin haksız saldırı sebebiyle yaşadığı astenik etkiler değerlendirilirken evleviyetle uygulanmalıdır. İctihatlarda bu konuda daraltıcı yorum yapılmasının gerekçesinin 765 sayılı TCK döneminde 50 nci maddenin uygulamada tercih edilmeyerek haksız tahrik hükümlerine başvurulması şeklindeki uygulamadan kaynaklandığını düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BOHLANDER, Michael: "Guilt and Excusatory Defences" in: Principles of German Criminal Law, Hart Publishing, London, 2009.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah, "Meşru Savunmada Sınırın Aşılması", CHD, (18), 2012.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. II, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.
- ERYILDIZ, H. Sefa: "Alman Ceza Hukuku'nda Meşru Müdafaa Sınırlarının Aşılması", Ceza Hukuku Dergisi, (31), 2016.
- GROPP, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer, Berlin, 2015.
- Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Ed.: Rado, Şevket, İlmî Kontrol: Ergin, Muharrem, Hayat Yayınları, İstanbul, 1970.
- HILGENDORF, Eric/VALERIUS, Brian: Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Çev.: OKTAR, Salih, Ankara, 2021.
- İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- JÄGER, Christian: Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2019.
- KARTAL, Melik: Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019.
- KINDHÆUSER, Urs, &33 in: Kindhæuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch, C. 1, 5. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- KINDHÆUSER, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2009.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. m.27)”, EÜHFD, XI (1-2), 2007.
- KÜHL, Kristian: &33 in: Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2018.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul, 2017.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2020.
- PERRON, Walter/EISELE, Jörg: &33 in: Schönke/Schröder Strafrechtsgesetzbuch, 30. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.
- ŞAHİN, Mehmet: “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, TBB Dergisi, 76, 2008.
- THOMAS, Fischer: Beck’sche Kurz-Kommentare Strafrechtsgesetzbuch, 66. Auflage, C.H. Beck, München, 2019.
- ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2013.
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

AB TEMEL HAKLAR ŞARTI'NIN YATAY ETKİSİ

HORIZONTAL EFFECT OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EU

Mustafa Tayyar KARAYİĞİT*  

Makale Bilgi

Gönderi: 16/08/2021
Kabul : 15/11/2021

Anahtar Kelimeler

*AB Temel Haklar Şartı,
Yatay doğrudan etki,
Yatay dolaylı etki.*

Article Info

Received: 16/08/2021
Accepted: 15/11/2021

Keywords

*Charter of the
Fundamental Rights of the
EU,
Horizontal direct effect,
Horizontal indirect effect.*

Özet

Anayasal temel hakların yatay etkisi meselesi, temel hakların özel hukuk ilişkilerinde hak ve yükümlülüklerin kaynağını teşkil edip edemeyeceği ve kamu hukuku kaynaklı temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir olup olmadığı meselesi olarak sadece AB hukukuna mahsus olmayan, ulusal hukuk sistemlerinde de özel hukukun anayasallaştırılması veya temel hakların özelleştirilmesi gibi kavramlarla aşına olunan bir husustur. AB hukuku özelinde AB Temel Haklar Şartı'nın yatay etkisi bu makalede yatay doğrudan etki, yatay dolaylı etki ve pozitif yükümlülükler çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu çerçevede yatay etkiye ilişkin literatürde sıkça rastlanılan lehte ve aleyhte görüşlere değinilmektedir. Yatay doğrudan etkinin unsurları olarak hak-ilke ayrımı ile konu ve kişi bakımından Şart'ın uygulanmasının kapsamı yatay doğrudan etkinin şartları çerçevesinde analiz edilmektedir. Şart'ın bütün hükümlerinin Şart'ın 52(5). maddesi anlamında hak ve ilke kategorisinde olduğuna bakılmaksızın ve ilkeleri uygulayıcı tasarruflarla sınırlanmaksızın yatay dolaylı etkiye, herkesi bağlayan zorunlu nitelikte ve AB hukuku veya ulusal hukuk tarafından daha somut ifade verilmesini gerektirmeyecek şekilde koşulsuz doğaya sahip belirli hükümlerinin ise sadece yatay doğrudan etkiye sahip olduğu vurgulanmaktadır.

Abstract

The issue of horizontal effect of constitutional fundamental rights, as the matter of whether fundamental rights can constitute a source of rights or obligations in private law relationships or whether fundamental rights arising from public law are being applicable to private law relationships, is not unique to EU law, but has been familiar in the national legal systems under the terms “constitutionalisation of private law” or reversely “privatisation of fundamental rights”. The horizontal effect of the Charter of the Fundamental Rights of the EU is examined in the article from the aspects of horizontal direct effect, horizontal indirect effect and positive obligations. The article addresses the opinions in the literature regarding pros and cons of horizontal effect. Differentiation between rights and principles in the Charter, *ratione materiae* and *personae* scope of the application of the Charter, mandatory and unconditional nature of its provisions have been scrutinised as elements of the horizontal direct effect of the Charter. The article argues that whereas all provisions of the Charter, irrespective of being categorised as rights or principles under the meaning of Article 52(5) of the Charter, have horizontal indirect effect, its certain provisions which are both mandatory and unconditional in nature, i.e. having *erga omnes* effect and not needing to be given more concrete expression by the provisions of EU or national law, have horizontal direct effect.

EXTENDED SUMMARY

Fundamental rights could be understood as either endogenous or exogenous to the system of private law. According to these approaches, there could be asserted pros and cons of horizontal effect of fundamental rights on private law. The matter was not invented in EU law, but has been familiar with in the national legal systems under the terms “constitutionalisation of private law” or reversely “privatisation of fundamental rights” in international law, in particular European Convention of Human Rights. The research question of the article is the horizontal effect of the Charter of the fundamental rights of the EU on national private laws in horizontal litigations. The matter has been examined under the types of horizontal direct effect, horizontal indirect effect and positive obligations which have been classified in terms of the source of obligation, addressee of the obligation, the level of permeation of public law to private law, the level of judicial operability/justiciability and its effect on the balance of governmental powers. With regard to the former two types, the European case-law has explicitly confirmed the horizontal effect of the Charter on private law relations. Within the context of positive obligations, even though there has been no occasion to confirm it yet, where respectively no horizontal indirect and direct effect is provided in the national legal systems because of the failure of the national authorities of their obligations arising from EU law, in particular Article 4 TEU, it seems possible to bring a case in a national court on the basis of state liability principle. With regard to horizontal indirect effect, it is argued beyond the literal interpretation of Article 52(5) of the Charter, every Charter provision may have such an effect irrespective of its nature of right or principle under Article 52(5) of the Charter and principles in that regard may have the effect of construction not only on measures adopted by the EU or the Member States in order to implement those principles, but also other measures of EU and Member States which may be affected directly or indirectly by those principles. To restrict interpretative effect of those provisions to merely the measures implementing them would make the horizontal indirect effect to the hostage of volition of legislative or executive organs of the EU or the Member States which is against their *effet utile* and thus would render them futile. However, since it is established that principles under the meaning of Article 52(5) of the Charter are not directly effective provisions and exclusionary effect in EU law is considered confined merely to directly effective provisions of the Charter, principles might be relied upon for the purpose of exclusionary effect of implementing measures merely where legislative or executive authorities intend to implement them by more concretising measures like *Fediol* and *Nakajima* exceptions to lack of direct effect of WTO law in the EU legal order.

With regard to horizontal direct effect, there are two barriers for a provision of the Charter to have horizontal direct effect: Under Article 51(1) of the Charter the legal situation must fall within the *ratione materiae* and *personae* scope of application; under Article 52(5) of the Charter within the context of delimitation between rights and principles the provision must constitute a right rather than a principle. Horizontal direct effect of Articles 21(1), 31(2) and 47 of the Charter has been confirmed by the Court of Justice of the EU where the provision is both mandatory and unconditional in nature, sufficient in itself to confer on individuals a right to be relied on in disputes between them. It is argued that there are potential provisions whose horizontal direct effect might be confirmed in the future in the light of case-law given about the free movement provisions of the Treaty on the Functioning of the EU and fundamental rights forming the general principles of EU law. However lack of horizontal direct effect of certain provisions such as Articles 26 and 27 of the Charter has also been confirmed implicitly and explicitly by the Court of Justice of the EU. In that regard, on every occasion there is a required case-by-case analysis in the light of wording, purpose and nature of the provision. In that analysis the following matters could be evaluated in a holistic way as its elements, but are not nevertheless decisive for the qualification of whether the provision is horizontally directly effective or conversely in the nature of principle under the meaning of Article 52(5) of the Charter: Whether the provision forms a right or principle within the context of delimitation between rights and principles under Article 52(5) of the Charter; the nature of provision, i.e. whether in the nature of mandatory, unconditional, conferring subjective rights; title under which the provision is enshrined; whether the provision includes the expression under the conditions provided for by Union law and national laws and practices; whether the beneficiary and destination are clear; whether the provision includes the term “shall” and “right”; whether the provision is relevant to provisions of the Treaty on Functioning of the EU whose horizontal direct effect is recognised; whether the provision is required to be given more specific/concrete expression by measures of the EU and the Member States; whether the provision is programmatic, so imposes general obligations or clear and concrete obligations.

I. GİRİŞ

Temel hakların yatay etkisi meselesi temel hakların özel hukuk ilişkilerinde hak ve yükümlülüklerin kaynağını teşkil edip edemeyeceği, kamu hukuku kaynaklı temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir olup olmadığı veya aksine özel hukukun kendi içine kapalı, kendi kendine yeter ve kamu hukukunun etkisine kapalı bir alan olup olmadığı meselesidir. Bu açıdan ulusal hukuk sistemlerinde aşına olunan bir kavram olarak özel hukukun anayasallaştırılması¹ veya temel hakların özelleştirilmesi olarak nitelenmiştir.² AB Temel Haklar Şartı perspektifinden bakılacak olursa özel hukukun Şartlaştırılması olarak nitelendirilebilecektir.

Normatif mesele olarak yatay etki iki perspektiften ele alınabilir: Özel hukukun temel haklar siyasi mülahasasındaki yeri; temel hakların özel hukuk siyasi mülahasasındaki yeri.³ Araştırma sorunsalımız Şart'ın formülasyonunda özel hukuk mülahasasının düzeyi veya bağlayıcılık kazandıktan sonra Şart hükümlerinin özel hukuk mülahasasındaki yeri meselesi ağırlıklı olmak üzere Şart'ın özel hukuk ilişkilerine etkisidir.

II. KAMU HUKUKUNUN ÖZEL HUKUK İLİŞKİLERİNE YATAY ETKİSİ

Temel hakların özel hukuk sistemiyle ilişkisi ekzojen veya endojen şekilde algılanabilir. Ekzojen bakış açısına sahip hukukçular özel hukuku kamu hukukundan tamamen ayrı özerk bir hukuk alanı olarak görürler. Onlara göre özel hukuk kişileri doğrudan temel haklara riayetle mükellef değildir ve bu hakların etkisi dışsal ve geniş alana yayılmış niteliktedir. Endojen görüştekilere göre ise temel haklar, kamu hukuku-özel hukuk ayırımına bakılmaksızın bütün hukuk alanlarında mündemictir, entegredir, temelde bulunan ve gözardı edilemez evrensel değerler oluşturur.⁴

Aleyhte görüşler itibariyle, geleneksel olarak özel hukuk Avrupa entegrasyonuna asgari düzeyde tabi bir alan olarak algılanmaktadır ve üye devletler, Avrupa entegrasyonunun baskılarına karşı özel hukuktaki yargısal karar verme işlemini kendi kontrollerinde tutmaya, tam ve özerk nitelikli özel hukuk yapılarını korumaya çabalamaktadırlar.⁵ Yatay doğrudan etkiye karşıdırlar, çünkü ulusal yasama organları tarafından özel hukuk kişileri arasındaki çıkarlararası denge, subsidiarite ilkesine de uygun olarak, ancak demokratik yasama yöntemiyle sağlanabilecektir.⁶ Aksi tutum, kişisel özerkliğin sınırlarını belirlemek gibi yasamanın uhdesinde kalması gereken meselelerin yargı tarafından gasp edilmesine yol açmakta,⁷ yasamanın rolünü ve bir hakkın içeriğini tanımlama yetkisini zedeleyerek kuvvetler ayırımına müdahale oluşturmaktadır.⁸ Böylece yasama aleyhine, yargı lehine yetki gaspı doğurarak, temel hakların yasama tasarruflarının konusu olması gerekirken aşırı nitelikte yargı konusu olmasına/yargısallaşmasına yol açmaktadır. Oysaki, yargının konusu haline gelen ekonomik ve sosyal hakların, kuvvet ve kaynakların dağıtımını ile hukuki çerçeve ve ilişkilere dair statükonun

¹ COLLINS, Hugh: "Private Law, Fundamental Rights, and the Rule of Law", West Virginia Law Review, 121, 2018, Art. 4, s.1.

² CLAPHAM, Andrew: "The Privatisation of Human Rights", EHRLR, 1, 1996, s.20; DICKSON, Brice: "The Horizontal Application of Human Rights Law" in Hegarty, Angela/Leonard, Siobhan (ed.), A Human Rights: An Agenda for The 21st Century, Cavendish, London 1999, s.67; BARKHUYSEN, Tom/VAN EMMERIK Michiel, "Constitutionalisation of Private Law: The European Convention on Human Rights Perspective" in Barkhuysen, Tom/Lindenbergh, Siewert (ed.), Constitutionalisation of Private Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s.45; COLLINS, Art. 4, s.1.

³ HESSELINK, Martijn W: "The Justice Dimensions of the Relationship between Fundamental Rights and Private Law" in H. Collins (Ed.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights Vol. 2, Intersentia, Cambridge 2017, s.167-196.

⁴ VOERMANS, Wim: "Applicability of Fundamental Rights in Private Law: What is the Legislature to Do? An Intermezzo from a Constitutional Point of View" in Barkhuysen, Tom/Lindenbergh, Siewert (ed.), Constitutionalisation of Private Law, Martinus Nijhoff, Leiden 2006, s.34-35; WALKILA, Sonya: Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law, Europa Law Publishing, Zutphen 2016, s.132-133.

⁵ TRSTENJAK, Verica/WEINGERL Petra: "Slovenia" in Botman, Marleen/Langer, Jurian (ed.), National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order, The XXIX FIDE Congress in the Hague 2020 Congress Publications Vol 1, Eleven International Publishing, Den Haag 2020, s.443.

⁶ SEIFERT, Achim: "The Horizontal Effect of Social Rights of the Charter of Fundamental Rights of the EU", *Pro Justitia* τ.3, 2020, s.1.

⁷ COLLINS, Hugh: "On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law", LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2012, s.1.

⁸ GRABENWARTER, Christoph/PESENDORFER Christine: "Austria: United in Consistent Interpretation" in Bobek, Michal/ Adams-Prassl, Jeremias (ed.), The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States, Hart, Oxford 2020, s.69-86.

değiştirilmesi/inşası mahiyetinde, aslen demokratik temsilcilerin uhdesinde bulunması gerekir.⁹ Bu itibarla aşırı anayasallaşma demokratik meşruiyete hanel getirmektedir.¹⁰

Yatay doğrudan etkinin tanınması özel hukukun iç tutarlılığını, insicamını ve kişilerin çatışan haklarını uzlaştıran doktrinleri bozmaktadır.¹¹ Özel hukuk, özerk bir hukuk alanı olarak bir iç mantığa sahiptir ve kendine mahsus bir adalet düşüncesi üzerine inşa edilmiştir.¹² Özel hukuk tarafından yönetilen ilişkiler tarafların bireysel özgürlük ve biçimsel eşitlik gibi imtiyazlarını korumak amacıyla matuf olmaları nedeniyle, kamu düzeni endişelerinden esinlenen AB normlarının özel hukuk ilişkilerine uygulanması sadece AB hukukunun ulusal hukuk sistemlerindeki nüfuz kapasitesini artırmakla kalmamakta, ayrıca liberalizm, kamusal müdahale, serbest pazar ve sosyal adalet arasındaki dengeye ilişkin ihtilafları da beslemektedir.¹³ Ayrıca ekonomik ve sosyal hakların yatay etkisi kamu düzeninin yargısallaşmasına sebebiyet verir.¹⁴

Ayrıca yatay etki kamu hukuku-özel hukuk ayrımını bulanıklaştırır. Yargıçları yorumlama alanından çıkartarak keyfi hukuk yaratma alanına girmeye teşvik etmektedir.¹⁵ Özel hukukun önemli kavramlarının hukuk mahkemeleri yerine anayasa mahkemesi tarafından yorumlanmasına yol açmakta ve özel hukuku gereksiz ve lüzumsuz bir hale getirmektedir.¹⁶ Hatta kamu hukukunun özel hukuku yutması endişesine bile götürmektedir.¹⁷ Yatay etki temel hakları sıradan özel hukuk taleplerine düşürerek, sembolik değerlerini ve anayasal mahiyetteki üst norm değerlerini ortadan kaldırmaktadır.¹⁸ Tersinden özel hukukun anayasa hukuku düzeyine yükseltilmesiyle sadece normların değil ayrıca hukuki çarelerin de arzu edilmeyecek oranda anayasal statüye kavuşmasına sebebiyet verecek,¹⁹ gereğinden fazla yargısallaşma ve haklar enflasyonu doğuracaktır.²⁰ Ulusal egemenlik perspektifinden ise AB temel haklarının geniş uygulanması, potansiyel olarak AB denetiminin dışında hiçbir ulusal hukuk alanının kalmayacağı yetki genişlemesi endişesi doğurmaktadır.²¹ AİHS çerçevesinde korunan bir hak pozitif yükümlülük çerçevesinde dolaylı yoldan bir etkiye sahipken, Şart çerçevesinde aynı hak doğrudan etkiye sahip olabilecektir.²²

Bu etki dolayısıyla kişisel özerklik zedelenmektedir.²³ Zira Şart'ın medeni ve siyasi haklara ilaveten ekonomik ve sosyal hakları tanınması ve koruma temini, medeni ve siyasi hakların garanti etmeye çalıştığı özel özerklik ve özgürlüğe doğrudan bir saldırı teşkil etmektedir.²⁴ Anayasanın esas işlevi vatandaş için değil kanun koyucu için hukuk kaynağı teminidir.²⁵ Kişileri devlet için belirlenmiş standartlara tabi tutmak kişisel özerkliği zedelemekte, kamu hukuku-özel hukuk ayrımını bulanıklaştırmakta ve içtihatla ihdas edilen paralel bir Avrupa hukuku oluşturulması endişelerine mahal vermektedir.²⁶ Dolayısıyla özel hukuk kişilerinin kamu otoriteleriyle aynı yükümlülükler ve standartlara tabi tutulması özel hukuktaki kişisel özerkliğe zarar verecektir. Ayrıca devlete karşı dikey doğrudan etki meselesinde bir tarafın hakkı varken,

⁹ FRANTZIOU, Eleni: "The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle", Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 22, 2020, s.208.

¹⁰ GERSTENBERG, Oliver: "Fundamental Rights and Democratic Sovereignty in the EU: The Role of the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFREU) in Regulating the European Social Market Economy", Yearbook of European Law, 39, 2020, s.199.

¹¹ COLLINS, s.1.

¹² HESSELINK, Martijn W: "The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law" in Hesselink, M.W./Du Perron, C.E./Salomons, A.F. (ed.), *Privaatrecht tussen Autonomie en Solidariteit*, Boom Juridische Uitgevers, The Hague 2003, s.123.

¹³ LECZYKIEWICZ, Dorota: "Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights", European Law Review, 38, 2013, s.479.

¹⁴ SEVER, Saša: "Horizontal Effect and the Charter", CYELP, 10, 2014, s.39.

¹⁵ FRANTZIOU, s.208.

¹⁶ COLLINS, s.1.

¹⁷ COLLINS, s.1.

¹⁸ FRANTZIOU, Eleni: "The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Rediscovering the Reasons for Horizontality", European Law Journal, 21, 2015, s.657

¹⁹ HESSELINK, s.123.

²⁰ FRANTZIOU, s.208.

²¹ SPAVENTA, Eleanor: "The Interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: The Dilemma of Stricter or Broader Application of the Charter to National Measures", Study for the PETI Committee, European Parliament Policy Department, Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2016, s.13.

²² SEIFERT, s.1.

²³ COLLINS, s.1.

²⁴ FRANTZIOU, s.208; COLLINS, s.1.

²⁵ GARDBAUM, Stephen: "The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights", MLR, 102(3), 2003, s.387.

²⁶ WALKILA, s.133; COLLINS, Art. 4, s.1.

yatay doğrudan etkide iki tarafın da çatışan hakkı bulunacağından, zaten aralarında denge sağlama gerekliliği fiilen doğrudan etkiyi uygulanamaz kılacaktır.²⁷

İlaveten, temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması öngörülebilirliği ve hukuki kesinliği ciddi anlamda zedelemektedir. Hukuki öngörülemelik kişilerin ve iş sahiplerinin ilişkilerini belirlemede belirsizliğe yol açmaktadır.²⁸ Özel hukukun asli kuralları bile gelecekteki yargı kararlarının öngörülmesini sağlayamayacağından temel hakların doğrudan uygulanması hukuk devleti kavramına halel getirecektir.²⁹

Lehte görüşler itibariyle, özel hukuk değer öğretisine temel haklar korumasının dahil edilmesi özel hukuktan neşet eden doğal bir süreç değildir ve özel hukukun da parçası addedilen temel haklar korumasının etkili olması için, temel hakların bütün hukuki ilişkilerde uygulanması kanaatine dayalı giderek artan bir bilinç bulunmaktadır.³⁰ Temel haklar, bütün hukuk düzenine nüfuz eden, kamu hukuku-özel hukuk ayrımı olmaksızın bütün hukuk düzeninin temelinde yer alan değerler teşkil ettiğinden bütün hukuk ilişkilerine uygulanmalıdır. Zaten bir hakkın temel olarak nitelendirilmesi, bu hakkın kamu hukuku-özel hukuk ayrımına öncelik taşıması, devlet veya bir kişi tarafından ihlaline verilecek tepkide herhangi bir fark gözetilmemesi anlamına gelir.³¹ Anayasa hukuku ve temel haklardan arı tam kişisel özerkliğe dayalı özel hukuk ilişkisi düşüncesi artık ortadan kalkmıştır. Bu itibarla hiçbir özel hukuk hükmü anayasal haklarla çatışamaz. Özelleştirme, kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından temini, ticaretin serbestleştirilmesi ve küreselleşme süreçleri devletin rolünü dönüştürmekte, yönetim kavramını getirmekte, yöneten ve yönetilen arasındaki keskin ayrımı ortadan kaldırmakta, özel kişilerin kural yapma sürecine katılımını sağlamakta ve özel hukuk-kamu hukuku keskin ayrımını ortadan kaldırarak onları bir araya ve aynı hizaya getirmektedir.³²

Ayrıca mevcut ulusal ve uluslararası hukuk sistemleri devlet dışı unsurlar tarafından hak ihlallerini telafi etmekte yetersiz durumdadır.³³ Sadece dikey doğrudan etkiye sahip temel haklar artık kişilere tam ve yeterli koruma sağlayamamakta, özel kişiler tarafından gerçekleştirilen temel hak ihlallerine karşı yargısal korunma açığı oluşmaktadır. Dolayısıyla temel haklara dayalı iddiaların doğrudan özel kişilere karşı ileri sürülebilecek olması bu hukuki boşluğu doldurabilecektir. Bu etki zaten tek yönlü bir etki de değildir. Yatay etki nihayetinde kişilerin hakları arasında bir denge kurma ameliyesidir. Bu itibarla Şart'ın yatay doğrudan etkisi, ekonomik haklar ile sosyal haklar arasındaki dengeyi yeniden piyasa düzeltici ve sosyal piyasa ekonomisini inşa edici, sosyal adaleti teşvik edici mahiyette değiştirebilir. Zira temel hakların yatay etkisi, özel sözleşme ilişkilerindeki asimetric durumları önleme amaçlıdır ve Şart'taki sosyo-ekonomik haklara mükemmel bir uyumu temin etme aracıdır.³⁴ Bu açıdan, yargısal içtihatla temel serbestilere tanınan yatay doğrudan etkinin temel haklara tanınması taraf çıkarları arasında dengeyi temin etmeye yaramaktadır, çünkü aksi takdirde sadece kamusal çıkar durumunda kısıtlamaya tabi temel serbestilerin yatay doğrudan etkisi, kişilerin temel haklar tarafından korunan özel çıkarlarının peşinde olma özgürlüğünü ciddi mahiyette kısıtlayabilirdi.³⁵ Bu itibarla, sosyal haklara yatay etki tanınması, AB'nin ekonomik ve sosyal anayasalarında halihazırda bulunan dengesizliği telafi edecek bir mahiyette arz edebilir.³⁶

Şart'ın yatay etkisi ayrıca AB entegrasyonunun tavandan-tabana niteliğinin aşılacak tabandan-tabana nitelikte gerçekleştirilmesini sağlayacaktır. AB hukuk düzeninin kişilerle

²⁷ HESSELINK, s.123.

²⁸ COLLINS, s.1.

²⁹ SAFJAN, Marek: "The Horizontal Effect of Fundamental Rights in Private Law - On Actors, Vectors, and Factors of Influence" in Purnhagen, K./Rott, P. (ed.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Springer, Switzerland 2014, s.138.

³⁰ SAFJAN, s.130.

³¹ NIEUWENHUIS, Hans: "Fundamental Rights Talk An Enrichment of Legal Discourse in Private Law?" in Barkhuysen, Tom/ Lindenbergh, Siewert (ed.), *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s.5; HESSELINK, s.122-123; PRECHAL, Sacha: "Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 2020, s.407.

³² MAK, Chantal: "Judges in Utopia Fundamental Rights as Constitutive Elements of a European Private Legal Culture", *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-89*; Walkila, s.138.

³³ DICKSON, s.63.

³⁴ SEVER, s.39.

³⁵ CHEREDNYCHENKO, Olha O./REICH, Norbert: "The Constitutionalization of European Private Law: Gateways, Constraints, and Challenges", *European Review of Private Law*, 5-2015, s.797.

³⁶ KOUKIADAKI, Aristeia: "Application (Article 51) and Limitations (Article 52(1))" in Dorssemont, Filip/Lörcher, Klaus/ Clauwaert, Stefan/Schmitt, Mélanie, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford, 2019, s.119-120.

kurduğu süjellik ilişkisinin ileri bir merhalesi olması hasebiyle tabandan-tabana Avrupa entegrasyonunda temel haklar bu entegrasyonun önemli bir unsuru ve aracı olarak değerlendirilebilir. Zira AB sadece üye devletlerin değil, ayrıca halkların ve kişilerin de bir Birliğidir. Bu tarz entegrasyon sayesinde ABAD denetiminde, ulusal mahkemelerin işbirliğiyle, Şart'ın özel hukuk ilişkilerine etkisi suretiyle AB hukuk düzeni içerisinde kişilere aynı haklar sağlanacak ve AB hukukunun birliği, yeknesaklığı ve etkililiği temin edilecektir.

III. YATAY ETKİ TÜRLERİ

Kamu hukukunun özel hukuka etkisi çerçevesinde üç tür yatay etki söz konusudur: Yatay doğrudan etki; yatay dolaylı etki ve pozitif yükümlülükler. Bunlar yükümlülüğün kaynağı ve muhatabı, kamu hukukunun özel hukuka nüfuz oranı, etkide yargısal operasyonellik düzeyi ve etkinin kuvvetler arası dengeye etkisi açılarından analiz edilecektir.

A. Yatay Doğrudan Etki

Yatay doğrudan etki AB hukuku hükmünün kişiler arasında hak ve yükümlülükler yaratması, bunları değiştirmesi veya sona erdirmesi mahiyetinde özel sözleşmenin hukukiliğinin veya hukuk normunun geçerliliğinin tespitinde kullanılmasını ifade etmektedir.³⁷ Doğrudan yatay etki durumunda kişiler diğer kişilere karşı kişisel hakkı doğrudan edinebilmektedir ve bu hak mevcut özel hukuk normlarını değiştirme veya yenilerini yaratma kapasitesinde normatif ve mutlak etkiye sahiptir.³⁸

Doğrudan etki ilkesi iki boyutlu bir etkidir: Sarfınazar ve ikame etkisi. Sarfınazar etkisi, doğrudan etkili AB normuna aykırı ulusal normun sarfınazar edilerek uygulanmamasını sağlar. Ancak sarfınazar etkinin, doğrudan etki ve AB normunun üstünlüğü ilkelerinin birlikte etkisi mi olduğu, yoksa üstünlük ilkesinin tek başına bu etkiyi sağlamaya yeterli olup olmadığı içtihadta tam bir netlik kazanmış değildir, zira ABAD'ın iki yönde de kararları mevcuttur. Biz sarfınazar etkinin, doğrudan etkili AB normunun etkisi olduğunu düşünenlerdeniz. ABAD yeni bir kararında da bunu teyit etmektedir. *Poplawski*'de ABAD'a göre AB hukukunun üstünlüğü ilkesi doğrudan etkili olan ve olmayan AB hukuku hükümleri arasındaki asli ayrımı zedeleme etkisine sahip olamaz. Bu itibarla, doğrudan etkili olmayan bir AB hukuku hükmüne, AB hukuku kapsamındaki bir uyuşmazlıkta onunla çatışan ulusal hükmün uygulanmamasını temin etmek için istinat edilemez. Bu yüzden ulusal mahkeme, Şart'ın 27. maddesi gibi doğrudan etkili olmayan hükümlerine aykırı bir ulusal hukuk hükmünü, sadece AB hukuku temelinde, uygulamama yükümlülüğünde değildir.³⁹ Ancak ABAD'ın bazı davalarda bu hükmeye aykırı nitelikte kararlar verdiğini de eklemeyiz. Örneğin *Link Logistik N&N*'de ABAD'a göre, doğrudan etkili olmayan bir direktif hükmüne ilişkin üye devletlerin onun hedefini gerçekleştirme ve ABA 4(3). ve ABİDA 288. maddelere istinaden bütün uygun tasarrufları yapma yükümlülükleri çerçevesinde bir ulusal mahkemenin, ulusal hukuk hükmünü uyumlu yorumlama imkanı yoksa, ulusal hükmün uygulanmasının AB hukukuna aykırı sonuçlar doğurma ihtimali durumunda, gerektiğinde bu ulusal normu uygulamayarak AB hukukunu tamamıyla uygulaması ve kişilere AB hukuku tarafından bahşedilen hakları koruması gerekir.⁴⁰ Ayrıca Şart çerçevesindeki hak-ilke ayrımının da doğrudan etkili olan/olmayan hüküm ayrımına tekabülünün, sarfınazar etkisinin doğrudan etkili hükümlere mahsus olduğu kanaatimizi desteklediğini düşünmekteyiz.

İkame etkisinde ise doğrudan etkili AB normuna aykırı ulusal normun sarfınazar edilmesi yetmemekte, söz konusu AB normunun ulusal hukuka veya sözleşme hükmüne ikame edilerek hukuki duruma doğrudan uygulanması gerekmektedir. Bu etkinin hak içeren AB hükümlerine ait olması hasebiyle doğrudan etkinin bir sonucu olduğuna ilişkin literatürde bir tartışma bulunmamaktadır.

Yatay doğrudan etkide temel haklar doğrudan hak ve yükümlülüklerin kaynağını teşkil etmektedir. Yükümlülüğün muhatabı kişilerdir, zira yükümlülük direkt kişileri bağlamaktadır. Bu etki türünde yargısal operasyonellik epey yüksektir. Yatay doğrudan etki, yargı lehine yasama aleyhine yetki genişlemesi sağlamakta, kuvvetler dengesini yasamadan yargıya doğru kaydırmakta, paralel bir yargısal içtihadı dayalı anayasal özel hukuk oluşmasına imkan

³⁷ HARTKAMP, Arthur/SIEBURGH, Carla/DEVROE, Wouter: Cases, Materials and Text on European Law and Private Law, Hart, Oxford, 2017, s.5, 19, 197.

³⁸ WALKILA, s.146.

³⁹ Case C-573/17 *Poplawski* EU:C:2019:530, para. 60-63.

⁴⁰ Case C-384/17 *Link Logistik N&N* EU:C:2018:810, para. 56-62.

vermektedir.⁴¹ Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı bu etkide belirleyici olmadığından veya bu ayrıma itibar edilmediğinden kamu hukukunun özel hukuka nüfuzu bu etki türünde yoğunudur.

AİHS dışsal bir denetim mekanizması kurarken, AB temel haklar koruma sistemi AB hukuk düzeninin dahili bir unsuru olarak AB hukukunun üstünlük ve doğrudan etki gibi özelliklerinden istifade eder.⁴² Yani AB temel haklar korumasının, AB temel haklarının en güçlü hukuki çare olan yatay doğrudan etkisi marifetiyle AB hukuk düzeninin kendisine özgü niteliklerinden faydalanması nedeniyle, başka hukuk sistemlerinde rastlanmayan etkili bir denetim mekanizması kurulmasını sağladığı belirtilmelidir.

B. Yatay Dolaylı Etki

Yatay dolaylı etki, ulusal hukuk normunun AB normuna uygun/uyumlu yorumlanarak, AB hükmünün ulusal normun lafzının müsaadesi ölçüsünde etki doğurmasını ifade eder. Dolaylı yatay etki için AB normuna, davanın taraflarına ve ulusal norma ilişkin bir ön şart veya kısıtlama mevcut değildir. Sadece ulusal normun lafzının bu etkiyi doğurmaya müsait nitelikte esnek olması gerekir. Dolaylı etki kavramı Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından yayılan etki olarak tanımlanmaktadır.⁴³

Yatay doğrudan veya dolaylı etki tanınması kuvvetlerin anayasal paylaşımını ve temel haklar korumasının düzeyini belirler.⁴⁴ Bu itibarla, yatay doğrudan etki kişileri bağlarken, yatay dolaylı etki ulusal mahkemeleri ve nihayetinde yasama organını bağlamaktadır.⁴⁵ Yatay doğrudan etkide kişiler temel haklara doğrudan tabi kılınırken, yatay dolaylı etkide özel hukuk kuralları temel haklara tabi kılınır.⁴⁶ Yükümlülüğün kaynağı, AB hukukuna uyumlu yorumlanıyor olsa da, ulusal özel hukuktur. Yani temel hakların kişilere etkisi özel hukuk üzerinden gerçekleşmektedir. Temel haklar sadece özel hukuk kuralları marifetiyle etki doğurmaktadır ve uyumsuzluklarda nihai tahlilde temel haklara uyumlu yorumlanan özel hukuk kuralları belirleyici olarak kalır.⁴⁷ AB temel haklarının etkisi ulusal özel hukuk üzerinden/marifetiyle/aracılığıyla gerçekleştiğinden dolayı da dolaylı etki olarak da nitelenmektedir.

Yatay dolaylı etki kamu hukuku-özel hukuk ayrımına dokunmamaktadır, çünkü yükümlülük itibariyle anayasal/temel haklara uyumlu yorum yapma amacıyla yargıyı, nihai olarak uyumsuzluğu gidermek adına yasama organını bağlar. Yargıya sınırlı yetki temin etmektedir, yasama organının yetkisine saygılı ve ulusal sistem özerkliğine ve kuvvetler ayrımına daha az müdahalecidir. Kamu hukuku-özel hukuk ayrımına saygıyla iki alanın kendine ait hususiyetlerini tanımaktadır ve özel tasarruflarla kamusal işlevleri birbirine karıştırmaz.⁴⁸ Özel hukuk sisteminin karakterini korumakla birlikte, bu sistemin, kamu söylemlerindeki ve değerlerindeki temel hakların öneminin artması gibi değişen çevre şartlarına cevap verme zorunluluğunu da kabul etmektedir.⁴⁹ Yatay dolaylı etkide özel kişilerin tasarrufları değil, istinat ettikleri ulusal özel hukuk normları temel hakları ihlal ettiğinden, özel kişilerin bütün ihlalleri, ya ihlal eden kişiye bu hakka müdahale imkanı tanınması, ya da hakkı ihlal edilene böyle bir müdahaleyi tolere etme yükümlülüğü getirmesi itibariyle nihayetinde devlete atfedilebilecektir.⁵⁰

Bu etki türünde yargısal operasyonellik sınırlıdır, çünkü *contra legem* ve AB hukukunun ceza hukuku çerçevesindeki hukuki kesinlik ve geçmişe yürümezlik gibi genel hukuk ilkelerine aykırı yorum yasağı nedeniyle etkinin sınırlılıkları mevcuttur.⁵¹ Bu itibarla özel hukuka, nispeten daha az nüfuz etmektedir.

⁴¹ KRAHÉ, Justin Friedrich: “The Impact of Public Law Norms on Private Law Relationships”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, (2), 2015, s.124.

⁴² LENAERTS, Koen: “The Role of the EU Charter in the Member States” Bobek, Michal/Adams-Prassl, Jeremias (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Hart, Oxford 2020, s.19-36

⁴³ *Lüth case*; WALKILA, s.149.

⁴⁴ KRAHÉ, s.124.

⁴⁵ KOUKIADAKI, s.116.

⁴⁶ YOUNG, Alison L: “Mapping Horizontal Effect” in Hoffman, David (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, CUP, Cambridge 2011, s.36.

⁴⁷ SMITS, Jan: “Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View” in Barkhuysen, Tom/Lindenbergh, Siewert (ed.), *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2006, s.15.

⁴⁸ WALKILA, s.171.

⁴⁹ COLLINS, s.1.

⁵⁰ LOURENÇO, Luisa: “General Principles of European Union Law and the Charter of Fundamental Rights”, *A Case Note on Case C-176/12 Association De Médiation Sociale*, *European Law Reporter*, n 11/12, November-December 2013.

⁵¹ *Case C-282/10 Dominguez* EU:C:2012:33, para. 25.

C. Pozitif Yükümlülükler

En etkili uygulanma alanını, asli etki yöntemi olarak, AİHS çerçevesinde bulmaktadır. Akit taraf olarak devletler kişilerin Sözleşme’de yer alan haklarından yararlanmasını güvence altına almak yükümlülüğündedir.⁵² AB hukukunda en yakın formülasyonunu *Fransız Çiftçileri* ve *Schmidberger* davalarında bulan, özel kişilerin ihlallerine karşı üye devlet tarafından serbestilerin korunması yükümlülüğü olarak ifade edilen, en bariz uygulamasını üye devlet sorumluluğu ilkesi çerçevesinde bulabilecek olan etki türüdür.⁵³ Şimdiye dek temel haklara ilişkin pozitif yükümlülüğe dair bir dava henüz sözkonusu olmamıştır. Ancak, *Schmidberger* ekseninde, ekonomik serbestileri önceleyen bir kamu otoritesi tarafından toplu gösterisine engel olunan bir grubun uğranılan zararının tazmini için AB temel haklarına istinaden devlete karşı üye devlet sorumluluğu ilkesine istinaden açmış olacağı dava, pozitif yükümlülük kategorisine giren bir dava olurdu.

Pozitif yükümlülüğün asli hukuki dayanağı ABA 4(3). maddede düzenlenen hukuki işbirliği ilkesidir. Yatay doğrudan etki kişileri, yatay dolaylı etki ulusal mahkemeleri bağlarken, pozitif yükümlülükler bir bütün olarak kamu otoritelerini bağlamaktadır.⁵⁴ Bu itibarla devlet marifetiyle/aracılığıyla etki olarak da tanımlanır. Kuvvetler ayırımına ve dengesine diğer türlere göre daha saygılıdır. Kamu hukuku-özel hukuk ayırımına riayet etmektedir ve özel hukuk alanını azami düzeyde korumaktadır.

IV. AB TEMEL HAKLAR ŞARTI’NIN UYGULANMA ALANI VE ŞART’IN KİŞİLER BAKIMINDAN KAPSAMI

Şart’ın uygulanma alanını düzenleyen 51. maddesine göre, hükümler subsidiarite ilkesi nazarı dikkate alınarak AB organ ve kurumlarını ve AB hukukunu uygularken üye devletleri muhatap alır ve bağlar. Şart, Birliğin yetkilerinin ötesinde AB hukukunun uygulanma alanını genişletmez, Birlik için yeni yetki ve görev ihdas etmez veya Kurucu Andlaşmalar’da tanımlanan yetki ve görevleri değiştirmez.

Şart hükümlerinin tek başlarına kendi uygulanma alanını tespit etme yetkisi ve dolayısıyla özerk uygulanma kapasitesi yoktur.⁵⁵ Yani Şart’ın uygulanması, ancak kendisi dışındaki AB hukuku normlarının hukuki duruma uygulanması neticesinde mümkün olmaktadır. Bu nedenle bu normlar, Şart’ın uygulanmasının bir katalizörü olmaları ve Şart’ın uygulanmasının aktivizasyonunu temin etmeleri itibariyle tetikleyici norm olarak tanımlanmaktadır.⁵⁶ Şart’ın 51(1). maddesi çerçevesinde AB hukuk düzeninde garanti altına alınan temel haklar AB hukuku tarafından yönetilen bütün hukuki durumlarda uygulanabilir ve bu durumlar dışında uygulanamaz. Bir hukuki durumun AB hukukunun kapsamı içerisine girmemesi halinde AB yargısı bu duruma ilişkin herhangi bir yargı yetkisini haiz değildir ve Şart’ın hükümleri tek başlarına buna hukuki dayanak teşkil etmez.⁵⁷ AB hukuku tarafından kuşatılan fakat temel hakların uygulanabilir olmadığı durumlar var olamaz, çünkü AB hukukunun uygulanması Şart tarafından garanti altına alınan temel hakların uygulanmasını temin eder ve gerekli kılar.⁵⁸ Bu yüzden bazı hukukçulara göre Şart, AB hukukunun gölgesini teşkil etmektedir.⁵⁹

⁵² *Palomo Sánchez and Others v Spain*, App no 28955/06, para. 60.

⁵³ *Case C-265/95 Commission v France* EU:C:1997:595; *Case C-112/00 Schmidberger* EU:C:2003:333.

⁵⁴ KOUKIADAKI, s.116.

⁵⁵ SAFJAN, Marek: “Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of Conflict?”, EUI Working Paper LAW 2012/22; SPAVENTA, Eleanor: “Freedom of Movement and of Residence” in Peers, Steve/Hervey, Tamara/Kenner, Jeff/Ward, Angela (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, London, 2014, s.1174.

⁵⁶ SARMIENTO, Daniel: “Who’s Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe”, *Common Market Law Review*, 50, 2013, s.1267; MÁDR, Petr: “Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights from the Perspective of the National Judge”, *Review of European Administrative Law*, 13, 2020, s.53-85; GROUSSOT, Xavier/PECH Laurent/PETURSSON, Gunnar Thor: “The Scope of Application of EU Fundamental Rights on Member States’ Action: In Search of Certainty in EU Adjudication”, *Eric Stein Working Paper No 1/2011*; DOUGAN, Michael: “Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the “Scope of Union Law””, *Common Market Law Review*, 52, 2015, s.1201.

⁵⁷ *Case C-617/10 Åkerberg Fransson* EU:C:2013:105, para. 19-22; *Case C-176/12 Association de médiation sociale (AMS)* EU:C:2014:2, para. 42; *Case C-265/13 Torralbo Marcos* EU:C:2014:187, para. 29-30; *Case C-684/16 Max-Planck-Gesellschaft* EU:C:2018:874, para. 49.

⁵⁸ *Åkerberg Fransson*, para. 21.

⁵⁹ LENAERTS, Koen/GUTIÉRREZ-FONS, Jose A.: “The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice”, in Peers, S./ Hervey, T./Kenner, J./Ward A. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, C.H. Beck, Hart, London 2014, s.1568.

Burada güdülen amaç hem ABA 6(1). maddede, hem de Şart'ın 51(2). maddesinde özel olarak vurgulanan Şart'ın AB'nin yetkilerinin artırılmasına sebebiyet vermemesinin ve dikey yetki bölüşümünü etkilememesinin sağlanmasıdır.⁶⁰ Diğer yandan da ABAD'ın amacı AB hukukunun birliği, üstünlüğü ve etkililiğinin korunmasıdır.⁶¹ ABAD tarafından da teyit edildiği üzere, Şart, AB hukukunun uygulanma alanını AB yetkilerinin ötesinde genişletemez, AB için yeni yetki veya görev kuramaz, Kurucu Andlaşmalar'da tanımlanan yetki ve görevleri değiştiremez.⁶²

Yetki devri ilkesi çerçevesinde AB organ ve kurumlarının ABA ve ABİDA tarafından verilen yetkileri çerçevesinde AB birincil hukukuna uygun tasarrufları AB hukukunun kapsamı içerisinde, Şart'ın uygulanmasını temin edecektir ve Şart'a uygunluk denetimine tabidir.⁶³

ABAD, Şart'ın 51. maddesinde yer alan üye devletlere ilişkin AB hukukunu uygulamaları çerçevesinde bağlı oldukları ibaresini geniş yorumlayarak, temel hakları teşkil eden AB hukukunun genel ilkeleriyle paralel şekilde, üye devletlerin AB hukuku kapsamındaki bütün faaliyetlerini Şart'ın uygulanma kapsamına dahil etmiştir.⁶⁴ Yani aynen AB hukukunun genel ilkelerini teşkil eden temel haklarda söz konusu olduğu gibi, gerek AB'nin temsilcisi ve ajanı sıfatıyla *Wachauf*⁶⁵ eksenli AB hukukunun uygulayıcısı olma hasebiyle, gerek *ERT*⁶⁶ eksenli AB hukukunun istisnalarından yararlanma hasebiyle yapılan AB hukuku normlarıyla arasında yeterli, belirli bir düzeyde somut bir bağlantı bulunan bütün ulusal tasarruflar, Şart'ın uygulanma kapsamı dahilindedir.⁶⁷

Özel hukuk kişileri açısından ise ABAD'a göre, Şart'ın 21(1)., 31(2). ve 47. maddeleri gibi bazı hükümleri, gerçek ve tüzel kişilere diğer kişilerle olan uyumsuzluklarında dayanabilecekleri, doğası gereği başka kişilerin yükümlüğünü gerektiren haklar bahsetmek için tek başlarına yeterlidir.⁶⁸ AB temel hakları AB hukuku tarafından yönetilen bütün hukuki durumlarda kişilere karşı ileri sürebilecekleri yatay doğrudan etkiyi haiz olabilir.⁶⁹ ABAD bu hükmüne gerekçe olarak, Şart'ın 51(1). maddesinde AB organ ve kurumları ile üye devletleri bağladığı hükmünün Şart'ın gerçek ve tüzel kişileri bağlayıp bağlamadığı meselesine temas etmemekte olduğunu, ama bağlaması ihtimalini sistematik olarak tahdidi bir yorumla reddetmediğini ifade etmektedir. Kurucu Andlaşmalar'la aynı hukuki değerdeki Şart'ın, Kurucu Andlaşmalar'la aynı hukuki etkiye sahip olmasının doğal karşılanması gereken bir husus olması hasebiyle ABAD, bazı Kurucu Andlaşma hükümlerinin ilkesel olarak muhatabının üye devletler olarak düzenlenmesinin bu hükümlerin kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerine uygulanmasına mani olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca Şart'ın bazı hükümleri, tek başlarına, gerçek ve tüzel kişilere diğer kişilerle olan hukuki uyumsuzluklarında istinat edebilecekleri haklar bahsetmek için yeterlidir. İlaveten, işçilerin ücretli izin hakkını düzenleyen 31(2). madde gibi bazı Şart hükümlerinde düzenlenen haklar, doğası gereği başka kişilerin yükümlülüğünü gerektirir.⁷⁰ Yatay doğrudan etkinin teyidi

⁶⁰ LENAERTS/GUTIÉRREZ-FONS, s.1592; FERNANDES, Sophie Perez: "Fundamental Rights at the Crossroads of EU Constitutionalism. Decoding the Member States' Key(s) to the Charter", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 60, 2018, s.677.

⁶¹ Case C-206/13 *Siragusa* EU:C:2014:126, para 32; Case C-198/13 *Hernández and others* EU:C:2014:2055, para 41; Dougan, s.1201; Spaventa, s.21.

⁶² *Åkerberg Fransson*, para. 23; Case C-40/11 *Iida* EU:C:2012:691, para. 78; *Hernández and Others*, para. 32.

⁶³ KAILA, Heidi: "The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States" in Cardonnel, Pascal/Rosas, Allan/Wahl, Nils (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart, London 2012, s.302-303.

⁶⁴ *Hernández and Others*, para.33; BERNITZ, Ulf: "The Scope of the Charter and its Impact on the Application of the ECHR: The *Åkerberg Fransson* Case on *Ne Bis in Idem* in Perspective" in de Vries, Sybe/Bernitz, Ulf/Weatherill, Stephen (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Hart, Oxford 2015, s.158.

⁶⁵ Case C-5/88 *Wachauf* EU:C:1989:321; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, "Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in Law and Policymaking at National Level", 2020, Luxembourg, s.40; Case C-195/12 *IBV & Cie* EU:C:2013:598, para. 49.

⁶⁶ Case C-260/89 *ERT* EU:C:1991:254; Case C-390/12 *Pfleger* EU:C:2014:281, para. 35-36; C-573/12 *Ålands Vindkraft* EU:C:2014:2037, para.125; Case C-98/14 *Berlington Hungary* EU:C:2015:386, para. 74; Case C-201/15 *AGET Iraklis* EU:C:2016:972, paras.63-65; Case C-235/17 *European Commission v Hungary* EU:C:2019:432, para. 64-65; Case C-78/18 *European Commission v Hungary* EU:C:2020:476, para. 101.

⁶⁷ Opinion of Advocate General Bobek, Case C-298/16 *Ispas* EU:C:2017:650, para. 31; *Siragusa*, para. 24; Case C-92/14 *Tudoran* EU:C:2014:2051, para. 43-47.

⁶⁸ Case C-414/16 *Egenberger* EU:C:2018:257, para. 76-77; Joined Cases C-569/16 and C-570/16 *Bauer* EU:C:2018:871, para. 87-90; *Max-Planck-Gesellschaft*, para. 76-79.

⁶⁹ *Egenberger*, para. 76-78; *Bauer*, para. 87-92; Case C-193/17 *Cresco Investigations* EU:C:2019:43, para. 76-77; *Max-Planck-Gesellschaft*, para. 49, 73-75.

⁷⁰ *Egenberger*, para. 76-77; *Bauer*, para. 87-90; *Max-Planck-Gesellschaft*, supranote, para. 76-79.

zaten kişilerin yükümlü tutulabildiğinin göstergesidir. Hukuk Sözcüsü Villalón'un da belirttiği gibi, temel hakların yatay etkisi AB hukukunda bilinmeyen bir şey olmadığından Şart'ın AB birincil hukukunun parçası olarak hukuki bağlayıcılık kazanmasıyla bu durumu geriye götürmesi çelişkili olurdu.⁷¹ Ayrıca Şart'ın, dibacesindeki haklardan yararlanmanın başka kişiler, insanlık toplumu ve gelecek kuşaklar bağlamında yükümlülük ve görevler doğuracağı ibaresiyle, hükümlerine muhatap olarak kişileri de dahil ettiği söylenebilecektir.

V. ŞART'TA HAK-İLKE AYRIMI

Şart'ın 52(5). maddesine göre ilkeler ihtiva eden Şart'ın hükümleri, yetkileri çerçevesinde AB organ ve kurumlarının tasarrufları ve üye devletlerin AB hukukunu uygularken kabul ettikleri tasarrufları ile uygulanabilir. Bu hükümler sadece bu tasarrufların yorumlanması ve hukukiliğinin denetiminde yargısal olarak tanınırlar.

Şart'ın yapım aşamasında Birleşik Krallık ve Danimarka'nın sosyal hakların Şart'a dahil edilmesine karşı tavrına karşı bir uzlaşma mahiyetinde getirilen 52(5). maddedeki ilke-hak ayrımı bazı hukuki tartışmalara neden olmuştur. Zira Şart hangi hükümlerin hak veya ilke mahiyetinde olduğunu belirtmemektedir. Hükümden anlaşılacağı üzere ilkeleri muhtevî hükümlerin sınırlı bir yargısallığının bulunduğu açıktır. Açıklamalar'a göre ilkeler, haklardan farklı olarak, AB organları ve üye devlet otoritelerinden pozitif eylem için doğrudan talep hakkı doğurmamaktadır, çünkü uygulayıcı tasarruflar marifetiyle yine bu tasarruflar bağlamında uygulanabilir hale gelmektedirler. Şart'ın terminolojisi belli bir sistematik de izlememektedir. Örneğin 26. madde ihtiyarların haklarından bahsetse de, ABAD tarafından da teyit edildiği üzere⁷² doğrudan etkiden mahrum, yani ilke niteliğinde bir hükümken, ilke olarak bizzat tanımlanan bazı hükümler hak niteliği taşıyabilecek kapasiteye sahiptir. Ayrıca Şart'ın 23., 33. ve 34. maddeleri gibi bazı hükümlerinin çift karakterli olarak hem hak hem de ilke unsurları içerdiği Açıklamalar'da belirtilmektedir. Bir hükmün hak veya ilke içermesine ilişkin net bir analiz bu itibarla ancak somut olay bazında hükmün lafzı, ruhu, doğası ve amacı dikkate alınarak davalar özelinde yapılabilecektir.

Şart çerçevesinde haklar ve ilkeler farklı normatif doğaya sahiptir ve farklı hukuki sonuçları vardır, çünkü 52(5). madde bağlamında ilkeler uygulanma tasarrufları gerektirdikleri, uygulayıcı tasarruflarla uygulanmadıkları takdirde yargısal tanınabilirliğe sahip olmadıkları için yargısalıkları da bu uygulayıcı tasarrufların hukukiliğinin denetlenmesi ve yorumlanmasıyla sınırlıdır.⁷³ İlke, hukuki çare itibarıyla bir normun yargıcın hukuki duruma uygulayabilmesini sağlayacak şekilde yeterince tahkik edilebilir, somut ve belirgin bir içerikten mahrum olduğunu, kendi başına yeterli olacak nitelikte mahkeme önünde bir istinadın doğrudan temeli olamayacağını, daha somutlaştırıcı nitelikte uygulayıcı tasarruf gerektirdiğini belirtir.⁷⁴ Şart'taki haklar ilişkisel ve süjelerarası nitelikteyken, ilkeler ilişkisel olmayan tek taraflı nitelikte, AB veya üye devletlere yükümlülük yüklemektedir.⁷⁵ Her yükümlülük bir hakka tekabül etmediği ve talep-hakkı doğurmayan yükümlülükler bulunduğu nazarı dikkate alınır ilkelere mukabil olarak talep hakkı doğurmayan yükümlülükler getirdiği, AB yargısı ve ulusal yargı önünde dava ehliyeti temin etmediği, ABİDA 340. madde çerçevesinde AB'ye karşı tazminat hakkı doğurmadığı, ulusal mahkemelerde ulusal hukukta zaten bulunmayan bir talep doğurmadığı ve hükmün muhatabının pozitif eylemini gerektirecek talepte bulunma hakkı doğurmadığı ifade edilebilir.⁷⁶ Yani ilkeler tek başlarına yargı önünde dava ehliyeti sağlayamaz, ihlalleri hukuki çare temin etmez ve uygulayıcı tasarruflar bulunmadığı takdirde yargı konusu teşkil edemezler, bulunması durumunda da sınırlı yargısalıkları mevcuttur.⁷⁷

Sosyal haklar ilkelere tekabül etmemektedir ve onlarla eşleştirilemez.⁷⁸ Örneğin toplu gösteri hakkını düzenleyen Şart'ın 28. ve ücretli izin hakkını düzenleyen 31(2). maddeleri dayanışma başlığı altında fakat doğrudan etkili hükümler olarak değerlendirilebilir.

⁷¹ Opinion of Advocate General Cruz Villalón, Case C-176/12 *AMS* EU:C:2013:491, para. 35.

⁷² Case C-356/12 *Glatzel* EU:C:2014:350, para. 78.

⁷³ LOCK, Tobias: "Rights and Principles in the EU Charter of Fundamental Rights", *Common Market Law Review*, 56, 2019, s.1201.

⁷⁴ WALKILA, s.183,186.

⁷⁵ LOCK, s.1201.

⁷⁶ LOCK, s.1201; LENAERTS/GUTIÉRREZ-FONS, s.1578.

⁷⁷ LOCK, s.1201.

⁷⁸ KROMMENDIJK, Jasper: "Principled Silence or Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter's Principles in the Case Law of the Court of Justice", *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, s.321.

Nihai tahlilde bir davanın somut koşulları çerçevesinde bir hükmün hak veya ilke niteliğinde tasnifi normun hukuki etkililiğinin düzeyi ve dozajı meselesiyle, yargısallık ve icrailik düzey ve kapsamı ile irtibatlıdır.⁷⁹ Bazı hukukçulara göre esas mesele hükmün doğrudan etkili olup olmadığı meselesi olduğu için ayrıca ek bir hak-ilke ayırım tahlili yapmak gereksiz bir uğraştır.⁸⁰

Uygulamanın bir ilkenin objektif yükümlülüğünün mü, yoksa yargısallığının mı koşulu olduğu ise tartışmalıdır.⁸¹ Ancak bu sınırın ne olduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. İlkelerin uygulayıcı tasarruflar bağlamında sınırlı yargısallığı yatay doğrudan etkiden mahrumiyetinin ve (sübjektif) hak doğurmadıklarının bir ifadesidir.⁸² Yani ilkeler yatay dolaylı etkiye sahip hükümler olarak nitelenebilir,⁸³ ancak bu etkinin kapsamının ilkeyi uygulayıcı tasarruflarla mı sınırlı olup olmadığı⁸⁴ ise tartışmalıdır.

Bazı hukukçulara göre ABAD sadece ilkelerin uygulayıcı tasarrufların yokluğunda ileri sürülemeyeceğini değil, ayrıca bu tarz bir uygulamanın bu ilkelere göre denetlenmesinin olabildiğine zor olduğunu, çünkü ilkelerin kendi başlarına uygulanabilir (self-executing) kapasitesinin olmadığını ifade etmektedir. Bu ise ilkeler açısından yasama için rehber niteliğinde siyasi önemi aşar mahiyette etkili bir rolün reddedildiği anlamına gelmektedir.⁸⁵ İlkeler uygulayıcı tasarrufların dışında hukukilik ve yorum etkisi tanımak 52(5). maddede belirtilen Şart'ın dikey yetki bölüşümünü etkilemeyeceği kuralına aykırı olarak yetkilerin artırılmasını temin eden bir Truva atı niteliğini taşır.⁸⁶

Aksi bir yoruma göre, dar yorumlama Şart'taki ilkelerin etkililiğine hanel getirecek ve Şart'ın etkililiğini ve kullanımını daraltacaktır, zira AB ve üye devletler tarafından ilke dışındaki AB hukukunu uygulayıcı tasarruf veya ihmal yoluyla açık ihlal durumlarında yargısal denetimi engelleyecektir. Yani yargısal denetimi tamamen AB ve üye devlet uygulayıcı tasarruflarına mahkum etmek, uygulayıcı tasarruf kabul etmedikleri ama hükümleri yine de ihlal ettikleri alanlarda Şart'ın hukuki etkililiğine hanel getireceğinden, Şart'ın 53. maddesinde garanti altına alınan koruma düzeyine ilişkin standarda uygunluk taşımaz.⁸⁷ Aksine yorum ilkelere denetim normu statüsünün inkarı yanında⁸⁸ temel haklar korumasını da fiilen neredeyse yok haline getirmektedir.⁸⁹ Katı lafzi yorum kişilerin korunmasını AB organlarının veya üye devletlerin insafına bırakacaktır. Şart'ın ruhuna daha uygun olan yorum ise ilkelerin katı ve dar manada uygulayıcı nitelikte olmasalar da doğrudan veya dolaylı olarak kendilerini etkileyebilecek AB ve üye devlet tasarruflarına uygulanmasıdır.⁹⁰ Bu itibarla Şart'ın uygulanma kapsamına giren bütün AB ve üye devlet tasarrufları Şart'ın ilkeleri ışığında hukuki denetime tabi tutulabilir.⁹¹ Zaten Hukuk Sözcüsü Villalón'a göre 52(5). madde çerçevesinde hukukilik denetimine ve yorumlanmasına izin verilen tasarrufların kapsamı, ilkeleri somutlaştıran tasarruflardan geniştir.

⁷⁹ WALKILA, s.187.

⁸⁰ PEERS, Steve/PRECHAL, Sacha: "Scope and Interpretation of Rights and Principles" in Peers, Steve/Herve, Tamara/Kenner, Jeff/Ward, Angela (ed.), The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, Hart, London, 2014, s.1511.

⁸¹ LOCK, s.1201.

⁸² MUIR, Elise: "The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from *Mangold to Bauer*", Review of European Administrative Law; 12, 2019, s.185.

⁸³ FORNASIER, Matteo: "The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?", European Review of Private Law, 23, 2015, s.29.

⁸⁴ JACQUÉ, Jean-Paul: "The Charter of Fundamental Rights and the Court of Justice of the European Union: A First Assessment of the Interpretation of the Charter's Horizontal Provisions" in Rossi, L.S./Casolari, F. (ed.), The EU after Lisbon, Springer 2014, s.156.

⁸⁵ DE SCHUTTER, Olivier: "The Charter of Fundamental Rights as a Social Rights Charter", CRIDHO Working Paper 2018/4.

⁸⁶ DE SCHUTTER, Olivier: "Les droits fondamentaux dans l'Union européenne: une typologie de l'acquis" in Bribosia, Emmanuelle/Hennebel, Ludovic, Classer les droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles 2004, s.349.

⁸⁷ PEERS/PRECHAL, s.1509-1510; KROMMENDIJK, s.321.

⁸⁸ BAILLEUX, Antoine: "L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au « droit » à la santé" in Brosset, E. (ed.), Droit européen et protection de la santé. Bilans et perspectives, Larcier – Bruylant, Bruxelles 2015, s.115.

⁸⁹ BAILLEUX, Antoine: "La Cour de Justice, La Charte des Droits Fondamentaux Et L'Intensité Normative des Droits Sociaux", TSR RDS 2014/3 284.

⁹⁰ BAILLEUX, Antoine et Emmanuelle Bribosia: "La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne" in van Drooghenbroeck, Sébastien/Wautelet, Patrick (ed.), Droits Fondamentaux en Mouvement – Questions Choisies d'Actualité, Anthemis, 2012, s.94.

⁹¹ PEERS/PRECHAL, s.1510.

Zira aksi takdirde 27. madde ve yargısal garantisi etkisiz hale dönerdi.⁹²

Bazılarına göre, ilkelerin ikame etkisi olmasa da sarfinazar etkisi bulunmaktadır, doğrudan iddia hakkıyla dava ehliyeti sağlamasa da hasbelkader başka bir iddiaya istinaden açılan bir davada hukukilik denetimi ve yorum için başvurulabilecektir.⁹³ Ancak ABAD AMS’de ilkelerin yalnız başlarına veya direktif hükümleriyle birlikte yatay hukuki ilişkilerde sarfinazar etkisinin olmadığını teyit etmiştir.⁹⁴ Kanaatimizce ilkelerin etkisi hukukilik denetimi açısından uygulayıcı tasarruflarla sınırlı olsa da, yorum açısından diğer AB ve ulusal tasarruflarına şamildir. Zira uygulayıcı tasarruflar dışında yorumlama değeri olmasına ilişkin reddiyenin makul bir boyutu yoktur⁹⁵ ve AB ve üye devlet tasarruflarının Şart’ın ilkelerine uyumlu yorumlanarak Şart’ın etkililiğinin sağlanmasını engelleyen hiçbir argüman olamaz. Yani anayasal değerdeki belirli hükümlerin sadece uygulayıcı tasarruflar için bu değeri haiz olduğu eksik bir yorum olacaktır. İlkelerin hukukilik denetimlerinin uygulayıcı tasarruflar dışında sözkonusu olamaması, sadece uygulayıcı tasarrufların hukukilik denetimi itibarıyla sınırlı etkisinin olduğu Dünya Ticaret Örgütü hukukunun doğrudan etkisinin olmamasının istisnası olarak AB’de yürütme veya yasama tarafından uygulanma iradesi gösterilmesi durumunda uygulayıcı tasarrufların hukukiliğinin denetimini sınırlı olanak tanıyan *Fediol* ve *Nakajima*’yı⁹⁶ anımsatmaktadır.

Sonuç olarak Şart’ın 52(5). maddesinde yer alan ilke kavramı, ABAD’ın yazısız hukuk kaynağı olarak geliştirdiği yatay doğrudan etkili olabilir AB hukukunun genel ilkeleri kavramı ile özerklik, subsidiarite veya orantılılık gibi asli ilkeler kavramlarından ayrı bir kategori teşkil etmektedir.⁹⁷

VI. ŞART’IN YATAY DOĞRUDAN ETKİSİ

Şart’ın yatay doğrudan etkisinin önünde 2 temel bariyer bulunmaktadır: Şart’ın 51(1). maddesi çerçevesinde Şart’ın konu ve kişi bakımından uygulanma kapsamı; Şart’ın 52(5). maddesi çerçevesinde hak-ilke ayrımı. Bütün bu unsurlar biraz totolojik izlenim de verse Şart’ın yatay doğrudan etkisinin tespit analizi içerisindeydir.

Şart’ın 51(1). maddesini lafzi yorumla tahdidi yorumlayanlar Şart hükümlerinin AB organları ve kurumları ile AB hukukunu uygulamaları itibarıyla üye devletleri muhatap aldığını belirterek Şart’ın yatay doğrudan etkisine karşı çıkmışlardır. Hukuk Sözcüsü Trstenjak’a göre, Şart’ın 52(1). maddesinde düzenlenen Şart tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin kullanımına dair herhangi bir sınırlamanın ancak yasal düzenleme ile temin edilmesi gerekliliği hükmünü kişilerin karşılamaması Şart’ın yatay etkiye sahip olmadığını, kişilerin ise koruma yükümlülüğünü yerine getiren kurullarla ancak en iyi ihtimalle dolaylı bağlı olduklarının göstergesidir.⁹⁸ Hukuk Sözcüsü Villalón *inclusio unius est exclusio alterius* ilkesi gereğince kişilerin iradi olarak dışarıda bırakıldığını iddia edilebileceğini belirtmektedir.⁹⁹ Ancak kanaatimizce aynı maddenin ikinci cümlesine göre kısıtlamaların başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacıyla olması zorunluluğunun Şart’ın aynı zamanda yatay etkiye açık olduğunun da göstergesi olduğu iddia edilebilecektir. ABAD ise ilk defa AMS’de Şart’ın 27. maddesinin yatay doğrudan etkisinin var olup olmadığı analizini yaparak Şart’ın prensip olarak yatay doğrudan etkiden mahrum olmadığını imae kabul etmiş olmaktadır.¹⁰⁰ Zaten bu tavrın teyidini de müteakip içtihadında sergilemektedir.

ABAD’a göre Şart’ın 31(2). maddesi bütün işçilerin yıllık ücretli izin hakkını düzenlemektedir. Ücretli izin hakkı AB sosyal hukukunun asli bir ilkesini oluşturmaktadır. Bu ilke esasen ABİDA 151. maddede yer alan İşçilerin Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı gibi üye devletlerin AB düzeyinde şekillendirdikleri hukuki belgelerden ve ABİDA 151. maddede atfedilen Avrupa Sosyal Şartı veya Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 132 Sayılı Sözleşmesi gibi işbirliği yaptıkları veya katıldıkları uluslararası hukuk araçlarından neşet etmiştir. Ücretli izin hakkı AB sosyal hukukunun asli bir ilkesi olarak herkes için bağlayıcı bir doğaya sahiptir. 31(2). madde, 27. maddenin aksine, AB hukukunda ve ulusal hukuk ve uygulamalarında sağlanan durum

⁹² Opinion of Advocate General Cruz Villalón, AMS, para. 70.

⁹³ KROMMENDIJK, s.321.

⁹⁴ AMS, para. 51.

⁹⁵ TRIDIMAS, Takis: “The General Principles of EU Law and the Europeanisation of National Laws”, Review of European Administrative Law, 13, 2020, s.5.

⁹⁶ Case C-70/87 *Fediol* EU:C:1989:254; Case C-69/89 *Nakajima* EU:C:1991:186.

⁹⁷ TRIDIMAS, s.5.

⁹⁸ Opinion of Advocate General Trstenjak, Case C-282/10 *Dominguez* EU:C:2011:559, para. 83.

⁹⁹ Opinion of Advocate General Cruz Villalón, AMS, para. 29-32.

¹⁰⁰ AMS, para. 41-51.

ve şartlara atfedilmeksizin 52(1). maddede düzenlenen katı koşullara uygun olarak ancak istisna edilebilecek AB sosyal hukukunun asli bir ilkesini yansıtmaktadır. ABAD'a göre 31(2). maddede düzenlenen işçilerin ücretli izin hakkı, varoluşsallığı itibariyle, herkesi bağlayan zorunlu nitelikte ve iznin tam süresi haricinde AB hukuku veya ulusal hukuk tarafından daha somutlaştırılmasını gerektirmeyecek şekilde koşulsuz doğaya sahiptir, hükmün kendi başına işçilere AB hukuku tarafından kuşatılan bir alanda ve dolayısıyla Şart'ın uygulanma kapsamı içerisindeki işverenleriyle aralarındaki uyumsuzluklarında ileri sürebilecekleri bir hak bahşetmektedir. Bu itibarla 31(2). madde, ulusal mahkemenin aykırı olan ulusal hukuk normunu sarfinazar etmesini gerekli kılmaktadır.¹⁰¹

Ayrıca ABAD'a göre din ve inanç temelli ayrımcılık yasağı AB hukukunun bir genel ilkesi olarak herkes için bağlayıcıdır. Şart'ın 21(1). maddesinde düzenlenen bu yasağın kendi başına kişilere AB hukuku tarafından kuşatılan bir alandaki diğer kişilerle olan hukuki uyumsuzluklarında ileri sürebilecekleri bir hak bahşetmeye yeterlidir. Bu itibarla Şart'ın 21. maddesi ilkesel olarak Kurucu Andlaşmalar'ın ayrımcılığı yasaklayan çeşitli hükümlerinde yer alan hükümlerden bağlayıcılığı itibariyle farklı değildir.¹⁰²

İlaveten, Şart'ın etkili yargısal korunmayı düzenleyen 47. maddesi kendi başına yeterlidir ve kişilere istinat edebilecekleri hakkı bahşetmek için AB hukuku veya ulusal hukuk hükümleri tarafından daha somut hale getirilme gereğini duymaz.¹⁰³ Ulusal mahkeme yetkisi dahilinde kişilerin 21. ve 47. maddeden neşet eden yargısal korunmasını temin etmek ve bu hükümlerin tam etkililiğini garanti altına almak için aykırı ulusal hukuk hükümlerini gerektiğinde sarfinazar etmekle mükellef kılınabilir.¹⁰⁴

Görüleceği üzere ABAD Şart'ın 21(1)., 31(2). ve 47. maddelerinin yatay doğrudan etkisi olduğunu sarih olarak teyit etmiştir.¹⁰⁵ Bu içtihat ABAD'ın aslen ekonomik serbestiler¹⁰⁶ ve hukukun genel ilkelerine¹⁰⁷ ilişkin geliştirdiği yerleşik içtihadının devamı niteliğindedir. ABAD Şart hükümlerinin yatay doğrudan etkisi için, istisna kabul etmez şekilde herkesi bağlayıcı olmasını, AB veya ulusal hukuk hükümleriyle somut hale getirilme ihtiyacı hissetmeyecek nitelikte koşulsuz olmasını aramaktadır. Prechal zorunlu bağlayıcılık kavramını (mandatory), istisna kabul etmez şekilde tarafları bağlayıcı anlamında kullanmaktadır.¹⁰⁸ Tarafımızca ekonomik serbestilere ilişkin içtihattan¹⁰⁹ mülhem şekilde herkesi bağlayıcı (*erga omnes*) nitelik anlamı da yüklenmelidir.

ABAD engelli kişilerin entegrasyonunu düzenleyen 26. madde ile işçilerin işyerinde bilgi edinme ve danışma hakkını düzenleyen 27. maddenin yatay doğrudan etkisini ise reddetmiştir. 26. maddeye ilişkin ABAD, Şartın 52(5). ve 52(7). maddeleri ile Açıklamalar'dan sarih olduğu üzere, bir mahkeme önünde Şart'ın 26. maddesine istinat edilebilmesine bu maddede yer alan engelli kişilerin entegrasyonu ilkesini uygulayıcı mahiyetteki AB'nin yasama tasarruflarının yorumlanması ve hukukilik denetimi açısından izin verildiğini ifade etmiştir. 26. madde Birliğin, engelli kişilerin özgürlükleri, sosyal ve işle alakalı entegrasyonları ve toplum hayatına katılımları için kabul edilen tasarruflardan faydalanmalarını sağlamak için, hakkını tanıma ve bu hakka saygı

¹⁰¹ Bauer, para. 83-86; Max-Planck-Gesellschaft, para. 51, 69-75.

¹⁰² Egenberger, para. 76-77; Cresco Investigations, para. 76-78.

¹⁰³ Egenberger, para. 78.

¹⁰⁴ Egenberger, para. 79.

¹⁰⁵ Ancak literatürde sözkonusu davalarda Şart hükümlerinin, bağımsız nitelikte tek başlarına, yatay doğrudan etkisinin kabul edilmiş olduğunu reddeden eserler de mevcuttur. Bu davalarda ABAD'ın Şart hükümlerinin yeterlilik genel testini sunmadığı, temel hakların kurallardan ayrı şekilde sadece kamu otoriteleri açısından açık uçlu optimizasyon buyrukları getirdiği, ama bu buyrukların kişisel haklar yaratmadığı, üye devletlerin direktiflerin ulusal hukuk sisteminde uygulanmasını temin etmemesi durumunda, (kamu otoritelerinin hakkın korunması yükümlülüğü bağlamında) ulusal mahkemelerin gerektiğinde yerleşik ulusal içtihadı değiştirmesi veya aykırı ulusal normu sarfinazar etmesi gerekliliği yükümlülüğünün ise uyumlu yorum (yatay dolaylı etki) ilkesi gereği olduğu şeklinde argümanlar göze çarpmaktadır. LECZYKIEWICZ, Dorota: "The Judgment in *Bauer* and the Effect of the EU Charter of Fundamental Rights in Horizontal Situations", ERCL, 16(2), 2020, s. 323; BERMEJO Nuria: "Fundamental Rights and Horizontal Direct Effect Under the Charter" in Izquierdo-Sans, Cristina/Martínez-Capdevila, Carmen/Nogueira-Guastavino, Magdalena (ed.), Fundamental Rights Challenges - Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation, Springer, Cham 2021, s.51-74.

¹⁰⁶ Case C-36/74 *Walrave* EU:C:1974:140; Case C-43/75 *Defrenne* EU:C:1976:56; Case C-281/98 *Angonese* EU:C:2000:296; Case C-341/05 *Laval* EU:C:2007:809; Case C-438/05 *Viking* EU:C:2007:772.

¹⁰⁷ Case C-144/04 *Mangold* EU:C:2005:709; C-555/07 *Küçükdeveci* EU:C:2010:21; *Laval*; *Viking*; BAYKAL, Sanem/GÖÇMEN İlke: Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin, Ankara 2016, s.562-565.

¹⁰⁸ PRECHAL, s.407.

¹⁰⁹ *Defrenne*, para. 39; *Angonese*, para. 34-36.

duyma yükümlülüğü getirdiğini, ama AB yasamasına somut tasarruf kabul etmeyi zorunlu kılmadığını belirtmektedir. Bu maddenin tam etkili olabilmesi için AB hukuku veya ulusal hukukta daha somutlaştırılmaya ihtiyacı vardır. Bu itibarla, 26. madde kendi başına kişilere ileri sürebilecekleri kişisel bir hak bahşedememektedir.¹¹⁰ Ayrıca dikey doğrudan etkisinin bile olmaması yatay doğrudan etkisinin yokluğuna delalettir.

ABAD, Şart'ın işçilerin işletmede bilgi edinme ve danışma hakkını düzenleyen 27. maddesinin işçilerin AB hukuku ve ulusal hukuk ve uygulamalarda verilen durumlarda ve koşullar altında bilgi edinme ve danışma sağlanması gerektirdiğini ifade etmiştir. Şart'ın 27. maddesinin lafzından anlaşılacağı üzere bu hükmün tam etkili olabilmesi için AB hukuku veya ulusal hukukta kendisine daha somut ifade bulması gerekmektedir. Bu itibarla, 27. maddenin lafzından veya bu hükme ilişkin Açıklamalar'dan, 2002/14 Sayılı Direktif'in 3(1). maddesinden üye devletleri muhatap alan bir işletmede personelin sayımında daha önce sayımda katılan belirgin bir sınıfı hesaba katmasını yasaklayan bir yükümlülük çıkartılamaz. Kendi başına kişilere ileri sürebilecekleri kişisel bir hak bahşetmeyen 27. maddeye uyumsuzlukta söz konusu direktife aykırı ulusal normun uygulanmamasını sağlamak için istinat edilemez. Bu hüküm, 27. maddenin söz konusu direktifin hükümleriyle birlikte düşünülmesi durumunda da değişmez, çünkü 27. maddenin direktifle birlikte ele alınması kendi başına kişilere karşı ileri sürebilecekleri bir hak bahşetmediği durumunu değiştiremez.¹¹¹ Yani direktifler, Şart'ın yatay doğrudan etkiden mahrum hükümlerine hiçbir şekilde bu etkiyi kazandıramamaktadırlar.

VII. GENEL DEĞERLENDİRME

Şart'ın yatay doğrudan etkisi için ABAD diğer hukuk kaynaklarına¹¹² ilişkin olandan nispeten farklı koşullar belirlemektedir: İstisna kabul etmez şekilde herkesi bağlayıcı; AB hukuku veya ulusal hukuk hükümleriyle somut hale getirilme ihtiyacı hissetmeyecek nitelikte koşulsuz; ve tek başlarına kişilere hak bahşeder kapasitede olmak. Ayrıca 52(5). madde tanımlamasıyla hak-ilke ayrımının doğrudan etkili olan ve olmayan hükümler ayrımına tekabül ettiği de ifade edilebilecektir. Bu itibarla hak-ilke ayrımı temelinde geliştirilen analizin bir hükmün yatay doğrudan etkisi analizi içerisinde bir unsur veya boyut olarak ele alınabileceği kanaatimizce uygundur.

Bu çerçevede, AMS'de 27. maddenin yatay doğrudan etkisinin reddinde AB hukuku ve ulusal hukuk ve uygulamalarda verilen koşullar altında ibaresini içermesi, yatay doğrudan etkisinin reddedilmesinde bir gerekçe olarak sunulmuştur.¹¹³ Ancak AB hukuku ve ulusal hukuk ve uygulamalarda verilen koşullar altında ibaresini içermek bir hükmün ilke olarak tanımlanması açısından belirleyici değildir. AB hukukuna veya ulusal hukuka ve uygulamalara referans etmek, normun ehemmiyet ve icrailiğini eksiltmese de hukuki gelenekler ve belli bir bağlamda bazı temel hakların uygulanma tarzını etkileyebilmesi anlamına da gelebilir ve dolayısıyla normun somut etkilerini azaltma veya zayıflatma anlamında ele alınmamalıdır.¹¹⁴ AB veya ulusal düzeyde uygulayıcı tasarruf gerektiren hükümlerin doğrudan etkiye sahip olmadığı iddiası çerçevesinde *Viking*'de Şart'ın 28. maddesinde de düzenlenen ve AB hukuku ile ulusal hukuk ve uygulamalara atıfta bulunan toplu gösteri hakkının doğrudan etkisinin tanındığının bu çerçevede hatırlanması gerekir.¹¹⁵ Ayrıca böyle ibare içermemesine rağmen yine de doğrudan etkili olmayan hükümler de mevcuttur.¹¹⁶ Örneğin bu ibareyi içermemelerine rağmen, 26. madde doğrudan etkili olmadığı sarahaten teyit edilmiş bir hükümdür ve 29., 37. ve 38. maddeler de doğrudan etkiye sahip görünmemektedir. Yani böyle bir ibarenin yer almaması da bir hükmün doğrudan etkili olacağına delalet etmemektedir.

Şart ve Açıklamalar terminolojisinde hak veya ilke olarak tanımlanmak açısından, bir ilke olarak tanımlanabilecek ayrımcılık yasağını düzenleyen 21. madde doğrudan etkili hak içeren hüküm olarak teyit edilmesine rağmen, bir hak olarak tanımlanabilecek işyerinde bilgi edinme ve danışma hakkını düzenleyen 27. madde doğrudan etkili olmayan bir hüküm olarak teyit edilmiştir. Bu bağlamda örneğin Hukuk Sözcüsü Villalón 27. maddede düzenlenen bilgi edinme ve danışma hakkının konu ve kimliği itibarıyla sosyal hak, ama operasyonellik açısından ise ilke mahiyetinde

¹¹⁰ Glatzel, para. 74, 77-78.

¹¹¹ AMS, para. 44-49.

¹¹² Hükmün, lafız ve amacı ışığında yeterince belirgin, açık ve şartsız olması. Case C-26/62 *Van Gend en Loos* EU:C:1963:1.

¹¹³ AMS, para. 44.

¹¹⁴ WALKILA, s.182.

¹¹⁵ *Viking*.

¹¹⁶ PRECHAL, s.407.

olduğunu vurgulayarak bir ayrıma gitmek zorunda kalmıştır.¹¹⁷ Terminolojik açıdan kadın ve erkek arasında eşitlik ilkesini düzenleyen 23. madde doğrudan etkili hak olarak görünmektedir. 37. maddede yer alan sürdürülebilir gelişme ilkesi ile 47. maddede yer alan suç ve cezalarının hukukiliği ve orantılılığı ilkesi 52(5). maddede yer alan ilke kavramına da tekabül etmemektedir. Açıklamalar'a göre yaşlıların haklarını düzenleyen 25. madde, engellilerin entegrasyonunu düzenleyen 26. madde, sağlığın korunmasını düzenleyen 35. madde, genel ekonomik çıkar hizmetlerini düzenleyen 36. madde, tüketicinin korunmasına ilişkin 38. madde ilkeye tekabül etmektedir. Ancak hak kavramının hükümde yer alması da tam belirleyici olmadığından, hükmün lafzında hak kavramının yer alması doğrudan etkililiği garanti etmemektedir. Mesela 25. madde yaşlıların haklarından bahsediyor olmasına rağmen ilke formatına daha uygunken, 26. maddede düzenlenen engellilerin hakları ve 27. maddede düzenlenen işyerinde bilgi edinme ve danışma hakkı ABAD tarafından ilke olarak teyit edilmiştir. Diğer yandan 32(1). maddede hak kavramı yer alması da çocuk istihdamı yasağı yatay doğrudan etkiyi, yani kişisel hakkı, çağrıştırmaktadır. Bu itibarla bir hükmün hak veya ilke kavramını muhtevi olmasının yatay doğrudan etkili olup olmamasına karine teşkil edeceği iddia edilemez.

51(1) ve 52(5). maddelerde yer alan haklara saygı duyulacağına, ilkelere ise riayet edileceğine ilişkin ibareler de hükmün yatay doğrudan etkili niteliğini belirleyici görünmemektedir.

Hükümlerin belirli bir başlık altında düzenlenmeleri de bu hususta belirleyici görünmemektedir. Zira 21. madde eşitlik başlığı altında, 31. madde dayanışma başlığı altında yer almasına rağmen ikisinin de yatay doğrudan etkisi tanınmışken, 26. madde 21. maddeyle aynı eşitlik başlığı, 27. madde de 31. maddeyle aynı dayanışma başlığı altında yer almalarına rağmen ikisine de bu etki tanınmamıştır.

15., 16. ve 17. maddelerdeki gibi bazı özgürlükler Andlaşmalar'la düzenlenen ve yatay doğrudan etki tanınan ekonomik serbestilerle irtibatlıdır. ABAD'ın ekonomik serbestilere ilişkin içtihadını bu hükümlere teşmil edip etmeyeceğini ise zaman gösterecektir.

Genel itibariyle hükmün yatay doğrudan etkili olup olmadığı, yani 52(5). madde bağlamında bir hükmün ilke değil de bir hak doğurup doğurmadığının tespiti için hükmün lafzına, amacına ve doğasına bakılmalıdır. Şart'a ilişkin doğrudan etki şartlarının geleneksel olarak yerleşik içtihatla yer bulan belirgin, açık ve koşulsuz olma şartlarından mahiyet itibariyle farklı olmadığını, nihai tahlilde meselenin hükmün yargının konusu olup olamayacağını belirlenmesi¹¹⁸ olduğunu belirtmek gerekir. Bu çerçevede kesin olmamakla birlikte bazı kriterler hak-ilke ayırımına yardımcı olabilecektir: Eğer bir hükümde yararlanıcı/sahip açıkça belirlenmişse bu hüküm hakkı, AB ve üye devlete tüketicinin korunması veya sağlıklı çevre gibi bir değere saygı göstereceği veya tanıyacağı atfı varsa bu hükmün ilkeyi; kişisel bir salahiyeti veya talebi düzenleyen hükmün hakkı, genel yükümlülükler içeren hükmün ilkeyi; zorunluluk ifade eden 'shall' veya hak ibaresi içeren hükmün genelde hakkı, arzulanan amaçlar veya yükümlülükleri ifade eden hükmün ilkeyi; AB ve üye devlete matuf objektif norm olarak düzenlenen, hak veya kişisel ibarelerden imtina eden hükümlerin ilkeyi; AB hukuku ve ulusal hukuk ve uygulamalarına atfeden hükmün genelde ilkeyi, etmeyen genelde hakkı; yükümlülük sahiplerine takdir yetkisi bırakmayan hükmün hakkı, bırakanın ilkeyi; yasama ve idarenin müdahalesini gerektiren programatik hükümler içeren hükmün ilkeyi; operasyonel olması için yasama ve idare tasarrufu gerektirmeyen belirli bir kesinlik ve net yasaklar içeren hükmün hakkı; kişilerin korunmasını amaçlayan hükmün hakkı ifade ettiği düşünülebilir.¹¹⁹

Ayrıca Şart'ın 52(2). maddesinde belirtildiği gibi Şart tarafından tanınan bir hakkın Kurucu Andlaşma hükümleri tarafından belirlenen koşullarda ve sınırlarda yorumlanması ve uygulanması yükümlülüğünün, Andlaşmalar'da yer alan yükümlülükler ile Şart'ta yer alan hakların formülasyonu arasında devam eden bir bağ kurduğu iddia edilebilir.¹²⁰ Şart'ın bağlayıcılık kazanmasından önceki AB temel haklarına ilişkin yerleşik içtihat baz alındığında, Şart'ın 53. maddesi çerçevesinde de Şart'ın uygulanmasının söz konusu temel hakların AB hukuku tarafından sağlanan hak korumasına hanel getiremeyeceği hükmü bağlamında önceki içtihadın

¹¹⁷ Opinion of Advocate General Cruz Villalón, AMS, para. 45.

¹¹⁸ PESCATORE, Pierre: "The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law", European Law Review, 8, 1983, s.155.

¹¹⁹ PEERS/PRECHAL, s.1455–1522; KROMMENDIJK, s.321.

¹²⁰ HOFMANN, Herwig C. H./WARIN, Catherine: "Identifying Individual Rights in EU Law", University of Luxembourg Law Working Paper Series, Paper Number 2017-004.

Şart çerçevesinde aynı haklara ilişkin geriye götürülemezlik ilkesi çerçevesinde bir bağ içerisinde geliştirilmesi yükümlülüğü ve tam etkililiğinin sağlanması açısından, Şart'ın başka hükümlerinin de yatay doğrudan etkisinin, gerek Kurucu Andlaşma hükümleri, gerekse temel hakları oluşturan AB hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde geliştirilen yerleşik içtihat ekseninde teyidinin beklentisi içinde olduğumuzu belirtmek isteriz. Ayrıca Şart'ın dibacesinde belirtildiği üzere Şart'ın hakları görünür kıldığı ve mevcut AB temel haklarını teyit ettiği hususiyeti nazarı dikkate alınırca bu görüşümüzün haklılığı görülebilecektir. Yani özel hukuk uyumsuzluklarında tarafların Şart'ta yer alan haklarına istinat etmeleri üzerine ulusal yargıçların buna ikna olmaları veya ulusal yargıçların resen Şart'ın önlerindeki özel hukuk uyumsuzluğuna uygulanması gerekliliğine kanaat getirmesi üzerine önkarar usulü yoluyla ABAD önüne gelecek olan havalelerde ABAD'ın, Şart'ın hukuki bağlayıcılığının 11 yıllık birikimiyle diğer bazı hükümlerinin de yatay doğrudan etkisini teyit etme ihtimali kanaatimizce yüksektir. Şart'ın bütün hükümlerinin, hak veya ilke olması fark etmeksizin, dolaylı yatay etkisi nazarı dikkate alınırca, yatay doğrudan etkili olmayan hükümlerinin de, Şart'ın uygulanma alanının kapsamı içerisinde, uygulayıcı tasarruflarla sınırlı kalmaksızın, Şart'a uyumlu yorumu yoluyla etkililiğinin sağlanacağı da gözardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

- BAILLEUX, Antoine et Emmanuelle Bribosia: “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne” in van Drooghenbroeck, Sébastien/Wautelet, Patrick (ed.), *Droits Fondamentaux en Mouvement – Questions Choisies d’Actualité*, Anthemis, 2012, s.73-151.
- BAILLEUX, Antoine: “La Cour de Justice, La Charte des Droits Fondamentaux Et L’Intensité Normative des Droits Sociaux”, *TSR RDS 2014/3 284*.
- BAILLEUX, Antoine: “L’apport de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne au « droit » à la santé” in Brosset, E. (ed.), *Droit européen et protection de la santé. Bilans et perspectives*, Larcier – Bruylant, Bruxelles 2015, s.115-131.
- BARKHUYSEN, Tom/LINDENBERGH, Siewert (ed.), *Constitutionalisation of Private Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- BAYKAL, Sanem/GÖÇMEN İlke: *Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku*, Seçkin, Ankara 2016.
- BERMEJO, Nuria: “Fundamental Rights and Horizontal Direct Effect Under the Charter” in Izquierdo-Sans, Cristina/Martínez-Capdevila, Carmen/Nogueira-Guastavino, Magdalena (ed.), *Fundamental Rights Challenges - Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation*, Springer, Cham 2021, s.51-74.
- BERNITZ, Ulf: "The Scope of the Charter and its Impact on the Application of the ECHR: The Åkerberg Fransson Case on Ne Bis in Idem in Perspective" in de Vries, Sybe/Bernitz, Ulf/Weatherill, Stephen (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Hart, Oxford, 2015, s.155-172.
- BOBEK, Michal/ADAMS-PRASSL, Jeremias (ed.): *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Hart, Oxford 2020.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O./REICH, Norbert: “The Constitutionalization of European Private Law: Gateways, Constraints, and Challenges”, *European Review of Private Law*, 5-2015, s.797.
- CLAPHAM, Andrew: “The Privatisation of Human Rights”, *EHRLR*, 1, 1996, s.20.
- COLLINS, Hugh: “On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2012*, s.1.
- COLLINS, Hugh: “Private Law, Fundamental Rights, and the Rule of Law”, *W.Va. L. Rev.*, 121, 2018, Art. 4, s.1.
- DE SCHUTTER, Olivier: “Les droits fondamentaux dans l’Union européenne: une typologie de l’acquis” in Bribosia, Emmanuelle/Hennebel, Ludovic, *Classer les droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, s.315-349.
- DE SCHUTTER, Olivier: “The Charter of Fundamental Rights as a Social Rights Charter”, *CRIDHO Working Paper 2018/4*.
- DICKSON, Brice: “The Horizontal Application of Human Rights Law” in Hegarty, Angela/Leonard, Siobhan (ed.), *A Human Rights: An Agenda for The 21st Century*, Cavendish, 1999, s.59-78.
- DOUGAN, Michael: “Judicial Review of Member State Action under the General Principles and the Charter: Defining the “Scope of Union Law””, *Common Market Law Review*, 52, 2015, s.1201.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, “Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in Law and Policymaking at National Level”, 2020, Luxembourg.
- FERNANDES, Sophie Perez: “Fundamental Rights at the Crossroads of EU Constitutionalism. Decoding the Member States’ Key(s) to the Charter”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 60, 2018, s.677.
- FORNASIER, Matteo: “The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships: Direct or Indirect Effect?”, *European Review of Private Law*, 23, 2015, s.29.
- FRANTZIOU, Eleni: “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, *European Law Journal*, 21, 2015, s.657.
- FRANTZIOU, Eleni: “The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22, 2020, s.208.
- GARDBAUM, Stephen: “The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights”, *Michigan Law Review*, 102(3), 2003, s.387.
- GERSTENBERG, Oliver: “Fundamental Rights and Democratic Sovereignty in the EU: The Role of the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFREU) in Regulating the European Social Market Economy”, *Yearbook of European Law*, 39, 2020, s.199.
- GROUSSOT, Xavier/PECH Laurent/PETURSSON, Gunnar Thor: “The Scope of Application of EU Fundamental Rights on Member States’ Action: In Search of Certainty in EU Adjudication”, *Eric Stein Working Paper No 1/2011*.
- HARTKAMP, Arthur/SIEBURGH Carla/DEVROE, Wouter: *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, Hart, Oxford, 2017.
- HESELINK, Martijn W: “The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law” in Hesselink, M.W./Du Perron, C.E./Salomons, A.F. (ed.), *Privaatrecht tussen Autonomie en Solidariteit*, Boom Juridische Uitgevers, The Hague 2003, s.119-132.

- HESELINK, Martijn W: “The Justice Dimensions of the Relationship between Fundamental Rights and Private Law” in H. Collins (Ed.), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights* Vol. 2, Intersentia, Cambridge 2017, s.167-196.
- HOFMANN, Herwig C. H./WARIN, Catherine: “Identifying Individual Rights in EU Law”, University of Luxembourg Law Working Paper Series, Paper Number 2017-004.
- JACQUÉ, Jean-Paul: “The Charter of Fundamental Rights and the Court of Justice of the European Union: A First Assessment of the Interpretation of the Charter’s Horizontal Provisions” in Rossi, L.S./Casolari, F. (ed.), *The EU after Lisbon*, Springer, 2014, s.137-160.
- KAILA, Heidi: “The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States” in Cardonnel, Pascal/Rosas, Allan/Wahl, Nils (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, London, 2012, s.291-316.
- KOUKIADAKI, Aristeia: "Application (Article 51) and Limitations (Article 52(1))" in Dorssmont, Filip/Lörcher, Klaus/Clauwaert, Stefan/Schmitt, Mélanie, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford, 2019, s.101-134.
- KRAHÉ, Justin Friedrich: “The Impact of Public Law Norms on Private Law Relationships”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, (2), 2015, s.124.
- KROMMENDIJK, Jasper: “Principled Silence or Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter’s Principles in the Case Law of the Court of Justice”, *EuConst*, 11, 2015, s.321.
- LECZYKIEWICZ, Dorota: “Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights”, *European Law Review*, 38, 2013, s.479.
- LECZYKIEWICZ, Dorota: “The Judgment in Bauer and the Effect of the EU Charter of Fundamental Rights in Horizontal Situations”, *ERCL*, 16(2), 2020, s.323.
- LOCK, Tobias: “Rights and Principles in the EU Charter of Fundamental Rights”, *Common Market Law Review*, 56, 2019, s.1201.
- LOURENÇO, Luisa: “General Principles of European Union Law and the Charter of Fundamental Rights”, A Case Note on Case C-176/12 *Association De Médiation Sociale*, *European Law Reporter*, n° 11/12, November-December 2013.
- MÁDR, Petr: “Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights from the Perspective of the National Judge”, *Review of European Administrative Law*, 13, 2020, s.53-85.
- MAK, Chantal: “Judges in Utopia Fundamental Rights as Constitutive Elements of a European Private Legal Culture”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-89*.
- MUIR, Elise: “The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer”, *Review of European Administrative Law*; 12, 2019, s.185.
- PEERS, Steve/HERVEY, Tamara/KENNER, Jeff/WARD, Angela (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart, London:, 2014.
- PESCATORE, Pierre: “The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law”, *European Law Review*, 8, 1983, s.155.
- PRECHAL, Sacha: “Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 2020, s.407.
- SAFJAN, Marek: “Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of Conflict?”, *EUI Working Paper LAW 2012/22*.
- SAFJAN, Marek: “The Horizontal Effect of Fundamental Rights in Private Law - On Actors, Vectors, and Factors of Influence” in Purnhagen, K./Rott, P. (ed.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Springer, Switzerland 2014, s.123-152.
- SARMIENTO, Daniel: “Who’s Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe”, *Common Market Law Review*, 50, 2013, s.1267.
- SEIFERT, Achim: “The Horizontal Effect of Social Rights of the Charter of Fundamental Rights of the EU”, *Pro Justitia* τ.3, 2020, s.1.
- SEVER, Saša: “Horizontal Effect and the Charter”, *CYELP*, 10, 2014, s.39.
- SPAVENTA, Eleanor: “The Interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: The Dilemma of Stricter or Broader Application of the Charter to National Measures”, Study for the PETI Committee, European Parliament Policy Department, Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2016.
- TRIDIMAS, Takis: “The General Principles of EU Law and the Europeanisation of National Laws”, *Review of European Administrative Law*, 13, 2020, s.5.
- TRSTENJAK, Verica/WEINGERL Petra: “Slovenia” in Botman, Marleen/Langer, Jurian (ed.), *National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order*, The XXIX FIDE Congress in the Hague 2020 Congress Publications Vol 1, Eleven International Publishing, Den Haag 2020, s.443-458.
- WALKILA, Sonya: *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Europa Law Publishing, Zutphen 2016.
- YOUNG, Alison L: “Mapping Horizontal Effect” in Hoffman, David (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, CUP, Cambridge 2011, s.16-47.

YABANCILARIN TÜRKİYE’DE İKAMET VE SEYAHATİNE İLİŞKİN UYGULAMADA KARŞILAŞILAN BAZI SORUNLAR

SOME PROBLEMS ENCOUNTERED IN PRACTICE REGARDING
THE RESIDENCE AND TRAVEL OF FOREIGNERS IN TURKEY

Necla ÖZTÜRK* & Döndü KUŞÇU** & Utku TUFAN***

Makale Bilgi

Gönderi: 27/07/2021
Kabul : 22/11/2021

Anahtar Kelimeler

Yabancı,
İkamet İzni,
Yabancılar ve
Uluslararası Koruma
Kanunu.

Article Info

Received: 27/07/2021
Accepted: 22/11/2021

Keywords

Foreign,
Residence Permit,
Law on Foreigners and
International Protection.

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.974775> 

Kural olarak vizenin ve vize muafiyetinin tanıdığı süreden daha fazla Türkiye’de kalmak isteyen yabancıların ikamet izni alması gerekmektedir. İkamet izni ile ilgili düzenlemeler 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ile Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte (YUKK Uygulama Yönetmeliği) yer almaktadır. Bu düzenlemeler kapsamında Türkiye’de ikamet etmek isteyen yabancılar; kısa dönem, aile, uzun dönem, öğrenci, insanî ve insan ticareti mağduru ikamet izinlerinden birini alarak Türkiye’de ikamet edebilir. Yabancıların ikamet iznine ilişkin hükümler içeren YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği, her bir ikamet izin türünü, söz konusu ikamet izninin koşullarını, uzatılmasını ya da iptalini ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Ancak bu ayrıntılı düzenlemeye rağmen, söz konusu düzenlemelerde bazı çelişki veya eksikliklerin olduğu görülmektedir. Dahası bazı hükümlerin yanlış anlaşılmaya ya da farklı yorumlanmaya müsait olduğu da dikkat çekmektedir. Kuşkusuz, yabancıların ikamet hakkına ilişkin hükümlerdeki bu çelişki veya eksiklik ya da farklı yorumlanmaya uygun hükümler uygulamada sorun teşkil edebilir. Bu çalışmanın amacı, YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği kapsamında yabancıların ikametine ilişkin tespit edilen bu sorunlara dikkat çekmek ve çözüm önerileri sunmaktır. Bu amaç doğrultusunda hazırlanan çalışma, konuya ilişkin çalışmaların yürütüldüğü kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınarak hazırlanmıştır.

Abstract

As a rule, foreigners who intend to stay in Turkey longer than the visa duration and the visa exemption period must obtain a residence permit. Regulations regarding the residence permit are included in the Act on Foreigners and International Protection (YUKK) numbered 6458 and the Regulation on the Implementation of the Act on Foreigners and International Protection (YUKK Implementation Regulation). Foreigners who want to reside in Turkey within the scope of these regulations; short-term, family, long-term, student, humanitarian and human trafficking victims can reside in Turkey by obtaining one of the residence permits as issued. The YUKK and YUKK Implementing Regulations, which contain provisions regarding residence permits of foreigners, regulate in detail each type of residence permit, the conditions of the said residence permit, its extension or cancellation. However, despite these detailed regulations, it is seen that there are some contradictions or deficiencies in the said regulations. Moreover, it is noteworthy that some provisions are susceptible to misunderstanding or different interpretations. Undoubtedly, this contradiction or deficiency in the provisions regarding the residence right of foreigners or the provisions suitable for different interpretations may pose some problems in practice. The aim of this study is to draw attention to these problems related to the residence of foreigners within the scope of YUKK and YUKK Implementation Regulation and the solutions it offers. The study, which was prepared in line with this purpose, was prepared by taking the opinions of the public institutions and organizations where the studies on the subject were carried out.

 Bu eser Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

** Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

*** İl Göç Uzmanı, Doktora Öğrencisi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi.

Atıf Şekli | Cite As: ÖZTÜRK Necla/KUŞÇU Döndü/TUFAN Utku, “Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatine İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, İnÜHFD, 12(2), 2021, s.703-720.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Issues regarding the residence of foreigners in Turkish law are regulated in detail by the Act on Foreigners and International Protection and the Regulation on the Implementation of the Act on Foreigners and International Protection. However, some provisions in both the YUKK and the YUKK Implementation Regulation are contradictory or susceptible to misunderstanding.

The aim of this study is to discuss the regulations regarding residence in the YUKK and the Implementing Regulations of the YUKK and to present an opinion by emphasizing the provisions that may cause problems in practice and to make suggestions to the legislator on how to make regulations.

This study consists of two parts. In the First Part, general information about the right of residence and travel of foreigners is given. In this framework, basic concepts such as residence, travel, residence permit have been defined, how the right of residence and travel of foreigners in Turkish law has been regulated from past to present, and the conditions of residence of foreigners in Turkish law are explained. The Second Part of the study is titled Problems Encountered in Practice. Under this heading, five different issues that we think will pose a problem in practice are discussed.

The first subject of the Second Part is the regulation regarding stateless persons that may cause problems in practice. As a matter of fact, in the YUKK, it is regulated that stateless persons are both exempted from residence permit and can obtain a residence permit upon their request. Evaluating this seemingly contradictory arrangement, it has been concluded that if the stateless person exempted from the residence permit obtains a residence permit despite this exemption, he or she can benefit from the rights provided by the periods spent in Turkey with the residence permit. In addition, regarding stateless persons, the question of whether these persons will be supportive in applying for a family residence permit has also been discussed and it has been concluded that those who have a stateless person identity document can be supported within the scope of family residence permit.

The second issue covered under this heading is the issue related to family residence permit. We have identified three issues regarding family residence permit. The first of these is the obligation of the sponsor to submit a five-year criminal record in the family residence permit. If the sponsor is legally residing in more than one country, it is difficult to submit a criminal record. For this reason, the legislator should make a clear regulation. Another problem related to family residence permit is experienced in transition from family residence permit to short-term residence permit. However, there is no clarity in the Law as to whether those who switch from a family residence permit to a short-term residence permit can request an extension of their residence permit in this context if the short-term residence period expires. While this problem, which arises in the transition from family residence permit to short-term residence permit, does not pose a problem for the first time, it may pose a problem in case of an application for an extension, since the previous residence permit type will be a short-term residence permit. In our opinion, a short-term residence permit should be given only once in the transition from family residence permit to short-term residence permit, and the law should be regulated accordingly. The third problem related to family residence permit is that there is no regulation in the Law regarding the ability of a mother or father with a Turkish citizen child to obtain a family residence permit. We believe that this identified problem can be resolved with a provision to be added to the Act.

The third sub-title of this part is devoted to issues related to short-term residence permit. In this title; the situation of foreigners who will apply for a short-term residence permit because they have immovable property in Turkey, and the issues of residence permits used for purposes other than their issuance are discussed. According to the Act, foreigners who own immovable property in Turkey can obtain a short-term residence permit. However, this immovable property must be a residence and be used as a residence. There is no regulation in the Act regarding the obligation of the person who will use the residence to be the owner of the real estate. In addition, if more than one person has a property right on the immovable, there is no clarity as to whether everyone with property rights can obtain a short-term residence permit. Although there is no clear regulation in the Act for the first issue, it should be accepted that a foreigner who uses his real estate as a residence can obtain a short-term residence permit for the purpose of the Act. In cases where the property is owned by more than one person, the Act only provides a solution in favor of family members. In our opinion, the issue should be clearly regulated in order to eliminate the problems that may arise especially if there are persons who have equal shares on the immovable and these persons are not family members within the scope of the Act. The second problem related to the subject is the difficulty of determining that the short-term residence permit, which is one of the reasons for the cancellation and non-extension of the short-term residence permit, is used for other than the purpose of issue. Since the foreigner can apply for a residence permit for tourism purposes in any case, the regulation regarding the cancellation of the residence permit becomes dysfunctional. For this reason, we think that it would be appropriate to review the provision.

Foreigners whose residence permit requests are rejected, whose residence permits are canceled or not extended can file an action for annulment with the administrative court within sixty days from the notification date of this decision. In addition, these people are given a document that allows them to stay in Turkey for only up to ten days. A foreigner who is found not to leave the country within ten days may be deported. Therefore, a ten-day period is foreseen for the foreigner to leave the country, moreover, it is regulated that if he does not leave the country, he will be deported, and the right to file a lawsuit for the rejection of the residence permit request is granted within sixty days. In the fourth title, we are of the opinion that a clear regulation should be made in the law in order to eliminate this complex situation.

As the last problem that may be encountered in practice, there is no regulation stating that the foreigner, who has a residence permit application document and is a citizen of a country exempt from residence permit fee, can enter and exit Turkey with the application document until the residence permit request is finalized. However, foreigners who are subject to the residence permit fee can enter and exit Turkey with an application document until the application is concluded. The reason why the legislator makes such a distinction between the foreigners who are subject to the residence permit fee and the foreigners who are exempt from the residence permit fee cannot be understood. We are of the opinion that the foreigner who is exempt from the residence fee should be able to enter and leave the country until the application process is concluded with the application document, just like the foreigner who has paid the residence permit fee.

I. GİRİŞ

Türk Yabancılar Hukukunda, vize veya vize muafiyetinin sağladığı süreden daha uzun süre Türkiye’de kalmak isteyen yabancıların ikamet izni alma zorunluluğu bulunmaktadır¹. Bu zorunluluk yabancıların Türkiye’de ikametine ilişkin kuralları düzenleyen Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)² ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte³ düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde yabancıların ikameti meselesi, mülga düzenlemelere⁴ göre daha kapsamlı ve sistematik şekilde ele alınmış olmakla birlikte, bazı hükümlerin özellikle uygulamada sorun teşkil edebileceği görülmektedir.

Bu çalışmanın amacı, YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği kapsamında yabancıların ikametine ilişkin tespit edilen ve sorun olabilecek bazı hükümlere dikkat çekmek, bu hükümleri değerlendirip çözüm önerileri sunmaktır.

Bu çerçevede konu iki ana başlık altında ele alınacaktır. Yabancıların İkamet ve Seyahat Hakkı başlıklı ilk kısımda, konuya ilişkin -ikamet ve seyahat gibi- temel kavramların tanımı yapıldıktan sonra, Türk hukukunda mülga ve pozitif düzenlemeler hakkında genel bilgi verilecektir. Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar başlıklı ikinci kısımda ise, YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği çerçevesinde, yabancıların ikametine ilişkin tespit edilen bazı çelişkili hükümlere ve eksikliklere dikkat çekilecek, farklı yorumlanmaya müsait hükümler üzerinde durulacak ve bu hükümlerin uygulamada yaratabileceği sorunlara ilişkin çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

II. YABANCILARIN İKAMET ve SEYAHAT HAKKI

A. Konuya İlişkin Temel Kavramlar

İkamet etme, kişinin dilediği konutu seçip yerleşme ve yaşama imkânına sahip olmasını ifade etmekle birlikte⁵ bir yerde oturma bir yerde sakin olma anlamına da gelmektedir⁶. Dolaşım, gidip-gelme, yer değiştirme anlamı taşıyan seyahat ise, bir yönüyle “*yerleşme serbestliği*” anlamına gelmektedir⁷. Yabancılar açısından ise ikamet kavramı seyahat kavramını da beraberinde getirir. Zira bir yabancıların kendi ülkesi dışında başka bir ülkede ikamet edebilmesinin ön koşulu, o ülkeye usulüne uygun olarak giriş yapmış olması yani o ülkeye seyahat etmiş olmasıdır.

YUKK m.3/1(i) ikamet adresinin tanımını yapmıştır. Buna göre “*ikamet adresi Türkiye’de adres kayıt sisteminde kayıtlı olunan yeri*” ifade etmektedir. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK)⁸ m.15 ise yabancı için ikamet tanımını “*bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye’de oturmaktır*” şeklinde yapmıştır.

İkamet ve seyahat kavramlarını bu şekilde tanımladıktan sonra, ikamet izni kavramını da tanımlamak gerekmektedir. İkamet izni, yabancıya, geçerli olduğu süre zarfında ülkede ikamet edebilme hakkı veren, şartları önceden belirlenmiş tek yanlı idarî işlemle tesis edilen izin olarak tanımlanabilir⁹. Benzer tanımlar YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliğinde de yer almaktadır. Nitekim YUKK m.3/1(j) bendinde ikamet izni, Türkiye’de kalmak üzere verilen izin belgesi, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.3/1(k) bendinde ise, yabancıya Türkiye’de kalma hakkı veren izin olarak tanımlanmıştır.

¹ Doktrinde ikamet iznini vize süresinin uzatılması olarak ifade eden görüş için bkz.: ASAR, Aydoğan: Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2018, s.73.

² RG: 11.04.2013-28615.

³ RG: 17.03.2016-29656. Bundan sonra YUKK Uygulama Yönetmeliği olarak anılacaktır.

⁴ YUKK yürürlüğe girmeden önce yabancıların ikameti, Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunda (YİSHK-RG: 24.07.1950-7564) düzenlenmekteydi ve ikamet izni yerine ikamet tezkeresi ifadesi kullanılmaktaydı. YİSHK hükümleri çerçevesinde ikamet tezkeresi hakkında bkz.: AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2010, s.126-133; TİRYAKIOĞLU, Bilgin, “Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı”, AÜHFD, 46(1-4), 1997, s.69-79; SEVİĞ, Muammer Raşit/SEVİĞ Vedat Raşit: Devletler Hususî Hukuku (Yabancıların Hukukî Durumu) 2. Cilt, 4. Baskı, İstanbul 1970, s.69-78; GÖĞER, Erdoğan: Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1979, s.73-78.

⁵ KABOĞLU, İbrahim: Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı (Temel Özgürlük ve Sosyal Hak Birleşmesi), İnsan Hakları Yıllığı, 1995-1996, 17-18, s.149.

⁶ ALTUĞ, Yılmaz: Yabancıların Hukukî Durumu, 4. Baskı, İstanbul 1971, s.152; ESEN, Emre: Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, İstanbul 2019, s.6.

⁷ KABOĞLU, s.320.

⁸ RG: 12.06.2009-27256.

⁹ Bu noktada belirtmek gerekir ki, “*ikamet*” ile “*ikametgâh*” kavramı aynı anlamı taşımamaktadır. Bir kişinin ikamet izni almış olması, o kişinin Türk Medenî Kanunu (RG: 08.12.2001-24607) hükümleri kapsamında Türkiye’de ikametgâh yani yerleşim yerine sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ASAR, s.73; ESEN, s.8-12; AYBAY, s.127, dn. 5; ARSLAN, Şule: Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahat Hakkı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s.11-15.

B. Türk Hukukunda Yabancıların İkamet ve Seyahat Hakkı

1. Mülga Düzenlemeler

Türk hukukunda yabancıların ikamet ve seyahat haklarına ilişkin ilk yasal düzenleme 02.03.1331 tarihli (Miladi 1915) “*Ecnebilerin Seyahat ve İkametleri Hakkında Kanunu Muvakkat*”¹⁰. Bu Kanun¹¹, Cumhuriyet Döneminine geçildikten sonra, 1938 yılında 3529 sayılı “*Ecnebilerin Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun*”¹² kabul edilene dek yürürlükte kalmıştır. 1950 yılına gelindiğinde ise, henüz on iki yıl gibi kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen yabancıların ikamet ve seyahatleri konusunda yeni bir kanun yapma ihtiyacı doğmuş, böylelikle 15.07.1950 tarih ve 5683 sayılı “*Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun*” yürürlüğe girmiştir¹³. YİSHK, 2014 yılında YUKK m.124 ile yürürlükten kaldırılana kadar -altmış dört yıl gibi bir süre- yürürlükte kalmıştır.

2. Türk Pozitif Hukukunda Yabancıların İkamet ve Seyahat Hakkı

Türk pozitif hukukunda ikamet ve seyahat hakkı Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin¹⁴ yanı sıra temel insan hakkı olarak Anayasada da güvence altına alınmıştır.

a. Anayasal Düzenleme

Yerleşme ve seyahat hakkı, 1982 Anayasası m.23’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “*herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir...*”. Görüldüğü üzere, Anayasada yerleşme ve seyahat özgürlüğü vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın *herkese* tanınmış bir haktır¹⁵. Ancak Yabancıların Durumu başlıklı Anayasa m.16 uyarınca, yabancıların temel hak ve özgürlükleri milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla Anayasada ikamet ve seyahat hakkı konusunda vatandaş ve yabancı eşit kabul edilmiş olmakla birlikte, yine Anayasa gereği bu hak, milletlerarası hukuka uygun olarak, kanunla sınırlandırılacaktır. Kanunla yapılan bu sınırlama Anayasaya aykırılık teşkil etmez. Nitekim YUKK’da yabancıların ikamet ve seyahat hakkı konusunda bazı koşullar/sınırlamalar kabul edildiğini görüyoruz.

b. Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahat Edebilme Koşulları

Yabancıların Türkiye’de ikamet edebilmesi için iki koşul aranmaktadır: Ülkeye usulüne uygun girmiş yapmış olmak ve ikamet izni almış olmak. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu koşulları ana hatları ile ele almakta fayda görmekteyiz.

aa. Ülkeye Usulüne Uygun Giriş Yapmış Olmak

Yabancıların bir ülkede haklarını aktif olarak kullanabilmelerinin ön şartı, ülkeye usulüne uygun giriş yapmış olmalarıdır. Yabancıların ülkeye usulüne uygun giriş yapabilmesinin de bazı koşulları bulunmaktadır. YUKK’ta ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olan bu koşullar; sınır kapılarından giriş yapmış olmak, usulüne uygun düzenlenmiş pasaport veya pasaport yerine geçen belge göstermek, vize almış olmak, ülkeye girişi yasaklanmış ya da hakkında giriş yasağı bulunan kişilerden olmamak şeklinde sıralanabilir.

aaa. Sınır Kapısından Giriş Yapmış Olmak

Ülkeye giriş ve çıkışın sınır (giriş-çıkış) kapılarından yapılacağına ilişkin Pasaport Kanunu (PK)¹⁶ m.1’deki düzenleme, YUKK m.5’de tekrarlanmıştır. Bunun yanı sıra PK’nın yine aynı maddesinde sınır kapılarını belirleme yetkisi Cumhurbaşkanına tanınmıştır.

bbb. Pasaport veya Pasaport Yerine Geçen Belge Göstermek

Bir devletin ülkesine usulüne uygun giriş yapabilmek için, ilgilinin, kimliğini resmî

¹⁰ Düstur, 2. Tertip, C. 7, s.458-459 (KONAN, Belkis: “1915 Tarihli “Memâlik-i Osmaniye’de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat”a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukukî Durumunun Değerlendirilmesi”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri (Ed. Fethi GEDİKLİ), İstanbul 2014, s.225’den naklen) Muvakkat Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: KONAN, s.225-245.

¹¹ Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukuku kuralları yabancıların ikamet ve seyahatleri hakkında da uygulama alanı bulmaktaydı. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: ESEN, s.13-14.

¹² RG: 16.07.1938-3961.

¹³ YİSHK hakkında bkz.: dpn. 4.

¹⁴ Yabancıların ikamet ve seyahatlerine ilişkin uluslararası anlaşmalarda yer alan düzenlemeler için bkz.: ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016, s.91-92; POYRAZ, Mehmet Aytac: Türk Hukukunda Yabancıların İkameti, Fatih Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s.70-86.

¹⁵ DOĞAN, Vahit: Yabancılar Hukuku (Yabancılar), 5. Baskı, Ankara 2020, s.81; ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL Günseli: Yabancılar Hukuku, 24. Baskı, İstanbul 2018, s.98; SEVİĞ, Vedat Raşit: “Yabancı Gerçek Kişilerin, Giriş, Çıkış, İkamet ve Seyahatleri”, İÜHFMD Prof. Dr. Charles Crozat’a Armağan, 43(1-4), s.376 vd.; SARIOZ BÜYÜKALP, A. İpek: “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’ndaki İkamet Düzenlemeleri ile İlgili Bazı Meseleler”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan Cilt: II, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.2364.

¹⁶ RG: 24.07.1950-7564.

belgelerle ispatlaması gerekmektedir¹⁷. Esas itibarıyla bu ispat, pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle olmaktadır. Nitekim PK m.2 uyarınca, Türk vatandaşları ve yabancılar, Türkiye'ye giriş yapabilmek için geçerli ve usulüne uygun pasaport veya pasaport yerine geçen bir belge ibraz etmek zorundadır. Benzer bir düzenleme YUKK m.6'da¹⁸ da tekrar edilmiştir.

Pasaport en genel anlamıyla, yetkili makam tarafından düzenlenen, hamilin kimlik bilgilerini ve eşkalini içeren, ilgilinin ülkeden çıkmasına ve ülkeye girmesine yasal bir engel bulunmadığını gösteren resmî seyahat belgesidir¹⁹. Pasaport türleri PK m.12/A'da²⁰, pasaport yerine geçen belgeler ise m.12/B'de²¹ sayılmıştır. PK m.19 "*pasavanlar ve benzeri belgeler*"ın, m.20 ise "*Türkiye dışına taşıma yapan ulaşım araçlarının memur ve mürettebatına verilen vesikalar*"ın (gemi adamı cüzdanı, uçak mürettebatı belgesi, demiryolu personeli kimlik belgesi)²² nasıl verileceği düzenlenmiştir. PK m.2/son fıkrasına göre, pasaport yerine geçen belgelerin belirlenmesi konusunda yetkili makam İçişleri ve Dışişleri Bakanlığıdır²³.

ccc. Vize Almış Olmak

Yabancınnın ülkeye usulüne uygun olarak giriş yapabilmesi için gerekli bir diğer koşul ise, kural olarak, vize almış olmasıdır. Vize, YUKK m.3'de "*Türkiye'de en fazla doksan güne kadar kalma hakkı tanıyan ya da transit geçiş sağlayan izin*" olarak tanımlanmaktadır. Vize alma zorunluluğu ise YUKK m.11/1'de düzenlenmiştir. Buna göre, "*Türkiye'de doksan güne kadar kalacak yabancılar, vatandaşı oldukları veya yasal olarak buldukları ülkedeki konsolosluklardan geliş amaçlarını da belirten vize alarak gelirler*". Bu kuralın istisnaları ise YUKK m.12'de²⁴ düzenlenmiştir.

ddd. Ülkeye Girişi Yasaklanmış veya Hakkında Giriş Yasağı Bulunan Kişilerden Olmamak

Türkiye'ye giriş yasağı YUKK m.9'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre Türkiye'ye giriş yasağı bulunanları iki başlık altında toplamak mümkündür: Bunlardan ilki, ülkeye girişi yetkili makamlarca uygun görülmemeyen kişilerdir²⁵. Bu durumda Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM) kamu düzeni ve kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından bir sakınca görerek yabancınnın ülkeye girişini yasaklayabilmektedir. İkinci hal ise, haklarında sınır dışı etme kararı verilen kişilere yönelik getirilen yasaklamadır. Türkiye'den sınır dışı edilen yabancıların Türkiye'ye girişi, GİGM veya valilikler tarafından yasaklanabilir. Yabancınnın ülkeye girişinin yasaklanması bakımından azami süre beş yıldır. Yasak kararının verilmesine esas teşkil eden nedenlerin kamu düzeni ve kamu güvenliği bakımından ciddi tehdit oluşturması hâlinde ise bu süre on yıl daha arttırılabilir.

Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar ise kabul edilemez yolcu²⁶ kapsamındadır ve bu kişiler YUKK m.7'de 3 bent halinde sayılmıştır. Bu madde kapsamına giren yabancılar; pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar; vize,

¹⁷ ALTUĞ, s.125.

¹⁸ YUKK m.6'ya göre, "*yabancı, pasaport veya pasaport yerine geçen belge ya da belgelerini, Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkışlarda görevlilere göstermek zorundadır*".

¹⁹ DOĞAN, Yabancılar, s.62-63.

²⁰ PK m.12/A'da, "*Türkiye Cumhuriyeti namına verilecek...Pasaportlar: I - Diplomatik pasaportlar; II- Hususi damgalı pasaportlar; III - Hizmet damgalı pasaportlar; IV - Umuma mahsus pasaportlar (Münferit veya müşterek olur); V - Yabancılar mahsus pasaportlar*" şeklinde sayılmıştır.

²¹ PK m.12/B'de, "*Pasaport yerine geçerli vesikalar: I. Pasavanlar, idari mektuplar ve hudut geçiş belgeleri, II. Gemi adamı cüzdanları, demiryolu ve hava ulaşım araçları memur ve mürettebatına verilen vesikalar, III. Seyahat belgesi ve benzeri belgeler*" şeklinde sayılmıştır.

²² Bu belgeler hakkında detaylı bilgi için bkz.: EKŞİ, Nurya: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018, s.70-75.

²³ PK m.2/son fıkrasına göre "*kanunlar ve milletlerarası anlaşmalarla tespit edilenlerden başka, Türk vatandaşları ile yabancılar için ne gibi belgelerin pasaport yerine geçerli kabul edileceği hususunda İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları müştereken karar almaya yetkilidir*".

²⁴ YUKK m.12'ye göre, "(1) Aşağıda sayılan yabancıardan Türkiye'ye girişte vize şartı aranmaz: a) Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ya da Cumhurbaşkanlığı kararıyla vizeden muaf tutulan ülkelerin vatandaşları, b) Türkiye'ye giriş yapacağı tarih itibarıyla, geçerli ikamet veya çalışma izni bulunanlar, c) 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanununun 18 inci maddesine göre verilmiş ve geçerliliklerini yitirmemiş yabancılar mahsus damgalı pasaport sahipleri, ç) 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olduğu anlaşılabilir. (2) Aşağıda sayılan yabancıardan Türkiye'ye girişte vize şartı aranmayabilir: a) Mücbir nedenlerle, Türk hava ve deniz limanlarını kullanmak zorunda kalan taşıtlardaki yabancıardan liman şehrine çıkacak kişiler, b) Deniz limanlarına gelip, yetmiş iki saati geçmemek kaydıyla, liman şehri veya civar illeri turizm amaçlı gezecek kişiler".

²⁵ ÇELİKEL/GELGEL ÖZTEKİN, s.95; ÇİÇEKLİ, s.79.

²⁶ YUKK m.3/1(z)'de, kabul edilemez yolcu, "*ülkeye giriş yapabilmek veya ülkeden transit geçebilmek için sınır kapılarına gelen ancak mevzuatta aranan koşulları taşımadığından ülkeye girişine ya da ülkeden transit geçişine izin verilmeyen kişi*" olarak tanımlanmaktadır.

vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar ile vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi kendisine vize verilemeyecek yabancılardır. Bu kapsamındaki yabancıların ülkeye girişine izin verilmeyecek, sınır kapısına gelmiş bu kişiler ülke sınırlarından geri çevrilecektir.

bb. İkamet İzni Almış Olmak

Yabancıların Türkiye’de ikamet ve seyahat edebilmesinin diğer koşulu, ikamet izni almış olmasıdır. Türk hukukunda yabancıların ikamet konusu YUKK’un 19 ilâ 49. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

aaa) İkamet İzni Alma Zorunluluğu

YUKK m.19/1 uyarınca yabancıların vize veya vize muafiyeti süresince ya da 90 güne kadar ülkede kalması mümkündür; ancak bu sürelerden daha uzun süre ülkede kalmak isteyen yabancıların kural olarak ikamet izni alması zorunludur. Ancak, YUKK m.20’de²⁷ bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Kanunda düzenlenen ikamet izninden muafiyet hallerini incelediğimizde, bu muafiyet hallerini vizeye, göreve, statüye ilişkin veya anlaşmalarla sağlanmış muafiyet halleri olarak sınıflandırmak mümkündür. YUKK’da ikamet izin türleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

bbb) İkamet İzin Türleri

YUKK m.30’da yabancıların Türkiye’de ikamet etme sebeplerine göre, altı tür ikamet izni düzenlenmektedir. Bunlar; “kısa dönem, aile, öğrenci, uzun dönem, insanî ve insan ticareti mağduru ikamet iznidir”.

aaaa) Kısa Dönem İkamet İzni

Kısa dönem ikamet izni, yabancıların diğer ikamet izinlerinin koşullarını yerine getirmediği takdirde müracaat edebildiği ikamet izni türüdür.

YUKK m.31’de kısa dönem ikamet iznine başvurabilecek kişiler sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Bunlar; bilimsel araştırma amacıyla gelecekler, Türkiye’de taşınmaz malı bulunanlar, ticarî bağlantı veya iş kuracaklar, hizmet içi eğitim programlarına katılacaklar, Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu anlaşmalar ya da öğrenci değişim programları çerçevesinde eğitim veya benzeri amaçlarla gelecekler, turizm amaçlı kalacaklar, kamu sağlığını tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşımamak kaydıyla tedavi göreceklere, adli veya idari makamların talep veya kararına bağlı olarak Türkiye’de kalması gerekenler, aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçenler, Türkçe öğrenme kurslarına katılacaklar, kamu kurumları aracılığıyla Türkiye’de eğitim, araştırma, staj ve kurslara katılacaklar, Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlayanlardan mezuniyet tarihinden itibaren altı ay içinde müracaat edenler, Türkiye’de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlarıdır.

Kısa dönem ikamet iznine başvuru şartları ise YUKK m.32’de beş bent hâlinde düzenlenmektedir. Buna göre kısa dönem ikamet iznine müracaat edecek yabancıların öncelikli olarak, biraz önce belirttiğimiz kısa dönem ikamet izni verilmesine esas nedenlerden birine dayalı talebini belgelendirmesi gerekmektedir. Örneğin, kısa dönem ikamet izni almak isteyen yabancı, Türkçe öğrenmek amacıyla geldiğini dil kursu kaydı ile veya Türkiye’de taşınmaz malının bulunduğu tapu senedi ibraz etmek suretiyle belgelendirebilir. Ayrıca, başvuruda bulunan yabancıların, Türkiye’ye girişine izin verilmeyecek yabancılardan olmaması ve Türkiye’de ikamet edeceği süre boyunca genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma imkânına sahip olması gerekmektedir. Yabancıların ülke içinde bulunduğu yerin tespit edilebilmesi amacıyla kalacağı adres bilgilerini vermesi de ikamet izni başvuru şartı olarak düzenlenmektedir. Yabancıya ikamet izni verirken idarenin incelemesi gereken konulardan biri de, yabancıların adli sicil kayıdır. Nitekim yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak ikamet ettiği ülkenin yetkili makamları tarafından

²⁷ YUKK’un İkamet İzni Muafiyet başlığını taşıyan 20. maddesine göre, “ (1) Aşağıda sayılan yabancılar ikamet izninden muaf tutulurlar: a) Doksan güne kadar vizeyle veya vizeden muaf olarak gelenler, vize süresi veya vize muafiyeti süresince, b) Vatansız Kişi Kimlik Belgesi sahibi olanlar, c) Türkiye’de görevli diplomasi ve konsolosluk memurları, ç) Türkiye’de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarının ailelerinden Dışişleri Bakanlığınca bildirilenler, d) Uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalarla belirlenmiş olanlar, e) Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalarla ikamet izninden muaf tutulanlar, f) 5901 sayılı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olanlar, g) 76 ncı ve 83 üncü maddelerin birinci fıkraları kapsamında belge sahibi olanlar. (2) Birinci fıkranın (c), (ç), (d) ve (e) bentlerinde belirtilen yabancılara, şekil ve içeriği Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığınca birlikte belirlenen belge tanzim edilir. Bu yabancılar, ikamet izninden muafiyet sağlayan durumları sona erdikten sonra da Türkiye’de kalmaya devam edeceklerse, en geç on gün içinde ikamet izni almak üzere valiliklere başvurmakla yükümlüdür”.

düzenlenen adli sicil kaydını yetkili makama sunması gerekmektedir.

bbbb) Aile İkamet İzni

Aile ikamet iznine müracaat edilebilmesi için öncelikle bir destekleyiciye ihtiyaç bulunmaktadır. YUKK m.3/1(f) uyarınca destekleyici; ‘*aile birliği amacıyla Türkiye’ye gelecek yabancının masraflarını üstlenen ve ikamet izni talebinde bulunanlar tarafından başvuruya dayanak olarak gösterilen Türk vatandaşı veya Türkiye’de yasal olarak bulunan yabancı*’ ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, destekleyici Türk vatandaşı olabileceği gibi yabancı da olabilir. Yabancı, ailesi için “*destekleyici*” sıfatıyla aile birleşimi talebinde bulunabilmesi için ise YUKK’da öngörülen ikamet izinlerinden birine sahip olması veya mavi kart sahibi olması ya da mülteci yahut ikincil koruma statüsü sahibi olması gerekmektedir²⁸. Destekleyicinin bu statülerden birine sahip olması dışında, aile fertlerinin de, aile ikamet izni için başvuru yapabilecek yabancılardan olması gerekir. Aile ferdinin kapsamına girecek kişiler ise YUKK m.34/1’de “*eşi, kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğu; kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğu*” olarak belirlenmiştir.

YUKK m.35/3’e göre, ilgililer aile ikamet iznine başvurabilecek kişiler kapsamında olduklarını belgelemeli, destekleyiciyle birlikte yaşadıklarını veya yaşamak niyetinde olduklarını ortaya koymalıdır. Başvuru nedeni evlilik ise, bu evliliğin aile ikamet izni almak için yapılmaması olması, eşlerden her birinin on sekiz yaşını doldurmuş olması ve bu kişilerin Türkiye’ye girişi yasaklı kişilerden olmaması gerekmektedir.

Aile ikamet izninde YUKK m.35’e göre destekleyicinin yerine getirmesi gereken bazı şartlar da bulunmaktadır. Buna göre destekleyici; toplam geliri asgari ücretten az olmamak üzere ailedeki fert başına asgari ücretin üçte birinden az olmayan aylık gelire sahip olmalı, genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarını sağlamalı, tüm aile fertlerini kapsayan sağlık sigortası yaptırmış olmalı, başvuru tarihi itibarıyla beş yıl içinde aile düzenine karşı suçlardan herhangi birinden hüküm giymemiş olduğunu adli sicil kaydıyla belgelemeli, Türkiye’de en az bir yıldır ikamet izniyle kalıyor olmalı ve adres kayıt sisteminde kayıtlı olmalıdır.

cccc) Öğrenci İkamet İzni

Öğrenci ikamet iznine başvurabilecek kişilerin kapsamı YUKK m.38’de düzenlenmiştir²⁹. Buna göre, Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora eğitimi görececek yabancılar³⁰ ile -bakımı ve masrafları karşılanmak ve velileri veya yasal temsilcilerinin muvafakati alınmak şartıyla- ilk veya ortaöğretim kurumlarında eğitim görececek yabancılara öğrenci ikamet izni verilir.

YUKK m.39/1’de öğrenci ikamet izninin şartları düzenlenmiştir. Buna göre, öğrenci ikamet izni başvurusunda yabancının, öğrenimine dair bilgi ve belgeleri ibraz etmesi, Türkiye’ye girişi yasaklanmış kişilerden olmaması ve Türkiye’de kalacağı adres bilgilerini vermesi gerekmektedir.

dddd) Uzun Dönem İkamet İzni

YUKK m.42/1(a)’ya göre, uzun dönem ikamet iznine başvurabilecek kişiler; Türkiye’de kesintisiz sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olanlar ile Bakanlığın belirlediği şartlara uyan yabancılar olmak üzere iki gruptan oluşmaktadır³¹. Türkiye’de kesintisiz sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olan ve uzun dönem ikamet iznine başvuracak yabancının bazı şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Bu koşullardan ilkinin uzun dönem ikamet iznine başvuruya temel teşkil eden 8 (sekiz) yıllık ikamet

²⁸ YUKK m.35/4’e göre, Türkiye’de bulunan mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahipleri bakımından; gelir, barınma, aile düzenine karşı suçlardan mahkûm olmama, 1 yıllık ikamet etme ve adres kayıt sistemine kayıtlı olma şartları aranmayabilir.

²⁹ Öğrenci ikamet izni konusunda idarenin yetkisinin bağlı yetki olduğuna dikkat edilmelidir. Nitekim Kanunda öğrenci ikamet izni bakımından “*verilir*” ifadesi yer almaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ERTEN, Rıfat: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIX(I), 2015, s.22.

³⁰ YUKK m.38/2’ye göre, öğrenci ikamet izni verilmesinde öğrenim süresi dikkate alınmaktadır. İlk ve orta derecede öğrenim kurumlarında eğitim alan öğrencilere “*birer yıllık sürelerle öğrenci ikamet izni*” verilmektedir. Diğer öğrenciler bakımından öğrenim süresi düzenlenmemiştir, ancak 4. fıkraya göre “*öğrenim süresi bir yıldan kısa ise öğrenci ikamet izninin öğrenim süresini aşmayacağı*” düzenlenmektedir. YUKK Uygulama Yönetmeliği m.35/1’e göre, “*aile ikamet izni bulunmayan ilk ve orta derecede öğrenim görececek yabancılar öğrenci ikamet izni almakla yükümlüdür*”. Görüldüğü üzere, ilk ve orta derece öğrenim görececek yabancıların aile ikamet izni yoksa öğrenci ikamet izni almaları gerekmektedir. Ancak YUKK Uygulama Yönetmeliğinde, Kanunda öngörülen “*masrafları gerçek veya tüzel kişi(ler) tarafından karşılanmak*” şartı yer almamaktadır. Burada kanun koyucunun muafiyet sağlama gibi bir amacı olmadığı yönündeki görüş için bkz.: HALICI, Saliha: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Öğrenci İkamet İzni”, SÜHFD, 25 (2), 2017, s.412-413.

³¹ YUKK m.42/2 uyarınca mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsü sahipleri, insanî ikamet izni sahipleri ve geçici koruma sağlanan kişilerin uzun dönem ikamet iznine geçiş imkânı bulunmamaktadır.

süresi olduğu açıktır. Bunun yanı sıra, uzun dönem ikamet izni verilen yabancıya devlete maddi külfet getirmemesi de gerekmektedir. Nitekim bu husus YUKK m 43/1’de düzenlenmiştir. Buna göre, uzun dönem ikamet iznine başvuran yabancıya, kendisi ve ailesinin geçimini sağlayacak yeterli ve düzenli gelire sahip³²; son üç yıl içinde sosyal yardım almamış ve geçerli sağlık sigortasına sahip olması gerekmektedir. Bu koşulların dışında, uzun dönem ikamet iznine başvuran yabancıya kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturulmaması koşulu da bulunmaktadır.

Bakanlığın belirlediği şartlara uyan yabancıların uzun dönem ikamet iznine başvurması halinde ise, YUKK m.43/2 uyarınca bahsedilen şartlardan sadece kamu düzeni ve güvenliği açısından tehdit oluşturulmama koşulu aranmaktadır.

Bu kişi gruplarından birine giren ve koşulları yerine getirerek uzun dönem ikamet izni alan yabancıya, diğer yabancılar göre daha ayrıcalıklı haklar tanınmaktadır³³.

eeee) İnsanî İkamet İzni

İnsanî ikamet izni YUKK m.46’da düzenlenen durumlarda verilen ikamet izin türüdür. Kanunda insanî ikamet izninin verilebileceği haller; çocuğun yüksek yararının söz konusu olması, hakkında sınır dışı etme veya Türkiye’ye giriş yasağı kararı alınan yabancıya Türkiye’den çıkışının yapılamaması ya da Türkiye’den ayrılmasının makul veya mümkün görülmemesi, 55. madde uyarınca yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınmamış olması, 53. madde uyarınca hakkında sınır dışı etme kararı veya 72. madde uyarınca kabul edilemez başvuru yapmış olması ya da 77. madde uyarınca başvurunun geri çekilmesi veya geri çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemlere karşı yargı yoluna başvurulmuş olması, başvuru sahibinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin devam etmesi, acil nedenlerden dolayı ülke menfaatlerinin korunması ile kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından Türkiye’ye girişine ve Türkiye’de kalmasına izin verilmesi gereken yabancıların, ikamet izni verilmesine engel teşkil eden durumları sebebiyle diğer ikamet izinlerinden birini alma imkânı bulunmaması halleri ile diğer olağanüstü durumlar olarak sayılmıştır.

ffff) İnsan Ticareti Mağduru İkamet İzni

YUKK m.48/1 ve 2’ye göre, “*insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılar, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmeleri ve yetkililerle iş birliği yapıp yapmayacaklarına karar verebilmeleri amacıyla valiliklerce otuz gün süreli ikamet izni verilir...*”. Görüldüğü üzere insanî gerekçelerle verilen bu ikamet izninde mağdur olduğu veya olabileceği tespit edilen yabancıya maruz kaldığı fiilin etkisinden kurtulması ve yetkililerle iş birliği için belirli süreli ikamet izni verilmektedir.

III. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN BAZI SORUNLAR

Yabancıların ikamet ve seyahat hakkına ilişkin bu genel açıklamalar ışığında konuyu düzenleyen temel metinlerde bazı çelişkili hükümler ve eksiklikler tespit etmiş bulunmaktayız. Çalışmanın bu kısmında özellikle uygulamada sorun yaratan bu hükümlere yer verilecek ve çözüm önerilerinde bulunulmaya çalışılacaktır.

A. Vatansız Kişilere İlişkin Çelişkili Düzenlemeler

YUKK m.20’de ikamet izninden muaf olan yabancılar sayılmıştır. Bu yabancılar arasında vatansız kişi kimlik belgesi sahibi olanlar da yer almaktadır. Buna karşın YUKK’un Vatansız Kişilere Tanınan Hakları ve Güvenceler başlıklı 51. maddesinde vatansız kişilerin ikamet izni almak

³² YUKK Uygulama Yönetmeliği m.40/5(a) ve (b)’ye göre, yeterli ve düzenli gelire sahip olma şartının tespitinin nasıl yapılacağını kişi ve ailesi bakımından düzenlemiştir. Buna göre, “*yabancı, başvuru yaptığı yıl itibarıyla geçerli olan net asgari ücret kadar aylık giderini karşılayabilecek maddi güce sahip olmalı; yabancı, toplamda asgari ücretten az olmamak üzere kendisi dâhil her bir aile üyesi için asgari ücretin üçte biri kadar gideri karşılayabilecek maddi güce sahip olmalı ve gelir kaynağının tespitinde üçüncü kişilerin taahhüdüne dayanmamalıdır*”.

³³ Uzun dönem ikamet iznine sahip yabancılar verilen haklar, YUKK m.44/1’de düzenlenmiştir. Buna göre “*Uzun dönem ikamet izni bulunan yabancılar; a) Askerlik yapma yükümlülüğü, b) Seçme ve seçilme, c) Kamu görevlerine girme, ç) Muaf olarak araç ithal etme ve özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tâbi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanırlar*”. Uzun dönem ikamet iznine sahip yabancıların hakları m.44/2’ye göre kısmen veya tamamen Cumhurbaşkanlığı tarafından kısıtlanabilir. Buna ek olarak YUKK Uygulama Yönetmeliği m.41/2 uyarınca “*...özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulu aranmışsa, uzun dönem ikamet iznine sahip olan kişiler bu haklardan yararlanmayı talep edemez*” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere YUKK m.44/1 ile uzun dönem ikamet izni sahibi yabancıların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanabileceği düzenlenmiş olmakla birlikte YUKK Uygulama Yönetmeliği ile bu düzenleme sınırlandırılmaktadır. Konuya ilişkin doktrindeki görüşler için bkz.: ESEN, s.265-266, d.pn. 270; ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, 2016(2), s.73-74.

üzere talepte bulunabileceği düzenlenmektedir. YUKK m.20 ve m.51 birlikte değerlendirildiğinde, vatansız kişilerin hem ikamet izninden muaf tutulduğunu hem talep etmeleri halinde ikamet izni alabileceğini görmekteyiz. Uygulamada bu iki madde arasındaki çelişkinin nasıl giderileceği, bu iki hükmün nasıl yorumlanması gerektiği konularında sorunlar yaşanmaktadır.

Kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceğine ilişkin genel kuraldan hareket edersek, birbiri ile çelişiyor gibi görünen bu hükümlerin bir anlamı olması gerektiği sonucuna ulaşırız. Nitekim, Türk hukukunda ikamet izni, yabancıya Türkiye’de kalış hakkı sağlamanın yanında, kesintisiz ikamet sürelerinin toplamının belli bir süreye ulaşması halinde birtakım haklar da sağlamaktadır. Örneğin, TVK m.11 uyarınca Türkiye’de yasal olarak toplam kesintisiz³⁴ beş yıl ikamet eden yabancı, genel olarak Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Benzer şekilde, Uluslararası İşgücü Kanunu (UIK)³⁵ m.10/3 uyarınca, en az sekiz yıl kanunî çalışma izni olan yabancılar süresiz çalışma iznine başvurabilir. Yine YUKK m.42 uyarınca Türkiye’de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olanlara süresiz ikamet izni verilebilir. Ayrıca YUKK m.50/3 uyarınca vatansız kişi kimlik belgesi ile Türkiye’de geçirilen süreler, ikamet izin sürelerinin toplanmasında hesaba katılır³⁶. Dolayısıyla vatansız kişilerin vatansız kişi kimlik belgesi ile Türkiye’de ikamet etmesi halinde, ikamet süreleri herhangi bir kesinti yapılmaksızın³⁷ hesaplanacaktır. Sonuç itibarıyla, ikamet izninden muaf tutulan vatansız kişi, bu muafiyete rağmen ikamet izni almışsa, ikamet izni ile Türkiye’de geçirdiği sürelerin kendisine sağladığı haklardan yararlanmak için müracaatta bulunabilecektir. Bunun yanı sıra, vatansız kişi kimlik belgesi süresiz olarak düzenlenmemekte, vatansızlık halinin devamına bağlı olarak her iki yılda bir yenilenmektedir. Vatansız kişi kimlik belgesinin süresi valiliklerce uzatılmakta, yabancı, bir ülke vatandaşlığını kazandığı anda vatansız kişi kimlik belgesi iptal edilmektedir. Dolayısıyla vatansız kişi kimlik belgesi ile Türkiye’de, örneğin beş yıldır ikamet eden bir yabancı, başka bir ülkenin vatandaşlığını kazandığı anda bu statüsünü kaybeder ve vatansızlık statüsüne bağlı olarak ülkede ikamet etme hakkı ortadan kalkar. Ancak, vatansız kişi YUKK m.51 uyarınca ikamet izin türlerinden birine sahipse, bu halde YUKK kapsamında geçerli bir ikamet iznine sahip olduğu için, başka bir ülkenin vatandaşlığını kazanmış olmasına rağmen Türkiye’de ikamet etmeye devam edebilecektir. Bu nedenlerle Kanunda çelişki gibi görünen bu iki hükmün aslında bilinçli bir tercih olduğu, vatansız kişiyi koruma amacıyla getirilmiş düzenlemeler olduğu kanaatindeyiz.

Vatansız kişilere ilişkin bir diğer sorun ise, bu kişilerin aile ikamet iznine müracaatta destekleyici olup olamayacağı konusudur. Esasen YUKK m.34’de aile ikamet izni konusunda destekleyici olabilecek kişiler tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlar, Türk vatandaşları, 5901 sayılı Kanunun 28. maddesi kapsamında olanlar (mavi kartlılar), ikamet izinlerinden birine sahip olanlar, mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahipleridir. Her ne kadar bu maddede açıkça vatansız kişiler sayılmamış olsa da, ikamet iznine sahip vatansız kişilerin destekleyici olup olamayacağı meselesi değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken öncelikle belirtmek gerekir ki, YUKK m.34 kapsamında destekleyici olabilmek için Kanunda düzenlenen ikamet izni türlerinden biri ile en az bir yıl Türkiye’de bulunmak gerekmektedir. Vatansız kişinin, vatansız kişi kimlik belgesi ile Türkiye’de bulunması mümkündür ve bu kalış süresi ikamet izni yerine geçmektedir. Ancak, vatansız kişi kimlik belgesi YUKK’ta düzenlenen ikamet izni türlerinden biri değildir. Dolayısıyla YUKK uyarınca vatansız kişinin aile ikamet izni almak amacıyla destekleyici olabilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak YUKK Uygulama Yönetmeliği m.30/1(ç)’de “uluslararası koruma başvuru sahipleri ile şartlı mülteciler ve geçici korunanlar hariç, **Kanunda ikamet izni yerine geçtiği kabul edilen kimlik belgesi olanlar**”ın³⁸ destekleyici olabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla vatansız kişi kimlik belgesi sahibi olanlar, aile ikamet izni kapsamında destekleyici olabilecektir.

³⁴ Kanun koyucunun kesintisiz ikamet koşulu ile neyi kastettiği, TVK’nın 15. maddesinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre, “Türk vatandaşlığını kazanma talebinde bulunan bir yabancı başvuru için aranan ikamet süresi içinde toplam on iki ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilir”.

³⁵ RG: 13.08.2016-29800.

³⁶ Benzer düzenleme YUKK Uygulama Yönetmeliği m.20/4’de de yer almaktadır. Bu hükmeye göre “Vatansızlar ve uluslararası koruma statüsü sahipleri dışında, birinci fıkrada belirtilen yabancıların Türkiye’de kalışlarına esas teşkil eden belge ve izinlerle ikamet izninden muaf olarak geçirdikleri süreler, ikamet izin sürelerinin toplamına dâhil edilmez”.

³⁷ YUKK kapsamında ikamet sürelerinin toplanmasına bazı ikamet izinleri açısından kesinti yapılmaktadır. Örneğin YUKK m.28/2’ye göre, kesintisiz ikamet izin sürelerinin hesaplanmasında, öğrenci ikamet izinlerinin yarısı sayılacaktır.

³⁸ Diğer ikamet izni yerine geçen kimlik belgeleri şunlardır: YUKK m.83/2’ye göre mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi belgesi; m.27/1’e göre çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti teyit belgesi; Turkuaz Kart Yönetmeliği (RG: 14.03.2017-30007) m.4/1’e göre turkuaz kart sahibi belgesi.

Burada sorun teşkil eden bir diğer konu ise, bu hükmün Kanunda değil de Yönetmelikte düzenlenmiş olmasıdır. Nitekim Anayasanın 16. maddesi uyarınca yabancıların temel hak ve özgürlükleri milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir. Ancak YUKK Uygulama Yönetmeliğinde yabancıların hakkını sınırlayan değil, destekleyici olabilecek kişilerin kapsamını genişletici nitelikte bir düzenleme yer almaktadır. Bu nedenle düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı, ancak, kanun koyucunun vatansız kişi kimlik belgesi sahiplerinin de destekleyici olabileceği yönünde açık bir düzenleme yapmasının bazı tartışmaları önleyeceği gerekçesiyle yerinde olacağı kanaatindeyiz.

B. Aile İkamet İznine İlişkin Meseleler

1. Destekleyicinin Geriye Doğru Beş Yılı Kapsayan Adli Sicil Kaydı Getirme Zorunluluğu

YUKK m.35/1(c) uyarınca, aile ikamet iznine müracaat edecek destekleyicinin, başvuru tarihi itibarıyla geriye doğru beş yıl içinde aile düzenine karşı suçlardan hüküm giymemiş olması gerekmektedir. Destekleyici, başvuru sırasında sunacağı adli sicil kaydı³⁹ ile bunu belgelemek zorundadır. Türk hukukunda aile düzenine karşı suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda (TCK)⁴⁰ aile düzenine karşı suçlar başlığı ile 230 ilâ 234. maddelerinde⁴¹ düzenlenmiştir. TCK'daki bu suçlarından hüküm giymiş birinin destekleyici olabilmesi mümkün değildir. Ancak destekleyicinin adli sicil kaydını başka bir ülkeden alması da söz konusu olabilir. Bu ihtimalde, Türk Ceza Hukuku sistemine göre değil, adli sicil kaydının alındığı ülkenin ceza hukuku sistemine göre kayıt oluşturulacaktır. Bu bağlamda destekleyici olacak kişinin yabancı ülkeden aldığı adli sicil kaydında, ilgili ülkede aileye karşı suçlar kapsamında düzenlenen fakat Türk hukukunda aileye karşı suç olarak kabul edilmeyen suçlara ilişkin kesinleşen mahkumiyeti bulunabilir ya da kaydın alındığı ülkenin ceza hukuku sisteminde suç olarak değil de kabahat olarak düzenlenmiş bir eylem, Türk hukukunda aile düzenine karşı suç kapsamında değerlendiriliyor olabilir⁴². Bu durumda ne yapılması gerektiği sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, Adli Sicil Kanunu⁴³ m.2'ye göre, hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların tüm adli sicil bilgileri adli sicilde tutulur. Destekleyici olmak isteyen Türk vatandaşı son beş yılda Türkiye'de hiç bulunmamışsa yahut toplam beş yıl süre değil iki yıl Türkiye'de bulunmuş geri kalan üç yılı da farklı yabancı ülkelerde geçirmiş ise bu durumda Türkiye'den alınan adli sicil kaydı yeterli olacak mıdır? Yahut Türkiye'de iki yıldır ikamet izni ile oturan bir yabancıların son beş yıla ilişkin adli sicil kaydını hem Türkiye'den hem son beş yıldır bulunduğu diğer ülkelerden mi alması gerekmektedir sorularının da yanıtlanması yerinde olacaktır. Nitekim YUKK'ta ve YUKK Uygulama Yönetmeliğinde beş yılı kapsayan adli sicil kaydının nasıl, ne şekilde ve hangi ülkeden alınacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta; destekleyiciden, başvuru tarihinden geriye doğru beş yıl içerisinde aile düzenine karşı suçlardan birinden hüküm giymediğini adli sicil kaydı ile belgelemesi beklenmektedir. Ayrıca ikamet izni vermekle yetkili makamların destekleyicinin yasal olarak kaldığı diğer ülkelere ilişkin bilgiye erişim erişemeyeceği konusu da belirsizdir. Kanaatimizce bu belirsizliklerin giderilebilmesi için, destekleyicinin, son beş yıl içerisinde ikamet izni kapsamında bulunduğu tüm ülkelerden adli sicil kaydı alması yerinde olacaktır. Zira destekleyicinin son beş yıl içerisinde belirtilen suçlardan hüküm giymediği ancak bu şekilde ispatlanmış olacaktır. Örneğin Almanya'da yaşayan mavi kart hamili bir Alman vatandaşının Almanya'dan alacağı adli sicil kaydı yeterli olacaktır. Fakat aynı kişi Fransa'da ikamet etmekteyse ve ailesine karşı bakım ve gözetim sorumluluğuna aykırı davranmış olmaktan Fransa'da adli para cezasına çarptırılmış ise bu kişinin Almanya'dan alacağı adli sicil kaydı Fransa'da aldığı adli para cezasını içermeyecek, dolayısıyla hükmün kabul edilmiş amacı gerçekleşmemiş olacaktır. Aile ikamet izninin kabul edilmiş amacı, gerçek aile birleşimini sağlamaktır. Ancak destekleyiciden

³⁹ Destekleyici son 5 yıldan beri Türkiye'de ikamet ediyor ise e-devlet sistemi üzerinden adli sicil kaydını alabilir. Son 5 yıldan beri Türkiye'de ikamet etmeyen kişiler ise kendi ülkelerinden ya da yasal olarak buldukları ülkeden adli sicil kaydını temin edebilir. Yabancı ülkeden alınan adli sicil kayıtlarının noter onaylı Türkçe tercümesi ve apostille şerhinin bulunması, apostille şerhi yer almıyorsa belgeyi düzenleyen devletin temsilcilikleri tarafından onaylanmış olması gerekmektedir: <https://e-ikamet.goc.gov.tr/Ikamet/BasvuruIstenenBelgeler/BasvuruFormuIstenenBelgeler?tur> =3(Erişim Tarihi: 23.06.2021).

⁴⁰ RG: 12.10.2004-25611.

⁴¹ TCK m.230'da birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören; TCK m.231'de çocuğun soy bağına değiştirme; TCK m.232'de kötü muamele; TCK m.233'de aile hukukundan kaynaklanan yükümlüğünün ihlali; TCK m.234'de ise çocuğun kaçırılması ve alıkonulması düzenlenmektedir.

⁴² Aynı yönde fiilin ceza kanunlarında değil de idare hukukunda düzenlenmiş olması da mümkün olabilir. Bu yönde bkz.: ELÇİN, Doğa: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı mı? Aile Birleşimi Hakkı mı?", TAAD, 7(30), 2017, s.172.

⁴³ RG: 01.06.2005-25832.

belgelendirmesi beklenen, geriye doğru beş yılı kapsayan adli sicil kaydına ilişkin düzenlemedeki belirsizlik uygulamada sıkıntılara neden olmaktadır. Bu nedenle kısa dönem ikamet izni başvurularında olduğu gibi, YUKK m.32/1(ç)'de belirtildiği üzere “...vatandaşı olduğu veya yasal olarak ikamet ettiği ülkenin yetkili makamları tarafından düzenlenmiş adli sicil kaydını gösteren belgeyi sunmak” şeklinde bir düzenlemenin yapılabileceği ya da destekleyicinin geriye doğru beş yılı kapsayıcı şekilde ikamet bilgileri ve bu ikamet bilgilerini kapsayıcı adli sicil kaydının alınacağına ilişkin açık düzenleme yapılmasının bu tür sıkıntıları ortadan kaldıracığı kanaatindeyiz.

2. Aile İkamet İzninden Kısa Dönem İkamet İznine Yapılan Geçişlerde Karşılaşılan Sorunlar

YUKK m.31/1(ğ)'de düzenlenen kısa dönem ikamet izni alma nedenlerinden biri de aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçiştir. Ancak aile ikamet izninden, kısa dönem ikamet iznine geçenlerin, kısa dönem ikamet izni süresinin dolması halinde, ikamet izni uzatma talebinde bulunup bulunamayacakları konusunda Kanunda açıklık bulunmamaktadır. Kanunda bu konuda açık hüküm bulunmaması, aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçişte başlangıçta bir sorun teşkil etmezken, uzatma başvurusunda bulunulması halinde, bir önceki ikamet izninin türü kısa dönem ikamet izni olacağı için sorun çıkma ihtimali yüksektir. Zira kısa dönem ikamet izinleri, ikamet alma nedenine bağlı olarak belli sürelerle verilmektedir. YUKK m.31/2'ye göre, kural olarak kısa dönem ikamet izni her defasında en fazla ikişer yıllık sürelerle verilebilir. Dolayısıyla aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçenlere de her defasında iki yıla kadar ikamet izni verilebilecektir. Ancak, aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçiş üç halde söz konusu olur ve bu husus YUKK m.34/ 5, 6 ve 7'de⁴⁴ düzenlenmiştir. Bu noktada bu üç farklı durumun her biri için kısa dönem ikamet izninin her defasında iki yıla kadar uzatılıp uzatılmayacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir.

YUKK m.36'da düzenlenen aile ikamet izninin ret, iptal ve uzatılmamasına ilişkin hükmün 1. fıkrasının (b) bendine göre “Aile ikamet izni alma şartları ortadan kalktıktan sonra kısa dönem ikamet izni verilmemesi” halinde aile ikamet izni iptal edilir ve süresi uzatılmaz⁴⁵. Bu hükümden yola çıkacak olursak, aile ikamet izni ile Türkiye’de bulunan yabancıların YUKK m.34/5, 6 ve 7'ye göre kısa dönem ikamet iznine geçiş şartlarını taşımaları halinde, YUKK m.36 kapsamında aile ikamet izinleri iptal edilmeyecektir. Anılan hükümler çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, bu kişilerin ikamet izinleri iptal edilmeyeceği ve kısa dönem ikamet izni ile kalmaya devam edebilecekleri sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla kısa dönem ikamet izninin her defasında aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçiş sebebi ile yenilenmesi YUKK m.36 gerekçe gösterilerek sınırsız sayıda aile ikamet izni alınması olanağı sağlar. Oysa YUKK m.34/5, 6, ve 7'ye göre aile ikamet izni sahiplerine tanınan kısa dönem ikamet izni ile kalmaya devam etme imkanında aile ikamet izni sona ermektedir. Aynı anda iki farklı ikamet izni ile kalmanın söz konusu olamayacağını da göz önüne alacak olursak, YUKK m.36/1(b)'de yer alan aile ikamet izni alma şartları ortadan kalktıktan sonra kısa dönem ikamet izni verilmemesi şeklindeki hüküm nasıl yorumlanacaktır? Kısa dönem ikamet izni verilmesi halinde bu kimselerin aile ikamet izinlerinin sona ermesi ve başka bir ikamet izni türü ile ikamet etmeye devam etmeleri söz konusu olduğuna göre şöyle bir yorum yapılabilir: YUKK m.34/5, 6 ve 7'ye göre kısa dönem ikamet izinlerinin her defasında iki yıla kadar uzatılması düzenlemenin amacına aykırıdır. Nitekim aile ikamet izni ile belli bir süre ikamet etmiş olmak, ilgiliye sınırsız kez kısa dönem ikamet izni ile ikamet edebilme hakkı vermemelidir. Bu nedenle, YUKK m.34/5, 6 ve 7'de belirtilen her üç durum için de kısa dönem ikamet izninin yalnızca bir defaya mahsus verilmesi gerekir.

3. Türk Vatandaşı Çocuğu Olan Yabancı Anne veya Babanın Durumu

YUKK m.34 uyarınca aile ikamet izni, destekleyicinin, kendisinin ya da eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna ya da bağımlı yabancı çocuğuna verilebilmektedir. Buna karşın Türk vatandaşı çocuğu olan yabancı anne ya da babanın aile ikamet izni alabilmesi konusunda Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, velayeti kendisinde Türk vatandaşı çocuğu olan ve Türkiye’de yaşamak isteyen yabancı anne veya babalar, aile ikamet izni için aranan koşulları taşımadıkları için bu ikamet iznine müracaat edememektedir. Başka bir anlatımla, Türk vatandaşı ile evlenen bir yabancınnın, bu evlilikten Türk vatandaşı bir çocuğunun olması, ancak evliliğin çocuk reşit olmadan sona ermesi ve velayetin yabancı anne ya da babaya verilmesi durumunda, Türk vatandaşı çocuğun yabancı anne ya da babasının müracaat edebileceği herhangi bir ikamet izni türü

⁴⁴ YUKK m.34/5'e göre, en az üç yıl aile ikamet izniyle Türkiye’de kalmış olanlardan on sekiz yaşını tamamlayanlar, m.34/6'ya göre, boşanma hâlinde, Türk vatandaşıyla evli yabancıya, en az üç yıl aile ikamet izniyle kalmış olmak kaydıyla, m.34/7'ye göre ise destekleyicinin ölümü hâlinde, bu kişiye bağlı aile ikamet izniyle kalanlara, süre şartı aranmadan kısa dönem ikamet izni verilebilir.

⁴⁵ Hükmün yorumu için bkz.: SARIÖZ BÜYÜKALP, s.2381.

bulunmamaktadır. Her ne kadar YUKK m.3/1(l)'e göre, beraberinde bakmakla yükümlü olduğu çocuğu bulunan yalnız anne ya da baba '*özel ihtiyaç sahibi*' olarak tanımlanmış olsa da, Kanunda bu durumdaki kişilerin yararlanabileceği bir ikamet izni türüne yer verilmemiştir. Bu durumda uygulayıcıların yararlanabileceği tek hüküm YUKK Uygulama Yönetmeliği m.28/10'daki "*sayılan kısa dönem ikamet izni başvuruları dışındaki ikamet izni talepleri turizm amaçlı talepler olarak değerlendirilir*" şeklindeki düzenlemedir. Her ne kadar bu düzenlemenin sorunu çözebileceği düşünülebilirse de, söz konusu kişilerin ülkede kalış amacının aile bağları olduğu açıktır. Aile bağları nedeniyle ülkede kalmak isteyen kişilere turizm amaçlı ikamet izni verilmesinin yerinde olmadığı ve kanun koyucunun söz konusu eksikliği giderici bir düzenleme yapmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

C. Kısa Dönem İkamet İznine İlişkin Meseleler

1. Taşınmaz Malı Bulunduğu Gerekçesiyle Müracaat Edilen Kısa Dönem İkamet İzninde Karşılaşılabilecek Sorunlar

YUKK m.31/1(b) uyarınca, Türkiye'de taşınmaz malı bulunan yabancılar kısa dönem ikamet iznine müracaat edebilir. Ancak Kanundaki bu genel düzenleme uygulamada bazı sorunlara neden olabilmektedir.

Bu konuda karşılaşılabilecek ilk sorun, taşınmaz malın niteliğine ilişkindir. Bu konuda Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.28/3'e göre taşınmaz malın '*konut*' olması ve bu amaçla kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme, yabancının çok düşük fiyata taşınmaz mal satın alarak bu taşınmaz malı kısa dönem ikamet izni almak amacıyla kullanabilmesi olanağını sağladığı için kötüye kullanılabilir niteliktedir⁴⁶.

Konuya ilişkin bir diğer sorun, kısa dönem ikamet iznine başvuruda bulunacak yabancının bizzat taşınmaz konut olarak kullanacak kişi olup olmayacağı meselesidir. Bu konuda da Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Örneğin, Türkiye'deki müstakil evini bir Türk vatandaşı kiraya veren yabancı, YUKK Uygulama Yönetmeliğine uygun bir taşınmaz mala sahip ve bu taşınmaz mal konut olarak kullanılmakla birlikte, söz konusu taşınmaz mal ikamet izni başvurusunda bulunacak yabancı tarafından kullanılmamaktadır. Bu durumda yabancı Türkiye'de bulunan fakat konut olarak kullanmadığı taşınmaz malını gerekçe göstererek kısa dönem ikamet iznine müracaat edebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerektiği kanısındayız. Çünkü yabancının taşınmaz malı nedeniyle kısa dönem ikamet iznine müracaat edebilmesinin amacı, ilgilinin Türkiye'de bulunan taşınmaz malında ikamet edebilmesini kolaylaştırmaktır. Bu nedenle, malik olunan konutun başkaları tarafından kullanması veya yabancının konutu kullanmak amacıyla değil de yatırım amacıyla satın almış olması ihtimalinde kısa dönem ikamet iznine müracaat edilememesi gerekir.

Taşınmaz malı bulunması nedeniyle kısa dönem ikamet iznine başvurularda karşılaşılan diğer bir sorun ise, taşınmaz mal üzerinde tek kişinin değil, birden fazla kişinin -elbirliği mülkiyet veya paylı mülkiyet gibi- mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Bu durumda paylı mülkiyet hakkına sahip maliklerin her biri kısa dönem ikamet iznine müracaat edebilecek midir? YUKK Uygulama Yönetmeliği m.28/3 bu soruna çözüm getirmekte ve aile üyelerinin⁴⁷ konut üzerinde paylı veya elbirliğiyle mülkiyet hakkına sahip olmaları durumlarında kısa süreli ikamet iznine müracaat edebileceği düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere taşınmaz mal maliklerinin aile üyesi olması koşulu getirilerek sorun çözüme kavuşturulmuştur. Bununla birlikte Türk doktrininde, aile üyesi kapsamına girmeyen kişilerin, taşınmaz mal üzerinde paylı veya elbirliği mülkiyete sahip olması halinde kısa dönem ikamet iznine başvurup başvuramayacağı sorusu tartışılmış ve bu olasılığın mümkün olması halinde, çok küçük pay oranına sahip ve aile üyesi olmayan kişilerin dahi kısa dönem ikamet iznine başvurabileceği ve bunun kanun koyucunun amacına aykırı olacağı görüşü savunulmuştur⁴⁸. Esas itibarıyla doktrinde savunulan bu görüşe biz de katılmaktayız. Ancak Kanundaki düzenlemenin özellikle uygulamada karşılaşılan sorunları çözmede yetersiz kaldığı açıktır. Örneğin, Türkiye'deki bir konuta miras yoluyla sahip olan yabancı iki kardeş, bu konut üzerinde elbirliği ile mülkiyet sahibi olmakla birlikte, Kanundaki düzenleme gereği aile üyesi sayılmadıkları için kısa dönem ikamet iznine müracaat edemeyeceklerdir. Bu örnekte, her iki kardeşin de Türkiye'de, kendilerine miras kalan bu konutta yaşamayı planladıklarını varsayalım. Bu halde kardeşlerden hangisinin kısa dönem ikamet iznine başvurabileceği sorusunun yanıtlanması gerekir. Diğer bir ifadeyle konut

⁴⁶ Aynı yönde bkz.: ESEN, s.178.

⁴⁷ YUKK Uygulama Yönetmeliği m.3/1(a) uyarınca aile üyeleri, "*kişinin eşi, ergin olmayan çocuğu ve bağımlı ergin çocuğu*"dur.

⁴⁸ ESEN, s.179.

olarak kullanılan taşınmaz mal üzerinde eşit hakka sahip iki kardeş arasında bir seçim mi yapılacaktır yoksa her ikisinin de ayrı ayrı kısa dönem ikamet iznine müracaatı mümkün müdür? Miras yoluyla intikal etmiş bir konut üzerinde iki kardeşin mülkiyet hakkı sahibi olması hayatın olağan akışında sıklıkla karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu nedenle, özellikle taşınmaz mal nedeniyle kısa dönem ikamet iznine müracaat konusunda aile üyesi kavramının kapsamı geniş yorumlanabilir. Ancak YUKK'da aile üyesinin tanımı ve kapsamı net şekilde ifade edildiği için, uygulayıcıların bu tanımı geniş yorumlaması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle YUKK Uygulama Yönetmeliğine eklenecek bir hüküm ile aile üyelerinin kapsamının genişletilmesinin yerinde olacağı düşünüyoruz.

Yapılan bu açıklamalar ışığında, Kanunda taşınmaz malı konut olarak kullanacak kişiye ilişkin daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı kanısındayız. Zira, taşınmaz malı miras yoluyla iktisap eden yabancı kardeşlere ilişkin verdiğimiz örnekte, konutta ikamet etmeyi düşünmeyen kardeşin, sırf taşınmaz mal maliki olduğu için kısa dönem ikamet iznine müracaat edip edemeyeceği sorusunun da Kanunda yanıtı bulunmamaktadır. Kanunda yapılacak düzenleme ile kısa dönem ikamet izni başvurusu yapacak taşınmaz mal malikinin, konutta ikamet etmesi şartının aranmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Çünkü, ancak bu durumda ikamet etmeyen kardeşin YUKK m.31/1(b)'deki olanaktan faydalanmasına engel olunabilecektir. Pozitif düzenlemede bu koşul bulunmadığı için, ancak taşınmazı konut olarak kullanmak isteyen kardeş kısa dönem ikamet izni başvurusunda bulunabilecektir. Kanunda bu yönde bir düzenleme yapılması yeknesaklığın sağlanması açısından da önemlidir.

2. Veriliş Amacı Dışında Kullanılan İkamet İzni Meselesi

Kısa dönem ikamet izninin veriliş amacı dışında kullanıldığı belirlenmesi halinde YUKK m.33/1(b) kapsamında ikamet izni iptal edilir veya uzatılmaz. Kısa dönem ikamet izni almak isteyen bir yabancı YUKK m.31/1'de yer alan ve on dört bent halinde sayılan kalış amaçlarından birini ya da birkaçını öne sürmeli ve bunlara ilişkin belge ibraz etmelidir. Bu noktada Kanunda sayılan nedenler dışında başka bir nedene dayanarak ikamet izni alınıp alınamayacağı sorusunun da yanıtlanması gerekir. Esasen YUKK'da kısa dönem ikamet iznine müracaat edebilme nedenleri tahdidi olarak sayılmakla birlikte, YUKK Uygulama Yönetmeliği ile bu hüküm genişletilmiştir. YUKK Uygulama Yönetmeliği m.28/10'da “*yukarıda sayılan kısa dönem ikamet izni başvuruları dışındaki ikamet izni talepleri turizm amaçlı talepler olarak değerlendirilir*”⁴⁹ hükmü yer almaktadır. Böylelikle yabancıya, Kanunda belirtilen nedenler dışında başka bir nedenle de kısa dönem ikamet iznine müracaat olanağı tanınmıştır. Başka bir anlatımla, yabancıya her durumda turizm amaçlı kısa dönem ikamet izni verilebilir. Bunun yanı sıra ikamet izninin veriliş amacı dışında kullanılmasının tespiti güç, neredeyse imkansızdır. Bu nedenle, yabancıya her durumda turizm amaçlı ikamet iznine müracaat olanağı tanınırken, ikamet izninin veriliş amacı dışında kullanıldığı tespit edilmesinde halde ikamet izninin iptal edilmesine ilişkin düzenlemenin işlevsiz hale geldiği kanısındayız⁵⁰.

D. İkamet İzin Talebi Reddedilen Yabancı Yargı Yoluna Başvurması ve Aynı Süreçte Sınırdışı Edilmesi Durumunda Karşılaşılan Sorunlar

İkamet izin talebinin reddi, iptali veya uzatılmaması idarî bir işlemdir, dolayısıyla İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK)⁵¹ kapsamında iptal ve tam yargı davasına konu olabilir. Dolayısıyla İYUK m.7 uyarınca, ikamet izin talepleri reddedilen, ikamet izinleri iptal edilen yahut uzatılmayan yabancılar, bu kararın tebliği tarihinde itibaren altmış gün içerisinde ilgili idare mahkemesine iptal davası açabilir. YUKK Uygulama Yönetmeliği m.22/1 uyarınca ise “*Süresi biten ikamet izninin uzatılmaması ya da ikamet izni talebinin reddi halinde yabancıya harca tâbi olmayan, şekli ve içeriği Genel Müdürlük tarafından belirlenen, Türkiye’de sadece on güne kadar kalma imkânı tanıyan belge verilir*”. Ülkeden on gün içerisinde çıkmadığı tespit edilen yabancı ise YUKK m.54/1(j) uyarınca sınır dışı edilebilir. Bu noktada yabancı hem ülkeden çıkması için on günlük süre öngörülmekte üstelik çıkmadığı takdirde sınır dışı edileceği düzenlenmekte, hem ikamet izin talebinin reddi kararına karşı İYUK kapsamında altmış gün içerisinde dava açma hakkı

⁴⁹ Bu maddenin gerekçesi YUKK ile düzenlenmeyen ikamet izinlerinin kapsama alınması şeklinde açıklanmıştır. Fakat bu hüküm idare tarafından yabancıları sınır dışı edilmekten kurtarmak için kullanılmaktadır: ARİNER, Onur Hakkı: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 5 Yılı: Uygulamadaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, TESEV Değerlendirme Notları, s.3, https://www.academia.edu/40615294/Yabanc%C4%B1lar_ve_Uluslararası_Koruma_Kanununun_5_Y%C4%B1n%C4%B1_Uygulamadaki_Sorunlar_ve_%C3%87%C3%B6z%C3%BCm_%C3%96nerileri (Erişim Tarihi: 10.07.2021).

⁵⁰ Aynı yönde bkz.: ARİNER, s.3.

⁵¹ RG: 20.01.1982-17580.

tanınmaktadır. Başka bir anlatımla, ikamet izin talebi veya uzatma talebi Türkiye’den yapılıyorsa ve ikamet izninin reddi, iptali ve uzatılmaması kararına karşı yargı yoluna başvurulmuşsa veya altmış günlük yargı yoluna başvuru süreci henüz geçmemişse, yabancının sınır dışı edilme ihtimali gündeme gelecektir.

YUKK m.25’de

“Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddi, ikamet izninin uzatılmaması veya iptali ile bu işlemlerin tebliği valiliklerce yapılır... yabancının Türkiye’deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkesindeki durumu ve çocuğun yüksek yararı gibi hususlar göz önünde bulundurulur ve ikamet iznine ilişkin karar ertelenebilir”

hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme YUKK Uygulama Yönetmeliğinde de yer almakta, dahası bu kimselere bir aya kadar Türkiye’de kalış hakkı sağlayan belge verileceği düzenlenmektedir. Nitekim YUKK Uygulama Yönetmeliği m.22/18’e göre

“...Bu durumdaki yabancıya harca tâbi olmayan ve Türkiye’de bir ay süresince kalma hakkı sağlayan belge verilir. Bir aylık süre sonunda Valilikçe tekrar değerlendirme yapılır ve yabancının ülkemizde kalmasını gerektiren durumun devam ettiğinin anlaşılması halinde söz konusu belgenin süresi birer aylık sürelerle uzatılabilir”.

YUKK m.25’de göz önünde bulundurulması gereken hususlar tahdidi nitelikte sayılmamıştır. Zira maddede belirtilenler dışında *“gibi hususların”* da göz önüne alınacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce ikamet izin talebinin reddi, uzatılmaması ve iptaline ilişkin yargı yoluna başvurulması halinde ilgilinin talebi olmadan kendisine YUKK Uygulama Yönetmeliği m.22/18 uyarınca birer aylık sürelerde Türkiye’de kalma hakkı sağlayan belge verilmelidir.

Özellikle ikamet izni reddedilen ve bu karara karşı yargı sürecini başlatan yabancının mahkeme kararı kesinleşinceye kadar ülkede kalmaya devam edebilmesi gerekir. Bu kapsamda yabancı için yargısal değerlendirme süreci sonuçlanıncaya kadar ülkede yasal bir izinle kalmasına yönelik bir idarî işlem tesis edilebilmelidir. İdarenin vermiş olduğu kararın hukuka uygunluğu konusunda yargısal denetiminin yapılabilmesi ve yabancı açısından doğrudan sınır dışı etme hükümlerinin devreye gireceği göz önünde bulundurularak -mağduriyet, telafisi güç veya imkânsız zarar oluşmaması için- yargılama sürecini de kapsayacak bir ikamet izninin idarî ve adli makamlar açısından değerlendirilmesi yolunun açıkça yasal düzenlemeye kavuşturulması isabetli olacaktır. Farklı bir düzenleme önerisi olarak, YUKK m.25’de Türkiye içerisinden yapılan ikamet izin talebinin reddi, uzatılmaması veya iptali durumunda, Türkiye’deki aile bağları, ikamet süresi, menşei ülkedeki durumu ve çocuğun yüksek yararı gibi hususlar göz önünde bulundurularak *‘yargı yoluna başvurulması veya yargı yoluna başvurulması süresi içerisinde’* şeklinde bir ekleme de yapılabilir. Böylelikle kararın icrası ertelenmiş, mahkemenin vereceği karara göre bir uygulama yapılabilmesinin önü açılmış olacaktır.

E. İkamet İzni Müracaat Belgesi ile Türkiye’den Çıkış Yapılmasında Harç Ödeyenlerle - Harçtan Muaf Tutulanlar Arasındaki Eşitsizlik

YUKK Uygulama Yönetmeliği m.21/8’e göre, ikamet izni başvurusunu tamamlayanlara *ikamet izni müracaat belgesi* verilmektedir. Aynı maddenin 9. fıkrasının (c) bendine göre ise, bu belge tek başına hiçbir harç, resim ve sair ücrete tâbi değildir. Ayrıca ikamet izni müracaat belgesi, başvuru işlemi sonuçlanıncaya kadar yabancıya Türkiye’de kalış hakkı sağlamakla birlikte, ülkeye giriş-çıkış hakkı vermemektedir.

İkamet izni müracaat belgesi herhangi bir harca tâbi olmamakla birlikte, *ikamet izin belgesi* almak isteyen yabancı, belge bedeli⁵² ve harç⁵³ olmak üzere iki farklı kalemde ödeme yapmak durumundadır. Bunun yanı sıra YUKK Uygulama Yönetmeliğinin aynı maddesinin 9. fıkrasının (d)

⁵² Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliğinde [RG: 31.12.2020-32351 (5. Mükerrer) Sıra No: 66] yer alan değerli kağıtlara ilişkin belge bedeline göre; ikamet izni belge bedeli sabit 125 Türk Lirasıdır. Belge bedelinden herhangi bir ülke vatandaşı için muafiyet söz konusu değildir. Dolayısıyla ikamet izni belgesi alan her yabancı hangi ülke vatandaşı olduğu önem arz etmeksizin bu bedeli ödemek zorundadır: <https://www.goc.gov.tr/belge-bedeli-ve-harc-miktari> (Erişim Tarihi: 08.07.2021).

⁵³ İkamet izni belgesinden alınacak harç miktarı iki şekilde tespit edilmektedir. Öncelikle Harçlar Kanunu Genel Tebliği [RG: 29.12.2020-31349 (Mükerrer)] ile herhangi bir gruplamaya dahil olmayan ülke vatandaşları için belirleme yapılmaktadır. Bu Tebliğ ile ikamet izni belgesi için ödenecek harç tutarları tespit edilmiştir. İlgili Tebliğin Ekinde yer alan 1 No’lu Tarifede harç miktarları belirlenmiştir. Bu düzenleme yalnızca herhangi bir gruba dahil edilmeyen Sırbistan, Fiji, Norveç ve Kuzey Mariana Adaları vatandaşlarının ikamet izni almaları halinde uygulanacaktır. İkinci olarak 2011 yılından beri karşılıklılık ilkesi çerçevesinde belirlenen ülkeler A, B, C, D ve E gruplarına ayrılmış ve her grup için farklı harç miktarı belirleme yoluna gidilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: <https://www.goc.gov.tr/belge-bedeli-ve-harc-miktari> (Erişim Tarihi: 08.07.2021).

bendi uyarınca, ikamet izni müracaat belgesine sahip yabancılar -harçtan muaf olduğu belirtilenler hariç- ikamet izni başvurusunun sonucunu beklemeksizin ikamet harçlarını öderlerse, başvuru belgeleriyle birlikte sınır kapılarından birden fazla kez çıkış yapabilir. Bu şekilde ülkeden çıkış yapan yabancı, on beş gün içinde ülkeye tekrar giriş yapmak istediğinde vize şartı aranmayacaktır. Görüldüğü üzere ikamet izin belgesi harcını, ikamet izni sonuçlanmadan ödeyen yabancıların ikamet izni müracaat belgesi ile birden fazla kez ülkeden çıkış yapabilmeleri mümkündür. Burada şöyle bir soru akla gelebilir. Acaba yabancı ne kadar süre ile ikamet izni müracaat belgesi ile ülkeden çıkış yapabilecektir? YUKK m.21/5’de ikamet izni başvurularının en geç doksan gün içerisinde sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, ikamet izni başvurusu henüz sonuçlanmamış, ikamet izni müracaat belgesi sahibi ve ikamet izni harcını yatırmış yabancı, başvuru tarihinden itibaren en fazla doksan gün süresince ülkeye giriş-çıkış yapabilecektir. İkamet izni sonuçlanmadan ikamet izni harcı ödeyenlere tanınan bu olanak vizenin yahut vize muafiyetinin ülkede kalmak için öngördüğü sürenin aşılmış olması halinde işlevsel hale gelecektir. Vizenin veya vize muafiyetinin ülkede kalmak için öngördüğü süre aşılmaksızın ikamet izni başvurusu yapılabilir. Bu süreçte henüz vizenin veya vize muafiyetinin ülkede kalış için öngördüğü süre dolmadığından müracaat belgesinin ülkeye giriş için kullanılmasına gerek kalmayacaktır. Buna karşın, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.21/9(b) uyarınca ikamet izni müracaat belgesinde, ikamet izni harcından muaf yabancıların⁵⁴ durumu düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla, ikamet izni harcından muafiyet durumu söz konusu ise bu ikamet izni müracaat belgesinde yer alacaktır. Bu noktada, belirsiz olan ve sorun teşkil edebilecek olan mesele, halihazırda ikamet izni harcından muaf olan ve ikamet izni müracaat belgesinde buna ilişkin düzenleme olan yabancıların, YUKK Uygulama Yönetmeliği m.21/9(d) kapsamında ikamet izni harcını önceden ödeyenler gibi başvuru sonuçlanıncaya kadar ikamet izni müracaat belgesi ile ülkeden çıkış yapıp yapamayacağıdır. Söz konusu hükümde açıkça “*harçtan muaf olduğu belgede belirtilenler hariç*” tutulmuştur. Dolayısıyla ikamet izni harcından muaf olan kişiler müracaat belgesi ile başvuru sonuçlanıncaya kadar ülkeden çıkış yapamayacaklardır. Kanun koyucunun ikamet izni harcına tâbi olan yabancılar ile ikamet izin harcından muaf olan yabancılar arasında böyle bir ayırım yapmasının gerekçesini anlamak güçtür. Kanaatimizce ikamet harcından muaf olan yabancıların da tıpkı ikamet izni harcını yatırmış yabancı gibi, ikamet izni müracaat belgesi ile başvuru işlemi sonuçlanıncaya kadar YUKK Uygulama Yönetmeliği m.21/9(a)’daki düzenlemeden yararlanarak ülkeden çıkış yapabilmeleri yerinde olacaktır.

IV. SONUÇ ve ÖNERİLER

Türk hukukunda yabancıların ikametine ilişkin düzenlemeler YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliğinde etraflıca düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler konuyu ayrıntılı şekilde ele almış olsa da, bazı hükümlerde anlaşılmayan ifadelerin, çelişkilerin olması yahut zamanla yeni ve öngörülmemiş sorunların görülmesi muhtemeldir.

Çalışmamızda, özellikle uygulamada karşılaşılabilecek bu sorunlardan hareket ederek bazı hususları tartışmaya açmayı ve çözüm önerisi sunmayı amaçladık. Bu bağlamda tespit edilen sorunlar beş ana başlık altında ortaya konarak, muhtemel çözüm önerileri okuyucuya sunulmuştur.

Bu çerçevede ele alınan ilk konu vatansız kişilere ilişkin bazı düzenlemelerdir. YUKK’da vatansız kişilerin hem ikamet izninden muaf tutulduğu, hem talep etmeleri halinde ikamet izni alabileceği düzenlenmiştir. Kanunda çelişki gibi görünen bu düzenlemelerin, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu ve vatansız kişiyi koruma amacı taşıdığı kanaatindeyiz. Vatansızlara ilişkin diğer mesele ise, bu kişilerin aile ikamet iznine müracaatta destekleyici olup olamayacağıdır. Bu konuda vatansız kişi kimlik belgesi sahibi olanların aile ikamet izni kapsamında destekleyici olabileceği sonucuna ulaşılmış bulunmaktayız.

Bu çalışmada incelediğimiz ikinci konu, aile ikamet iznine ilişkin meselelerdir. Bu başlık altında, destekleyicinin geriye doğru beş yılı kapsayan adli sicil kaydı getirme zorunluluğu ve aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine yapılan geçişlerde karşılaşılan sorunlara değinilmiştir. Ne YUKK ne de YUKK Uygulama Yönetmeliğinde destekleyicinin geriye doğru beş yılı kapsayan adli sicil kaydını hangi ülkeden alınacağına ve hangi özellikleri taşıması gerektiğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Bu belirsizliklerin giderilebilmesi için yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu açıktır. Ancak yasal düzenleme yapıncaya kadar destekleyicinin, son beş yıl içerisinde ikamet izni kapsamında bulunduğu tüm ülkelerden adli sicil kaydı alması yerinde olacaktır. Aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçişlerde ise, aile ikamet izni ile belli bir süre ikamet

⁵⁴ Çek Cumhuriyeti, Danimarka, İrlanda, Kosova, Nepal, Sri Lanka, Suriye ve Türkmenistan ülkelerinin vatandaşları 2011 yılından beri ikamet izin harcından muaf: <https://www.goc.gov.tr/belge-bedeli-ve-harc-miktari> (Erişim Tarihi: 08.07.2021).

etmiş olmanın ilgiliye sınırsız kez kısa dönem ikamet izni alabilme hakkı vermediği, bu durumda kısa dönem ikamet izninin bir defaya mahsus verilmesi gerektiği kanısındayız.

Uygulamada karşılaşılan sorunlar başlığı altında ele aldığımız bir diğer konu, kısa dönem ikamet iznine ilişkin meselelerdir. Bu başlık altında taşınmaz malı bulunduğu gerekçesiyle müracaat edilen kısa dönem ikamet izninde karşılaşılabilecek sorunlar ve veriliş amacı dışında kullanılan ikamet izni konuları incelenmiştir. Bilindiği üzere Türkiye’de taşınmaz malı bulunan yabancılar kısa dönem ikamet iznine müracaat edebilir. Ancak Kanunda taşınmaz malın niteliğine, yabancıyı taşınmazı bizzat kullanması gerekip gerekmediğine ya da taşınmaz mal üzerinde birden fazla kişinin mülkiyet hakkına sahip olması halinde ne olacağına ilişkin açıklık bulunmamaktadır. Taşınmaz malın niteliği konusunda Kanunda hüküm bulunmamasıyla birlikte YUKK Uygulama Yönetmeliğinde taşınmaz malın ‘konut’ olması ve bu amaçla kullanılması gerektiği düzenlenmiştir. Yabancıyı kısa dönem ikamet iznine müracaat edebilmesi için taşınmaz malı bizzat kullanması gerektiği; taşınmaz mal üzerinde birden fazla kişinin mülkiyet hakkına sahip olması halinde ise pozitif düzenlemenin sorunun çözümünde yetersiz kaldığı kanaatindeyiz. Bu başlık altında ele alınan diğer konu, kısa dönem ikamet izninin veriliş amacı dışında kullanılmasıdır. Bilindiği üzere böyle bir durumda ikamet izni iptal edilir veya uzatılmaz; ancak yabancıya turizm amaçlı kısa dönem ikamet izni verilebilir. Dolayısıyla hem ikamet izninin veriliş amacı dışında kullanılmasının tespitinin güçlüğü hem yabancıyı her durumda turizm amaçlı ikamet iznine müracaat olanağı bulunduğu dikkate alındığında, ikamet izninin iptal edilmesine ilişkin bu düzenlemenin işlevsiz kaldığı görülmüştür.

İkamet izin talebi reddedilen yabancıyı yargı yoluna başvurması ve aynı süreçte sınırdışı edilmesi meselesi de ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. İkamet izin talepleri reddedilen, ikamet izinleri iptal edilen yahut uzatılmayan yabancılar, bu kararın tebliğinden itibaren altmış gün içinde iptal davası açabileceği gibi, kendilerine verilen on günlük süre içinde ülkeyi terketmedikleri takdirde sınır dışı da edilebilirler. Kanaatimizce bu olumsuz durumu önlemek amacıyla, ikamet izni reddedilen ve bu karara karşı dava açan yabancıyı mahkeme kararı kesinleşinceye kadar ülkede kalmaya devam edebilmesine yönelik düzenleme yapılması yerinde olacaktır. İkamet izni harcına tâbi olan yabancılar ile ikamet izin harcından muaf olan yabancılar arasındaki eşitsizliğin ele alındığı son başlıkta ise bu eşitsizliği ortadan kaldıracak bir yorumun tercih edilmesi gerektiği kanısındayız.

KAYNAKÇA

- ALTUĞ, Yılmaz: Yabancıların Hukuki Durumu, Mentş Matbaası, 4. Baskı, İstanbul 1971.
- ARINER, Onur Hakkı: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 5 Yılı: Uygulamadaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TESEV Değerlendirme Notları, https://www.academia.edu/40615294/Yabanc%C4%B1lar_ve_Uluslararası_Koruma_Kanununun_5_Y%C4%B1%C4%B1_Uygulamadaki_Sorunlar_ve_%C3%87%C3%B6z%C3%BCm_%C3%96nerileri.
- ARSLAN, Şule: Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahat Hakkı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- ASAR, Aydoğan: Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2018.
- AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2010.
- ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL Günseli: Yabancılar Hukuku, Beta Yayınevi, 24. Baskı, İstanbul 2018.
- ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2016.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2016 s.41-88.
- DOĞAN, Vahit: Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2020.
- EKŞİ, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, Beta Yayınevi, 5. Baskı, İstanbul 2018.
- ELÇİN, Doğa: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı?”, TAAD, 7(30), 2017, s.117-198.
- ERTEN, Rıfat: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIX(I), 2015, s.3-51.
- ESEN, Emre: Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, Beta, İstanbul 2019.
- GÖĞER, Erdoğan: Yabancılar Hukuku, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara 1979.
- HALICI, Saliha: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Öğrenci İkamet İzni”, SÜHFD, 25(2), 2017, s.405-448.
- KABOĞLU, İbrahim: “Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, 1995-1996, C. 17-18.
- KONAN, Belkıs: “1915 Tarihli “Memâlik-i Osmaniye’de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaiî Hakkında Kanun-ı Muvakkat”a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukukî Durumunun Değerlendirilmesi”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri (Ed. Fethi GEDİKLİ), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s.225-245.
- POYRAZ, Mehmet Aytaç: Türk Hukukunda Yabancıların İkameti, Fatih Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- SARIOZ BÜYÜKALP, A. İpek: “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’ndaki İkamet Düzenlemeleri ile İlgili Bazı Meseleler”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan Cilt: II, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- SEVİĞ, Muammer Raşit/SEVİĞ Vedat Raşit: Devletler Hususî Hukuku (Yabancıların Hukukî Durumu) 2. Cilt, Sulhi Garan Matbaası, 4. Baskı, İstanbul 1970.
- SEVİĞ, Vedat Raşit: “Yabancı Gerçek Kişilerin, Giriş, Çıkış, İkamet ve Seyahatleri”, İÜHFM Ord. Prof. Dr. Charles Crozat’a Armağan, 43(1-4), s.367-382.
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin: “Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 46(1-4), 1997, s.67-84.
- <https://www.goc.gov.tr/belge-bedeli-ve-harc-miktari>
- <https://e-ikamet.goc.gov.tr/ikamet/BasvuruIstenenBelgeler/BasvuruFormuIstenenBelgeler?tur>.

İŞÇİNİN SAKALINI KESMEYİ REDDETME Sİ NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO THE EMPLOYEE'S REFUSAL TO CUT HIS BEARD

Hazal TOLU YILMAZ*  <https://doi.org/10.21492/inuhfd.993467> 

Makale Bilgi

Gönderi: 09/09/2021
Kabul : 06/12/2021

Anahtar Kelimeler

*Din ve Vicdan
Özgürlüğü,
Özel Hayata Saygı
Hakkı,
İşçinin Sakal Bırakma
Hakkı,
İşverenin Yönetim
Hakkı.*

Article Info

Received: 09/09/2021
Accepted: 06/12/2021

Keywords

*Freedom of Conscience
and Religion,
Right to Respect for
Private Life,
Employee's Right to
Grow a Beard,
Employer's Right to
Manage.*

Özet

Her birey, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne, özel hayata saygı hakkına ve ifade özgürlüğüne sahiptir. Herkes kamusal hayatta dini inancı, siyasi görüşü veya dış görünüşüne ilişkin tercihlerinin bir sonucu olarak belli bir şekilde giyinmeyi, saçlarını boyalı, açık, uzun veya kısa kullanmayı, başörtüsü takmayı, traşlı ya da sakallı gezmeyi tercih edebilir. İş sözleşmesiyle çalışan bir kişinin, işyerinde de bu tercihi sürdürmek istemesi halinde, dış görünüşüne ilişkin seçimi çalışma yaşamına taşınmış olur. Çalışma hayatında ise işverenler, işyerinde tarafsız bir düzenin sağlanması, işin, işyerinin, işletmenin gerekleri, iş sağlığı ve güvenliğinden doğan ihtiyaçlar gibi pek çok nedenle, işçilerin dış görünüşlerine belli sınırlamalar getirir. En çok karşımıza çıkan sınırlamalardan biri de işçinin işyerinde sakal bırakmasının yasaklanmasıdır. İşyerinde sakal kullanımının yasak olması, fakat işçinin sakalını kesmeyi reddetmesi halinde, işverenin yönetim hakkı ile işçinin temel hak ve özgürlükleri arasında bir çatışma ortaya çıkar. Bu çatışmanın çözüme kavuşturabilmesi için, işçinin sakal bırakma hakkının hukuki dayanağı, bu hakkın işveren tarafından hangi meşru temellere dayanılarak sınırlandırılacağı açıklanmalı, işçinin sakalını kesmeyi reddetmesinin fesih sebebi sayılıp sayılmayacağı ve bu halde yapılacak feshin türü her somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Abstract

Everyone has the right to freedom of thought, religion, and conscience, the right to respect for private life, and freedom of expression. In public life, everyone can choose to dress in a certain way, to keep their hair dyed, uncovered, long or short, to cover their head, to shave or to grow a beard, as a result of their religious obligations, political ideology, or preferences regarding their appearance. If an employee wants to keep her clothing and appearance in the workplace, her choice of appearance will extend to the working life. In working life, employers impose certain restrictions on the appearance of employees for many reasons such as ensuring neutrality in the workplace, fulfilling the needs of the work, workplace, or business, and fulfilling the requirements of occupational health and safety. One of the most common restrictions is the prohibition of an employee to grow a beard in the workplace. If the worker refuses to cut his beard even though the beard is prohibited, a conflict arises between the employer's right to manage and the worker's fundamental rights and freedoms. To resolve this conflict, the legal ground of the employee's right to grow a beard and the legal grounds on which this right can be limited by the employer shall be explained. Whether the worker's refusal to cut his beard can be considered as a reason for termination of employment relationship shall be evaluated and in this case, the type of termination shall be discussed according to each concrete case.

 Bu eser Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör., Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Atf Şekli | **Cite As:** TOLU YILMAZ Hazal, "İşçinin Sakalını Kesmeyi Reddetmesi Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", InÜHFD, 12(2), 2021, s.720-737. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

Everyone has the freedom to wear what they want and look how they want. Among other things, a person's clothing style and appearance are the elements that constitute his personality. A person's preference to grow a beard lies also within this scope. However, if the employee wants to grow a beard in his working life and the employer does not allow a beard in the workplace, a conflict arises between the employee's fundamental rights and freedom and the employer's authority to maintain workplace order. In this case, an employee who refuses to comply with the employer's instruction to be shaved may face the risk of termination of his employment contract. To resolve this conflict, it is necessary to explain the legal basis of the employee's right to grow a beard and to evaluate whether the employer can prohibit the use of a beard in the workplace. As a result of this evaluation, it can be determined whether the employee's violation of the beard ban can be considered as a valid reason for termination.

In our study, we tried to shed some light on the issue by analyzing the studies of Turkish, Swiss, and French labor law doctrine, Turkish and French judicial decisions, and the case-law of the ECtHR on this subject. Although the fundamental rights and freedoms of the employee have been examined in many academic papers, no study specifically examines the beard ban applied in the workplace. For this reason, the study will reveal under which conditions the regulations prohibiting the beard in the workplace will be valid and whether the employee's failure to comply with this ban will lead to the termination of the employment contract. In addition, since the subject is analyzed comparatively with the French law and EU case law, the recent developments on this subject will also shed light on Turkish law.

The right to grow a beard is a right that should be evaluated within the scope of freedom of religion and conscience, the right to respect for private life, and freedom of expression. According to ECtHR case law, the right to determine one's appearance is examined within the framework of the right to respect for private life. The French Court of Cassation, on the other hand, evaluated the employee's right to grow a beard within the scope of freedom of religion and conscience in one of its judgments in 2020. In our opinion, an employee's choice to grow a beard due to his religious belief should be examined within the scope of freedom of religion and conscience. Instead, if an employee grows a beard due to his preferences regarding his appearance or due to his political opinion, it should be examined within the scope of the right to respect for private life or freedom of expression. Therefore, an interference in the right to grow a beard should be considered as an interference in employee's fundamental rights and freedoms.

However, in an employment relationship, employees work under personal and legal subordination to the employer which causes interference of the employer in employees' personal rights. One of the most common examples of this interference is the internal regulations that impose a beard ban in the workplace. To be valid, this regulation which the employer has put into effect based on its management right must be based on a legal provision or a justifiable reason.

There is no legal provision in Turkish law that prohibits beard, except for those working in baths and saunas. The justifiable reasons that are accepted unanimously to the beard ban are occupational health and safety or hygiene requirements. However, even in this case, the intervention by the employer must be proportioned. For example, if the risk can be avoided by the usage of a mask, the employer cannot ask the employee to cut his beard. Whether a neutrality policy is a justifiable reason is a highly controversial issue. In French law, the internal regulations that ensure the neutrality of the company are considered to be valid. In 2017, the French Court of Cassation also ruled that a neutrality clause in the internal regulation that prohibits the use of all kinds of political, philosophical, or religious signs in the workplace in a general and indiscriminate manner, is valid. In the judgments of the Turkish Court of Cassation, the regulations that ban beard are also unquestionably accepted as valid and considered to be within the scope of the employer's management right. However, the employer's desire to create a neutral image cannot be accepted as a justifiable reason for limiting employee's fundamental rights. Such an acceptance violates the principle of pluralism in a democratic society. In this respect, the employer should concretely demonstrate the negative impacts of beard on his business to prohibit it (i.e. the employer has to demonstrate that the impartiality clause is indispensable due to the nature of the job). For example, in French doctrine, it is accepted that the impartiality principle in the secular education sector is a necessity of the work carried out. The employer's concern for economic loss does not constitute a justifiable reason for prohibiting beards in the workplace. A contrary thought leads to a very dangerous trend in which the business interests of the company take privilege over human dignity.

If a regulation that prohibits beards in the workplace is based on a justified reason, the employee should obey this rule. Otherwise, his employment contract may be terminated for valid or just cause. Whether the termination is based on a valid or just cause varies in each concrete case, depending on the importance of the employer's violated interest. However, in most cases, the termination will be based on a valid reason.

Although a regulation prohibiting the beard is valid, the employer is obliged to comply with the obligation of equal treatment when terminating the employment contract of the employee who does not comply with this prohibition. To hold the employer responsible for the obligation of equal treatment, there must be two comparable employees and the events must occur at the same time. In addition, if the employer's different treatment to two employees is based on a justified reason, it cannot be said that there is a violation of the obligation of equal treatment. For example, if one of the two employees who refuses to cut his beard has no previous disciplinary sanction, the employer may give him a lighter sentence (e.g. verbal warning).

I. GİRİŞ

Herkes, günlük hayatında dilediği biçimde görünme özgürlüğünü haizdir. Bir kişinin giyim tarzı ve dış görünüşü, onun kişiliğini oluşturan unsurlar arasındadır¹. Birey yalnızca söyledikleri ve yaptıklarıyla değil, dış görünüşüyle de kendini ifade eder. Özel hayatında sakal bırakmak isteyen kişinin bu tercihi de dış görünüşünü belirleme özgürlüğü içinde yer alır.

Bir kişinin dış görünüşüne yönelik tercihleri, toplumsal hayatın vazgeçilmez bir parçası olan çalışma hayatında da varlığını sürdürür. Bir işçinin iş görüşmesindeki giyimi, saçını, sakalı ve makyajını, işverenin işe alım kararını etkileyebilir. İş ilişkisinin devamında da işçinin dış görünüşüne yönelik tercihleri, işyeri kurallarını ihlal edebilir. Sakal tıraşı olunarak işe gelmesi yönündeki talimata uymayı reddeden bir işçi, iş sözleşmesinin feshedilmesi riskiyle karşı karşıya kalabilir.

Hukukumuzda kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kılık ve kıyafetlerine ilişkin kurallar, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık Ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'te düzenlenmiştir². Yönetmeliğin 5/1(b) maddesine göre erkek çalışanlar,

“...Kulak ortasından aşağıda favori bırakamaz. Saçlar, kulağı kapatmayacak biçimde ve normal duruşta enseden gömlek yakasını aşmayacak şekilde uzatılabilir, temiz, bakımlı ve taranmış olur. Her gün sakal tıraşı olunur ve sakal bırakılmaz. Bıyık tabii olarak bırakılır, uzunluğu üst dudak boyunu geçemez, üstten alınmaz, yanlar üst dudak hizasında olur, alt uçları dudak hizasından kesilir”.

Düzenleme kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsünde çalışan kişiler hakkında da uygulanır (m.2). Buna karşılık, iş mevzuatında özel sektörde çalışan işçilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, işçinin sakal bırakma hakkının işveren tarafından sınırlanıp sınırlanamayacağını değerlendirilmesini gerekli kılar.

Çalışmamızda, ilk olarak işçinin sakal bırakma hakkının hukuki temeli ortaya konularak, işverenin yönetim hakkına dayanarak işyerinde sakal kullanımını yasaklamasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Ardından, işçinin sakal bırakma hakkı ile işverenin işyeri düzenini sağlama yetkisinin çatıştığı durumlarda, iş sözleşmesinin feshinin geçerliliği ve türü incelenecektir.

II. İŞÇİNİN SAKAL BIRAKMA HAKKI

İşçiler temel hak ve özgürlüklerini, iş organizasyonu içine giren alanlarda da kullanma hakkını haizdir. İşçinin bir işverene bağımlı olarak çalışması, onun bu haklardan vazgeçtiği biçiminde yorumlanamaz³. Sakal bırakma hakkı da temel hak ve özgürlük olarak kabul edildiği takdirde, işçi bu haktan çalışma hayatında da yararlanır.

İşçinin sakal bırakması, onun kılık kıyafetini belirleme özgürlüğü içinde değerlendirilir. Zira, kılık kıyafet kavramı işçinin giyimi yanında onun dış görünüşünü oluşturan saç, sakal gibi unsurları da kapsar⁴.

İşçinin dış görünüşüne ilişkin tercihlerinin, dini, felsefi, siyasi pek çok nedeni olabilir. Bu bağlamda sakal, işçinin dini inancını veya siyasi görüşünü yansıtan bir nitelik taşıyabilir. Nitekim tarihimiz belli siyasi düşünceye sahip kişilerin belli tipte sakal ve bıyık bıraktıkları dönemlere sahne olmuştur. Bunun gibi sakal bırakmak, işçinin fizyolojik bir takım ihtiyaç ve beğenilerinin sonucu da olabilir. Örneğin, yüzünde çocukluktan kalma derin bir yara izi olan kişi, bu izi saklamak amacıyla sakal bırakmak isteyebilir. Belli tarzda müzik dinleyen, belli bir moda algısına sahip bir kişi kendini ait hissettiği şekilde giyinmeyi ve sakal bırakmayı tercih edebilir. Bu itibarla sakal bırakma hakkı, duruma göre din ve vicdan özgürlüğü duruma göre özel hayata saygı ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir haktır.

A. Din ve Vicdan Özgürlüğü

AİHS m.9 ve Anayasa m.24'te düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü iki boyutta ele alınır. İlki *forum internum* olarak da ifade edilen, özgürlüğün içsel alanına ilişkindir. Buna göre herkes, istediği dini inanca bağlanma ve din değiştirme hakkına sahiptir. Hakkın bu yönü mutlak bir korumadan yararlanır. Din ve vicdan özgürlüğü, bireylerin dini inançlarını söz ve davranışlarıyla ifade etme

¹ BEDÜK, M. Nusret: “İşçinin Kılık Kıyafetinin İş İlişkinde Etkisi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 16(64), 2019, s.1370; BEYTAR, Erbil: İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması, XII Levha, 2018, s.100.

² Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. KIZILYEL, Serkan: “Kamu Görevlilerinin Kıyafet Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(3), 2016, s.292-300.

³ ÖKTEM SONGU, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, DEÜHFD, 15(Özel Sayı), 2013, s.626; BEDÜK, s.1386; OKUR, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Kamu-İş, 8(4), 2006, s.1; ARSLAN DURMUŞ, Seda: “İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkinde Etkisi”, DEÜHFD, 25(42), 2020, s.136.

⁴ KIZILYEL, s.288; BEDÜK, s.1371; ARSLAN DURMUŞ, s.151.

özgürlüğünü (*forum externum*) de kapsar. Bu yönüyle din ve vicdan özgürlüğü, kişinin dini inancıyla bağdaşmayan bir düzenlemeye uymayı reddetmesi biçiminde ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, din ve vicdan özgürlüğü, kurulu düzenin gerekleri ve başkalarının menfaatleriyle çelişebilir. Bu nedenle hakkın ikinci boyutunun, sınırlamalara konu olabileceği kabul edilir⁵. Söz konusu sınırlamanın geçerli olabilmesi için yasayla öngörülmüş olması, kamu düzeni veya başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin korunması gibi meşru bir amaca hizmet etmesi, demokratik toplumun gereklerine uygun, ölçülü olması ve hakkın özüne dokunmaması gerekir⁶.

Kişinin kamusal alanda belli bir şekilde görünmeyi ve dini semboller taşımayı tercih etmesi, din ve vicdan özgürlüğü kapsamındadır⁷. AİHM de çalışanların iş gördükleri sırada dini sembol takmak istemelerini, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir⁸. Kanımızca, işçinin dini inancı gereği sakal bırakması da din ve vicdan özgürlüğü kapsamında ele alınması gereken bir hakktır. Böyle bir durumda işçiden sakalını kesmesinin istenmesi, onun din ve vicdan özgürlüğüne müdahale niteliği taşır. Dinin bir kişisel inanç meselesi olduğu dikkate alındığında işverenin, sakal bırakmanın dinin bir gereği olup olmadığı konusunda karar verme yetkisi yoktur⁹.

Bununla birlikte Fransız Danıştay'ı 2020 yılında sakalı nedeniyle işten çıkarılan bir kamu görevlisi hakkında verdiği bir kararda, görünüşü ve ihtişamı ne olursa olsun sakalın tek başına dini bir mensubiyet göstergesi olamayacağına, ancak çalışanın dinini yayma davranışı ve hatta giyim tarzı gibi diğer nesnel koşullarla birleştiğinde dini inancın tezahürü haline gelebileceğine, bu nedenle sakal bırakmanın tek başına kamu hizmetlerinde laiklik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir¹⁰. Fransız Yargıtay'ı ise, 8 Temmuz 2020 tarihinde verdiği bir kararda, işçinin sakal bırakma hakkını din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir¹¹. Yüksek Mahkeme'ye göre sakalın din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi için objektif olarak dini bir sembol olarak nitelendirilmesi gerekmez. İşverenin onu dini sembol olarak nitelendirerek yasaklaması, sakalın din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi için yeterlidir¹².

B. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

AİHS m. 8 ve Anayasa m. 20'de düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkı, bireyler devlet veya diğer kişilerce özel hayatlarına müdahale edilmemesini isteme hakkı tanır. Özel yaşam kavramına, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü, kişisel kimliği, kişisel bilgileri, cinsel tercihleri, kişisel ve özel alanları girer¹³. Özel yaşam, bireylerin yalnızca gözlerden ıraktaki hayatı değildir. Kamusal alanda, bu bağlamda işyerinde de işçinin işveren ve diğer işçiler tarafından özel hayatına saygı duyulmasını isteme hakkı vardır¹⁴.

Özel yaşam, bireylerin birbirleriyle kurdukları ilişkiler yanında kişisel kimliklerinin bir parçası kabul edilen giyim tarzı ve dış görünüşü gibi unsurları da içerir¹⁵. Bireylerin kamusal veya özel alanlardaki dış görünüş tercihleri, özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde korunur¹⁶. AİHM de kişilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin tercihlerini özel yaşama saygı hakkı içinde

⁵ GLOOR, Werner: "Le conflit de conscience du travailleur", Revue de droit du travail et d'assurance-chômage, (4), 2020, s.287; UGAN ÇATALKAYA, Deniz: İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Oniki Levha, 2019, s.363; ÇETİN, Evra: "Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5, Seçkin, 2015, s.109; MOULY, Jean: "Le port de la barbe par un travailleur peut-il être une manifestation de ses convictions religieuses ou politique? Droit Social, 2021, s.232.

⁶ ARSLAN DURMUŞ, s.137; GLOOR, s.287; RIGGINS, Shannon: "Limitations on the Right to Manifest Religion in European Private Companies: Achibata v. G4S Secure Solutions NV Under Article 9 of the ECHR and Article 18 of the ICCPR", American University International Law Review, 33(4), s.981.

⁷ ÇETİN, Evra: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, XII Levha, İstanbul 2015, s.233.

⁸ ECHR, Eweida And Others v. UK, 48420/10 vd.

⁹ ADAM, Patrice vd.: "La religion dans l'entreprise L'art (difficile) des limites", RDT, 2016, s.532; ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin, Ankara 2002, s.139.

¹⁰ Conseil d'Etat, 12 février 2020, n° 418299. Danıştay'ın başörtüsünü mutlak olarak dini bir sembol olarak kabul ederken, sakalı bu kapsamda değerlendirmemesi nedeniyle, başörtülü kadınların kamu hizmetine alınmamasının çifte ayrımcılık oluşturduğu görüşünde bkz. MOULY, s.232.

¹¹ C. Cas., C.S., 8 juillet 2020, n°18-23.743.(Dalloz)

¹² Örneğin, başörtüsü objektif olarak belli bir dine mensubiyeti gösteren bir semboldür. MOULY, s.232.

¹³ ÇETİN, 2015, s.85; KESER, Hakan: "İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi", Sicil (37), 2017, s.11.

¹⁴ ARSLAN DURMUŞ, s.138.

¹⁵ ÇETİN, s.233; ÇETİN, 2015, s.97; DULAY YANGIN, Dilek: "İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı", Çalışma ve Toplum, (3), 2019, s.2057; ARSLAN DURMUŞ, s.51.

¹⁶ KIZILYEL, s.286; SEVİMLİ, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal, 2006, s.231; BEDÜK, s.1392; ÇETİN, 2015, s.97; CİVAN, O.Ersun: İşçinin Yan Yükümlülükleri, Beta, İstanbul 2021, s.161.

değerlendirmektedir¹⁷. Örneğin, Kara v. Birleşik Krallık başvurusunda Komisyon, erkek bir belediye çalışanının kadın kıyafetleri giymekte ısrar etmesi nedeniyle işten çıkarılmasını, özel hayata saygı hakkı çerçevesinde incelemiş ve çalışanların cinsiyetlerine uygun giyimeleri yönündeki kural işverenin kamudaki imajını korumak amacıyla gerekli görülebileceğinden, yapılan müdahalenin ölçüsüz olmadığına karar vermiştir¹⁸. Bu itibarla, bireyin fiziksel görünüşüne ilişkin tercihleri sonucu sakal bırakması, onun özel yaşamına saygı hakkı çerçevesinde korunması gereken bir haktır.

C. İfade Özgürlüğü

İşçinin sakal bırakma özgürlüğü, ifade özgürlüğü içinde de değerlendirilebilir. Zira, AIHS m.10 ve Anayasa m.25 ve 26 hükümlerinde düzenlenen ifade özgürlüğü, bireylerin düşüncelerini söz ve yazıyla ifade edebilmelerinden ibaret değildir. Bir kişi meydana getirdiği eserler, katıldığı toplantı ve gösteri yürüyüşleri, giydiği kıyafetler yahut saç ve sakal tarzıyla da düşüncelerini ifade eder¹⁹. Stevens v. Birleşik Krallık kararında da Komisyon, bir kişinin giyim tarzının belli bir fikir ya da ideolojiyi ifade etmeye yönelik olduğu takdirde ifade özgürlüğü içinde yer aldığını ifade etmiştir²⁰. Örneğin, Marksist bir işçinin sakalı, onun siyasi düşüncesini ifade etmeye yönelik olduğu takdirde ifade özgürlüğü kapsamında ele alınması gereken bir konudur.

D. İşçinin Sakal Bırakma Hakkının Sınırlanması

Temel hak ve özgürlükler, özel hukuk kişilerinin birbirleriyle olan ilişkilerinde de korunur²¹. Dolayısıyla, AIHS ve Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlükler, işçi ve işveren arasında yatay düzlemde meydana gelen hak ihlalleriyle de ilgilidir²². Devlet bu hakların çalışma yaşamında da korunmasını ve bu hakkı ihlal eden kişilere gerekli yaptırımların uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür²³.

İş sözleşmesi, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak taraflar arasında kişisel ve hukuki bağımlılık ilişkisi kuran bir sözleşmedir. İş sözleşmesinin bu niteliği, işverene bir yandan işçinin iş görme edimi ve işyerindeki davranışlarını düzenleme yetkisi verirken, diğer yandan işçiyi gözetmek ve kişiliğini korumakla yükümlü olması sonucunu doğurur.

İş sözleşmesinde, işverenin işçinin iş görme edimi ile işyeri düzenine ilişkin kuralları yönetim hakkına dayanarak belirleyebileceği kabul edilir²⁴(TBK m. 399). İşçi işveren tarafından verilen talimatlara uymakla yükümlüdür. İşçinin işin görülmesine ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğü iş görme borcu, işyeri düzenine ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğü ise itaat borcu kapsamındadır²⁵.

İşçinin işveren tarafından verilen emir ve talimatlara uymakla yükümlü olması, işverenin işçinin kişilik hakkına müdahale eden konularda söz sahibi olmasına neden olur. Bu sebeple, iş ilişkilerinde işçinin kişilik haklarının korunması özel önem arz eder. İşverenin yönetim hakkına dayanarak işçilerin temel hak ve özgürlüklerine giren konularda düzenleme yapması halinde, işverenin yönetim hakkı ile işçinin kişilik hakları arasındaki hassas dengenin korunması gerekir²⁶.

İşverenin yönetim hakkı, iş hukuku kaynakları arasında en alt sırada yer alır. Bu nedenle, işverenin yönetim hakkına dayanarak getirdiği bir düzenleme, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki kaynaklara aykırı olamaz. İşveren, yönetim hakkına dayanarak, işçinin kişilik haklarına, ahlaka, kamu düzenine ve dürüstlük kurallarına aykırı düzenlemeler getiremez²⁷.

İşveren, iş ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermekle yükümlüdür (TBK m. 417). İşveren, işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü kapsamında onun kişilik haklarını zedeleyen, temel hak ve özgürlüklerini kullanmasına engel olan, ayrımcı, küçük düşürücü davranış ve

¹⁷ SEVİMLİ, s.19; BEDÜK, s.1393; ÇETİN, s.234.

¹⁸ Paul Kara v. United Kingdom, 36528/97.

¹⁹ BEDÜK, s.1387; ÖKTEM SONGU, s.611; OKUR, s.2; ARSLAN DURMUŞ, s.154.

²⁰ Stevens v. UK, 11674/85.

²¹ ÇETİN, 2015, s.78.

²² ÖKTEM SONGU, s.614; GLOOR, s.288; OKUR, s.5-6; ERTÜRK, s.34 vd.

²³ Young, James And Webster v. UK, 7601/76; 7806/7.

²⁴ DULAY YANGIN, s.2055; GLOOR, s.292.

²⁵ SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.345; ÇELİK,Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT,Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul 2020, s.314.

²⁶ ÇETİN, 2015, s.76; ARSLAN DURMUŞ, s.145.

²⁷ SÜZEK, s.82-84; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.276; BİRBEN, Erhan: İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, XII Levha, s.141; ARSLAN DURMUŞ, s.146; GLOOR, s.292.

işlemlerden kaçınmak zorundadır²⁸. İşçinin dış görüşüne ilişkin tercihleri, bu kapsamda sakal bırakma isteği de onun kişiliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. İşveren getireceği düzenlemelerle kural olarak işçilerin kılık ve kıyafetlerini belirleme özgürlüğüne müdahale edemez, onların işyerinde dini semboller kullanmalarını veya sakal bırakmalarını yasaklayamaz²⁹. Özel hayatlarına ilişkin tercihlerine karışamaz³⁰. İşçilerin dini inanç ve değerlerini, özel hayata saygı hakkını veya ifade özgürlüğünü ihlal eden bir düzenleme, işçiyi gözetme borcunu ihlal eder ve yönetim hakkının kapsamı dışında kalır. İşçi böyle bir düzenlemeye uymakla yükümlü değildir³¹.

Kural bu olmakla birlikte, işveren işyeri düzeninin sağlanması amacıyla işçilerin işyerindeki davranışlarına müdahale etme ihtiyacı duyabilir. Bu kapsamda, sigara ve alkol yasakları, internet kullanımı, kapı kontrolü, kılık ve kıyafet kuralları vb. konuları düzenlemek isteyebilir³². İşin görülmesi ve işyerindeki düzenin sağlanmasının gerekli kıldığı ölçüde işveren işyerinde sakal kullanımını da sınırlandırabilir. İşçinin gerek dini inancı gerek özel hayatına ilişkin tercihleri nedeniyle sakal bırakması ile işverenin işyerinde sakal kullanımını yasaklaması halinde, işçinin temel hak ve özgürlükleri ile işverenin yönetim hakkı arasında bir çatışma ortaya çıkar. Bu durumda tarafların hak ve menfaatlerinin dengelenmesi gerekir³³. Bu dengenin ne şekilde kurulacağı, her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir konudur.

İşyerinde sakal yasağının geçerli kabul edilebilmesi için, bu yasağın yasal bir zorunluluğa veya sınırlamayı haklı kılan bir sebebe dayanması gerekir³⁴. İş mevzuatında işçilerin sakal bırakma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda tespit edebildiğimiz tek düzenleme, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te yer verilen hamam ve saunalarda çalışanların saç, sakal ve tırnakları kesilmiş ve temizlenmiş olması yönündeki hükmüdür³⁵. Bu hüküm uyarınca, işverenler söz konusu işyerlerinde sakal kullanımını yasaklayabilir.

İşveren, kanuni gereklilikler dışında kalan haklı sebeplerin varlığı halinde de işçilerin sakal bırakma özgürlüğüne müdahale edebilir. Haklı sebeplere, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretiminin gerekleri, alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, sağlanması gereken hijyen standartları örnek verilebilir³⁶. Bu tür bir müdahale, işyeri düzeninin sağlanmasına yönelik haklı gerekçelere dayandığı ölçüde işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Buna karşılık, işverenin keyfi veya ayrımcı nedenlerle işçinin sakal bırakma hakkına müdahalesi, yönetim hakkı kapsamında değerlendirilemez. Böyle bir müdahale, işçinin kişilik haklarını ihlal eder. Müdahalenin işverenin yönetim hakkı kapsamında kabul edilebilmesi için, haklı bir gerekçeye dayanması yanında ölçülü olması da gerekir³⁷.

Fransız İş Kanunu L.1121-1 hükmünde de işverenin, işçinin kişilik hakları ile bireysel ve toplu özgürlüklerine, gerçekleştirilecek görevin doğası gereği gerekçelendirilmeyen veya aranan amaçla orantılı olmayan kısıtlamalar getiremeyeceği ve L.1132-1 hükmünde işçiye dini inancı veya dış görünümü nedeniyle doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla, işçinin din ve vicdan özgürlüğüne getirilecek bir sınırlamanın mutlaka meşru bir menfaate dayanması, ayrımcı olmaması, ölçülü olması ve yargı denetimine tabi olması gerektiği kabul edilmektedir³⁸.

1. Sınırlamanın Gerekçesi

a. İşin, İşyerinin, İşletmenin Gereği Olarak Sakal Kullanımının Yasaklanması

²⁸ BEDÜK, s.1373. YILDIRIM, İdil: Türkiye'de İşçinin İnanç Özgürlüğünün Değerlendirilmesi, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 30(5), 2016, s.1025.

²⁹ BİRBEN, s.166; ADAM vd., s.532; GAUDU, François: "L'entreprise de tendance laïque", Droit social, 2011, s.1186; CİVAN, s.161.

³⁰ BİRBEN, s.141-142.

³¹ İşçide vicdanı çatışmaya yol açan bir düzenlemenin, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan kusura dayanmayan sübjektif manevi imkansızlık niteliği taşıdığı görüşünde bkz. GLOOR, s.292-293.

³² DULAY YANGIN, s.2057.

³³ UGAN ÇATALKAYA, s.363; RIGGINS, s.990; GAUDU, s.1186; ADAM vd., s.532.

³⁴ SEVİMLİ, s.234; ÇETİN, s.239; BEDÜK, s.1376.

³⁵ Resmi Gazete, 10 Ağustos 2005 - Sayı: 25902.

³⁶ SEVİMLİ, s.231; BİRBEN, s.167; ÇETİN, s.234; ÇETİN, 2015, s.97; ADAM vd., s.532.

³⁷ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük kavramı için bkz. UGAN ÇATALKAYA, s.368.

³⁸ SCIBERRAS, Jean-Christophe, "Travail et religion dans l'entreprise: une cohabitation sous tension", Droit Social, 2010, s.72; DESBARATS, Isabelle: "De la Neutralité des lieux de travail", RDT, 2015, s.309; ADAM, Patrice: "Entreprise sans foi...ni volie?", RDT, 2011, s.182; ADAM vd., s.532; GAUDU, François: "Droit du travail et religion", Droit social, 2008, s.959; UGAN ÇATALKAYA, s.363.

İşçilerin kılık kıyafetine ilişkin düzenlemeler kimi durumlarda yürütülen işin gereği olarak karşımıza çıkabilir. Bu durumda işyerinde yürütülen işin gerekleri, işçilerin dış görünüşüne müdahalenin haklı gerekçesini oluşturur. Örneğin, çalışanların müşterilerden ayırt edilmesini sağlamak amacıyla hostes, garson, satış temsilcisi gibi meslekleri icra eden kişilerden üniforma giymeleri istenebilir³⁹. Yargıtay da bir kararında, işe başladığı sırada açık olan, ancak sonradan kapanmaya karar veren işçinin altına uzun kollu giysi giyebileceği söylediği halde şirket t-shirt'ünü giymemekte ısrar etmesini, davacının müşteriler tarafından ayırt edilmesi konusunda karışıklığa yol açabileceği, çalışanlar arasında uyumu ve çalışma barışını bozabileceği gerekçesiyle geçerli feshi nedeni olarak değerlendirmiştir⁴⁰.

Fransız hukukunda da işçinin giyinme özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar, yapılacak görevle gerekçelendirilmesi ve aranılan amaçla orantılı olması halinde geçerli kabul edilir⁴¹. İşçinin dış görünüşünün sunulan mal veya hizmetin ayrılmaz bir parçası olması durumunda, işveren işçilerin kılık ve kıyafetlerine yönelik özel düzenleme getirebilir. Örneğin, genç kızlara yönelik özgürlük mesajı taşıyan bir giyim markası, aksine mesaj yayan dini işaretlerin kullanılmasını yasaklayabilir. Buna karşılık, kahve makinesi satılan bir dükkânda, satılan makinenin kalitesi onu satan kişinin kıyafetine bağlı olmadığından aynı şey söylenemez⁴².

Doğrudan doğruya ve ağırlıklı olarak belli bir dini, siyasi, eğitsel, sınıfsal, bilimsel, sanatsal amaca hizmet eden veya basın ve yayın özgürlüğü kapsamında belli bir düşünceyi açıklama ve raporlamayı amaç edinen eğilimli işletmelerde de işveren, işçilerin işletmenin amacına uygun şekilde giyinmeleri yönünde zorunluluk getirebilir⁴³. Bu gibi işletmelerde işverenin takdir marjının daha fazla olduğu ve işçinin kılık ve kıyafetini belirleme özgürlüğünün normalden daha fazla kısıtlanabileceği söylenebilir⁴⁴.

İsviçre hukukunda da, eğilimli işletmelerde özellikle yönetici pozisyonunda çalışan kişilerin, sözleşmeyi yaparken işverenin ideolojik, siyasi veya dini çizgisini paylaşmayı peşinen ve bilinçli olarak kabul etmiş sayılacağı, bu itibarla işverenin eğilimli işletmede çalışan bir işçiye bu eğilime uygun yönerge ve talimatlar verebileceği, hatta özel hayatında bu yönelime uygun davranmasını bekleyebileceği kabul edilir. İşçinin kişisel inançlarının zamanla değişmesi, işverenin tercih ve yönelimleriyle artık özdeşleşmemesi durumunda, işçi ya istifa etmeli ya da iş ilişkisinin sona ermesini kabul etmelidir⁴⁵.

TİHEKK m. 7/I(d) ve (e) bentlerinde de bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı ile dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve niteliklerin aranmasının ayrımcılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir⁴⁶. Bu konuda AİHM, Protestan Kilisesi'ne bağlı bir kreşte çalışan Katolik inanca mensup başvurunun, işe girdikten sonra Evrensel Kilise/İnsanlığın Kardeşliği topluluğuna üye olması ve derslerde bu topluluğun öğretilerine yer vermesi nedeniyle işten çıkarılmasının Sözleşme'yi ihlal etmediğine karar vermiştir. Zira, başvurunun işten çıkarılması, toplum ve ebeveynler nezdinde Protestan Kilisesi'nin güvenilirliğini korumak yönünde meşru bir amaca hizmet etmekte olup, çalışan işe girdiği sırada kreşin bu misyonundan haberdardır⁴⁷. Bu itibarla, kilisede misyon görevlisi olarak çalışan bir işçiden peyot veya islami inancı yansıtacak

³⁹ SEVİMLİ, s.233; BEYTAR, s.100.

⁴⁰ Y.9.HD., E. 2016/5475, K. 2017/2968, T. 02.03.2017.(Kazancı) (Erişim Tarihi: 05.09.2021) Kararı değerlendiren Canıklıoğlu, olayda feshin son çare olması ilkesinin gözetilmediği, böyle bir durumda işveren tarafından işçilere seçimlik iki farklı iş kıyafetinin sunulmasının daha isabetli bir çözüm olacağı görüşündedir. CANIKLIOĞLU, Nurşen: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı” Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, XII Levha, s.260; Dulay Yangın’a göre de, işverenin son çare ilkesi uyarınca işçiye müşterilerle temas halinde bir başka birimde görevlendirmeyi denemesi ve bu mümkün olmadığı takdirde iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceğinin kabulü gerekir. DULAY YANGIN, s.2063; İşverenin işçiye başka birimde istihdam etme olanağını araştırma zorunluluğu olmadığı görüşünde bkz. CİVAN, s.178; İşçinin sunulan alternatif görevi kabul etmesinin sadakat borcunun bir gereği olduğu görüşünde bkz. GLOOR, s.292.

⁴¹ Emlak şirketinde çalışan bir işçinin eşofmanla işe gelmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli olduğuna ilişkin karar ve değerlendirme için bkz. SAVATIER, Jean: "Libertés du salarié. Restrictions à la liberté vestimentaire. Conditions de licéité", Droit Social 2002, s.110.

⁴² ADAM vd., s.532.

⁴³ Eğilimli işletme kavramı için bkz. GAUDU, s.1186; GAUDU, 2008, s.959; DULAY YANGIN, s.2064-2068.

⁴⁴ GAUDU, s.1186.

⁴⁵ GLOOR, s.292.

⁴⁶ Düzenlemede yalnızca din hizmeti ve dini eğitim vermek üzere görevlendirilen kişilerden bahsedildiğinden dini bir kurumda bu görevler dışında kalan işleri yürüten işçilere o inanca mensup olmadıkları gerekçesiyle farklı işlem yapılamaz. BİR BEN, s.146; CİVAN, s.173.

⁴⁷ Siebenhaar c. Allemagne, 18136/02.

şekilde sakal bırakmaması istenebilir. Ateizm derneğine bağlı bir işyerinde misyon görevlisi olarak çalışan bir işçiden, işyerinde dini inancını yansıtan sembol ve aksesuarlar kullanmaması talep edilebilir⁴⁸. Bu durumda getirilen sakal yasağı, işin ve işletmenin niteliği gereği meşru kabul edilmelidir.

Gıda ve sağlık sektörü gibi hijyenin ön planda olduğu işyerlerinde de işveren, işçiden sakalını kesmesini isteyebilir. Burada işçinin sakal bırakma özgürlüğüne müdahaleyi haklı kılan neden, üçüncü kişilerin sağlığının korunması yönündeki üstün nitelikte özel ve kamusal yarardır⁴⁹. Yargıtay da bir kararında disiplin cezalarına rağmen sakalını kesmemekte ısrar eden bir işçinin aşçı olmasından bahisle, sakal bırakmasının sağlık koşulları ve gördüğü işin niteliğiyle bağdaşmadığına ve feshin haklı nedene dayandığına karar vermiştir⁵⁰. Yüksek Mahkeme işçinin yapılan ihtarlar rağmen sakalını kesmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği bir diğer uyuşmazlıkta, tanıkların işyerinde hijyen kuralları gereği sakalın yasaklanıp yasaklanmadığı konusundaki çelişkili beyanları üzerine, işyerinde hangi ürünlerin üretildiği, davacının bu üretim aşamasının hangi bölümünde çalıştığı ve davacının yaptığı işin gerektirdiği hijyen ve temizlik seviyesinin sakallı olarak çalışmamayı gerektirip gerektirmediği, işyerinde davacıyla aynı bölümde çalışan başkaca sakallı işçiler bulunup bulunmadığı ile davacının sakallı olarak çalışmasının çalıştığı bölümde yapılan işe olumsuz etkisi olup olmadığının, bir kimyager bilirkişi aracılığıyla işyerinde keşif yapılarak tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵¹.

Tıbbi güvenlik gereklilikleri de sakal yasağını meşru kılan nedenler arasında sayılabilir. Bu kapsamda, işveren, sağlık sektöründe çalışan işçilerden, sakallarını kesmelerini isteyebilir. AİHM de bir içtihadında, hemşire olarak çalışan başvuruçunun işyerinde haç takmasının yasaklanmasının, olası bir müdahale sırasında kolyenin hastalar tarafından tutup çekilmesi veya açık yarayla temas etmesi önleme amacı taşıdığına ve din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir⁵². Bu itibarla, kılık kıyafete ilişkin düzenlemeler, sağlık ve güvenlik gerekliliklerine dayandığı durumda daha geniş bir takdir marjından yararlanır⁵³.

Belirtmek gerekir ki, işçinin çalıştığı sektör nedeniyle sakal bırakmasının hijyen riski yarattığı durumlarda bu risk, işin görülmesi sırasında bone veya maske takılması gibi işçinin temel hak ve özgürlüklerine daha az müdahale eden bir yöntemle giderilebiliyorsa, işveren işçiden sakalını kesmesini isteyemez. Burada ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeye göre sonuca gidilmesi, alınan tedbirin ulaşılmak istenen amacı sağlamak için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

b. İşyerinin Tarafsız Bir İmaj Sergilemesinin Sağlanması

Uygulamada işverenler, yayınladıkları iç yönetmeliklerde, işçilerin şirketin kurumsal imajını zedeleyecek tutum ve davranışlardan kaçınacağına ve işyerinde belli kılık kıyafet kurallarına uyacağına yönelik detaylı düzenlemelere yer vermektedir. Bu düzenlemelerle işverenler, şirkete yönelik kamuoyu baskısından kurtulmayı, şirketin kurumsal imajını korumayı ve bu imajın zedelenmesi nedeniyle maddi kayba uğramanın önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁵⁴. Öğretide de satış temsilcisi gibi işvereni temsil eden kişilerden, işyerinin imajının ve kurumsal yapısının korunması amacıyla sakal tıraşı olmaları, kravat takmaları vb. kurallara uymalarının istenebileceği ifade edilmektedir⁵⁵. Bir görüşe göre, işçilerin dış görünüşleri aracılığıyla dini inanç ve siyasi görüşlerini yansıtmaları, diğer işçiler üzerinde baskı yaratabileceğinden, işveren, müşterilerle doğrudan iletişim halinde olmayan çalışanlar bakımından dahi böyle bir yasak getirebilir⁵⁶.

Bu konuda işverenler tarafından ileri sürülen gerekçelerden biri, şirketin her kesimden müşteriye hizmet vermesi nedeniyle tüm dini inançlara eşit mesafede durmak istemesidir. Avrupa Adalet Divanı tarafından 14 Mart 2017 tarihinde verilen Samira Achibata v. G4S Secure Solutions kararında da bu konu tartışılmıştır⁵⁷. Karara konu olayda Müslüman Bayan Achibata bir özel şirkette resepsiyon görevlisi olarak çalışmaktadır. Şirkette işçilerin politik, felsefi veya dini inançlarına ilişkin sembollerini işyerinde taşıyamayacaklarına dair yazılı olmayan bir kural vardır. Ancak, Bayan

⁴⁸ BİR BEN, s.169.

⁴⁹ SEVİMLİ, s.232; BEDÜK, s.1379; DULAY YANGIN, s.2060; ARSLAN DURMUŞ, s.152.

⁵⁰ Y.9.HD, E. 1990/5978, K. 1990/9488, T: 21.09.1990.(Kazancı) (Erişim Tarihi: 06.09.2021)

⁵¹ Y.7HD, E. 2015/6176 , K. 2016/5823, T: 09.03.2016.(yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 22.11.2021)

⁵² Eweida and Others v. UK, 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.

⁵³ ÇETİN, s.240; ÇETİN, 2015, s.99; DULAY YANGIN, s.2059.

⁵⁴ BİR BEN, s.141; DULAY YANGIN, s.2057.

⁵⁵ SEVİMLİ, s.234; BEDÜK, s.1377-1378; CİVAN, s.163.

⁵⁶ SEVİMLİ, s.234, 270.

⁵⁷ Samira Achibata v. G4S Secure Solutions NV, Belgium Case, C-157/15.(Curia Case-law) Kararın incelemesi için bkz. RIGGINS, s.984-989.

Achibata yetkililere bundan sonra işe başörtüsü takarak gelmek istediğini bildirmiş ve bu talebi reddedilmiştir. Akabinde, işyeri yönetmeliğine çalışanların üzerlerinde dini inançlarını yansıtan işaretler taşımalarının yasak olduğuna dair bir hüküm eklenmiştir. Bayan Achibata bu kurala uymadığı gerekçesiyle işten çıkarılmıştır. Uyuşmazlık, işyerinde herhangi bir siyasi, felsefi veya dini işaretin görünür şekilde giyilmesine genel bir yasak getiren şirket iç yönetmeliğinden kaynaklanan başörtüsü yasağının 2000/78 sayılı Direktifi ihlal edip etmediği noktasında toplanmaktadır⁵⁸. Adalet Divanı üç aşamalı bir inceleme yaparak, müdahalenin doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa neden olup olmadığını ve ölçülü sayılıp sayılmayacağını incelemiştir. Doğrudan ayrımcılık konusunda Divan, işyerinde inançlar arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin her türlü dini sembolün yasakladığını, tarafsızlık ilkesinin tüm çalışanlara aynı şekilde uygulandığını ifade etmiştir. Düzenlemenin dolaylı ayrımcılığa neden olup olmadığı konusunda ise, getirilen sınırlamanın meşru bir amaca hizmet edip etmediğini inceleyerek, bir işletmenin müşterileriyle ilişkilerinde siyasi, felsefi veya dini tarafsızlık politikası sergileme arzusunun işverenin girişim özgürlüğü içinde yer aldığına, özellikle müşterilerle doğrudan ilişki kuran çalışanlar bakımından böyle bir sınırlama getirilmesinin meşru olduğuna, işçilerin görünürde siyasi, felsefi veya dini inanç işaretleri taşımalarının yasaklanmasının, bu politikanın tutarlı ve sistematik bir şekilde izlenmesi şartıyla, bir tarafsızlık politikasının düzgün şekilde uygulanmasını sağlama amacına yönelik olduğuna karar vermiştir⁵⁹. Divan, ölçülülük ilkesi bağlamında yaptığı değerlendirmede ise, yasağın sadece müşterilerle etkileşime giren çalışanları kapsamaması durumunda izlenen amaca ulaşmak için gerekli olduğuna, bu durumda işverenin feshe başvurmadan önce çalışana, herhangi bir ek yük üstlenmesi gerekmeksizin, müşterilerle doğrudan ilişki kurmayacağı bir pozisyon önermesi gerektiğine karar vermiştir.

Adalet Divanı aynı tarihte verdiği Asma Bougnaoui v. Micrapole SA kararında ise farklı bir yaklaşım izlemiştir⁶⁰. Bayan Bougnaoui, şirkette önce stajyer olarak işe başlamış, stajı bitiminde tasarım mühendisi olarak işe alınmıştır. Kendisi staja başladığında basit bir bandana takmaktayken, sonraları başörtüsü takarak işe gelmeye başlamıştır. Şirket, başörtülü bir çalışandan hizmet almak istemeyen bir müşterinin şikâyeti üzerine, Asma Bougnaoui'yi işten çıkarmıştır. Karara konu olan olayda hukuki uyuşmazlık, bilişim teknolojileri alanında danışmanlık veren bir şirketin müşterisinin, tasarım mühendisi olarak görev yapan başörtülü bir çalışandan hizmet almak istememesinin, 2000/78 sayılı Direktif uyarınca esaslı ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil edip etmediğidir. Divan, Bayan Bougnaoui'nin işten çıkarılmasının işyerinde dini sembol taşınmasını yasaklayan herhangi bir şirket içi kurala dayanmadığı dikkate alındığında, başörtü nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin ancak esaslı ve belirleyici bir mesleki gerekliliğe dayanması durumunda ayrımcılık teşkil etmeyeceğine, ancak böyle bir gereklilikten söz edilebilmesi için bunun mesleki faaliyetin doğası veya yürütülüşünden kaynaklanan nesnel bir ihtiyaca hizmet etmesi gerektiğine, müşterilerin özel istekleri gibi sübjektif hususların bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

Divan'ın aynı gün verdiği bu iki karardan, işyerinde tarafsızlığı sağlamak amacıyla getirilmiş bir kural varsa bu kuralın meşru bir amaç taşıdığı ve müşterilerle doğrudan iletişim halinde olan çalışanlar bakımından uygulanmasının ölçülü olduğu, ancak böyle bir düzenleme yoksa işçinin din özgürlüğünü sınırlandıran bir müdahalenin ancak işin esaslı ve belirleyici bir gereği olması halinde mümkün olabileceği sonucu çıkmaktadır⁶¹. Divan söz konusu içtihadıyla, işverenin işyerinde tarafsız görünmek istemesini ve bunu iç yönetmelikte yapacağı bir düzenlemeyle uygulamaya koymasını geçerli kabul etmiştir. Buna göre, işletmenin tarafsızlığını temine yönelik eden bir iç yönetmelik hükmü, ancak dolaylı ayrımcılığa yol açtığı takdirde geçersiz sayılacaktır⁶².

Fransız hukukunda da şirket imajının tarafsızlığını temin eden düzenlemelere iç yönetmeliklerde geçerli olarak yer verilebileceği kabul edilmektedir⁶³. Fransız İş Kodu'na 2016

⁵⁸ İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi

⁵⁹ Dolaylı ayrımcılık görünüşte tarafsız bir kuralın, herhangi bir haklı gerekçeye dayanmaksızın fiiliyatta belli bir gruba mensup kişileri diğerlerinden daha dezavantajlı duruma getirmesidir. YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin, 2008, s.75; YILDIRIM, s.1020; RIGGINS, s.985; MANAV, Eda: “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar, DEÜHFD, 15 (Özel Sayı), 2013, s.737-741; LEMPEN, Karine: “Travail, genre et religion: Le port du hijab en Europe”, Recht, Religion und Arbeitswelt, éd. Stöckli, Andreas/Kühler, Anne/Hafner, Felix/Pärli, Kurt, Zürich, 2020, s.40.

⁶⁰ Asma Bougnaoui v. Micrapole SA, French Case, C-188/15.(Curia Case-law)

⁶¹ Aynı görüşte bkz. MOULY, s.232; MEIFFRET, Kristel: “Discrimination et port du voile dans la vente de prêt-à-porter : déclinaison d'une solution classique dans un secteur nouveau”, RDT, 2021, s.390.

⁶² MEIFFRET, s.390.

⁶³ MEIFFRET, s.390; MOULY, s.232; GAUDU, s.1186; DESBARATS, s.309.

yılında eklenen L.1321-2-1 hükmü uyarınca “Diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılması veya şirketin düzgün işleyişinin sağlanması ile gerekçelendirilmesi ve ulaşılmak istenen hedefle orantılı olması kaydıyla iç yönetmelikte tarafsızlık ilkesini düzenleyen ve çalışanların inançlarını ifade etmelerini kısıtlayan hükümlere yer verilebilir”. Fransız hukukunda bir kamu hizmetinin ifasıyla ilgili alanlarda, böyle bir görevin özel hukuka ve kamu hukukuna tabi bir kişi tarafından yürütüldüğüne bakılmaksızın, laiklik ilkesinin bir gereği olarak tarafsız bir görünüm sağlanması zorunluysa, bu tür bir misyon gütmeyen tüm özel hukuk şirketleri ve örgütleri de belli koşulları yerine getirmek kaydıyla işyerinde dini sembollerin kullanımını sınırlandırabilir.⁶⁴

Fransız Yargıtay’ı da 2017 yılında verdiği bir kararda, şirket iç yönetmeliğinde yer alan, genel ve ayrımsız bir şekilde yasaklanmak kaydıyla işyerinde her türlü siyasi, felsefi veya dini işaretin kullanımını yasaklayan bir tarafsızlık kloxunun geçerli olduğuna hükmetmiştir⁶⁵. Ancak bu yasağın yalnızca müşterilerle doğrudan iletişim halindeki çalışanlar hakkında uygulanması gerekir⁶⁶. Öğretide bu içtihadın, başörtüsü karşıtı şirket yöneticilerini, hem din hem de cinsiyet açısından tarafsız şekilde hazırlanmış bir kıyafet yönetmeliği aracılığıyla, bu tür aksesuarları yasaklamaya teşvik edeceği haklı olarak ifade edilmektedir⁶⁷. Zira, iç yönetmelikte düzenlenen tarafsızlık klozu sayesinde işverenler, doğrudan ayrımcılığa ilişkin iddiaları kolayca bertaraf edebileceklerdir. Bu durumda düzenleme, ancak dolaylı ayrımcılığa yol açtığı takdirde geçersiz sayılacaktır⁶⁸. Görünüşte tarafsız olsa bile, bu tür düzenlemelerin genellikle toplumda azınlık durumundaki kişileri fiilen daha dezavantajlı konuma düşürme riski taşıdığı ise yadsınamaz bir gerçektir.

Fransız Yargıtay’ı tarafından 2020 yılında verilen bir diğer kararda, güvenlik danışmanı olarak çalışan bir işçi sakalını daha tarafsız bir görünümde olacak şekilde kısaltmayı reddettiği için işten çıkarılmıştır. İşçinin işten çıkarılmasının altında yatan asıl neden, Yemen’de bir pozisyonda görevlendirilecek olması ve şirketin müşterisi konumundaki üçüncü kişinin radikal islamcılara çok yakın tipte sakalı olan biriyle çalışmak istememesidir. İşveren, işçinin güvenlik danışmanı olarak çalıştırıldığı dikkate alındığında sakalını kesmesinin, yürütülen güvenlik işinin esaslı ve belirleyici bir gerekliliği olduğunu ve ulaşılmak istenen amaçla orantılı olduğunu ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme, işverenin müşterilerle doğrudan iletişim halindeki çalışanlar bakımından dini sembol kullanımını yasaklayan bir tarafsızlık kloxuna geçerli olarak yer verebileceği yönündeki içtihadını yineledikten sonra, şirket iç yönetmeliğinde böyle bir düzenlemenin bulunmadığına, bu durumda işçinin din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin ancak esaslı ve belirleyici bir mesleki gereksinimi karşılaması halinde geçerli olabileceğine, ne var ki bunun işverenin müşterinin özel isteklerini dikkate alma isteği gibi sübjektif hususları kapsamadığına, somut olayda işverenin işçinin görevinin ifası sırasında sakal bırakmasının ne gibi güvenlik riskleri doğuracağını somut olarak ortaya koyamadığına, feshin ayrımcılık yasaklarını ihlal ettiğine ve geçersiz olduğuna hükmetmiştir⁶⁹.

Yargıtay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise, davacı dini inançlarından ötürü özel yaşantısında cübbe ve takke giydiğini, sünnet sakalı uzattığını, kendisinin ve birçok arkadaşının uzun süredir sorunsuz bir şekilde çalışmakta iken nedensiz bir önyargı oluştuğunu ve çalışanlara psikolojik baskı yapılmaya başlandığını, disiplin cezaları uygulandığını, işe alınmayıp haklarında devamsızlık tutanağı tutulduğunu, bu şekilde ya iş akitlerinin feshedildiğini veya istifa etmelerinin sağlandığını, din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Mahkeme, davacı hakkında aşırı sakal uzatma, kılık, kıyafet ve işyeri güvenliği kurallarına uymama nedenleriyle 2 kez kınama cezası verildiğini belirttikten sonra, işverenin işyerinde çalışma düzen ve disiplini sağlamakla ilgili kararlar almasının yönetim hakkının gereği olduğuna, davalının yayınladığı talimatname ile işyerinde uyulması gereken kılık kıyafet kuralları ile sakal boyunun düzenlenmesinin kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir⁷⁰. Öğretide Bedük, işverenin işçiden sakalının tamamını kesmesini istemediği, yalnızca müşteri çevresine ve işyeri imajına zarar vermemesi için kısaltılmasını istediği, bu durumun işçinin kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirilemeyeceği

⁶⁴ DESBARATS, s.309.

⁶⁵ C. Cas., C.S., n° 2484 du 22.11.2017 (13-19.855), N.6.

⁶⁶ MEIFFRET, s.390.

⁶⁷ LEMPEN, s.36.

⁶⁸ MEIFFRET, s.390.

⁶⁹ C. Cas., C.S., 8 juillet 2020, n° 18-23.743 (Daloz). Satış temsilcisi olarak çalışan başörtülü bir işçinin işten çıkarılmasına ilişkin benzer bir karar için bkz. C. Cas., C.S., 14 avril 2021, n°19-24.079.

⁷⁰ Y. 7. HD., E. 2014/18048, K. 2015/12110, T. 15.6.2015.(Kazancı) (Erişim Tarihi: 07.09.2021)

gerekçesiyle isabetli bulmaktadır⁷¹. Kanımızca burada işverenin sakal kullanımını sınırlandırmasının meşru bir nedene dayanıp dayanmadığı daha detaylı bir incelemeyi gerektirir. Ne var ki kararda işyerinde sakal yasağı getirilmesi, tartışmasız yönetim hakkı kapsamında kabul edilmiştir.

İşverenin tarafsız bir imaj yaratmak istemesinin tek başına, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının haklı gerekçesini oluşturmadığı kanaatindeyiz. Bize göre, yalnızca tarafsız olma isteğinden kaynaklanan bir düzenleme, özellikle AİHS m. 8-11'de düzenlenen haklar bakımından özel önem taşıyan, demokratik toplumun gereklerine uygun olma şartını ihlal eder. Demokratik toplum, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik öğelerini içine alan, özgürlükçü demokrasinin vazgeçilmez koşullarını oluşturan, farklılıkların bir arada olabileceği ve bireylerin bu farklılıklar nedeniyle ayrımcı müdahalelere maruz kalmadıkları, dini veya özel hayata ilişkin tercihlerini diledikleri gibi yaşayabilecekleri ve ifade edebilecekleri bir toplumdur⁷². Demokratik toplumda yaşayan işverenler ve müşteriler de dahil herkes, farklı dini inanca sahip kişilere saygı göstermekle yükümlüdür. Bunun da ötesinde, işveren işçiyi gözetme borcu çerçevesinde müşterilerden gelecek kişilik hakları ihlallerine karşı işçiyi korumakla yükümlüdür⁷³. Ayrıca, işyerinde çalışan bir veya birkaç işçinin dini inancı gereği sakal bırakması, türban, haç veya kipa takması, işletmenin dini görüşünün de bu yönde olduğu biçiminde yorumlanamaz. Aksine işyerinde farklı inanç gruplarından kişilerin bir arada çalışması, çalışanların çeşitliliği sayesinde işverenin farklı kesimlerden müşterilerin beklentilerini daha iyi anlamasını, grup çalışmalarında farklı görüşlerden kişilerin katılımı sayesinde konunun her yönüyle ele alınabilmesini, şirketin özel yaşam ve dini inançlar konusundaki esnek tutumu sayesinde çalışanlar nezdinde daha çekici hale gelmesini sağlar⁷⁴. Bu itibarla, işveren şirkete ne gibi bir zarar verdiğini somut olarak ortaya koymadan işçilerin dini sembol taşımalarını yasaklayamaz⁷⁵.

Kanımızca, işverenin ekonomik zarara uğrama kaygısı tek başına işçinin sakal bırakma özgürlüğüne müdahalenin haklı gerekçesini oluşturmaz. Aksi bir düşünce, şirketin ticari çıkarlarının insan onurunun önüne geçebileceği, çoğulculuk ilkesinin kağıt üstünde kalacağı çok tehlikeli bir eğilime yol açar⁷⁶. Buna karşılık, işletmenin eğilimli işletme olması ya da yürüttüğü faaliyetin niteliği gereği tarafsız bir imaj sergilemesinin gerekli olması, bu sebeple çalışanların dini sembol taşımalarının şirkete zarar vereceğinin somut olarak ispatlaması durumunda işverenin bu tür bir yasak getirmesi meşru kabul edilebilir. Örneğin Fransız hukukunda, eğitim faaliyetlerinin yürütüldüğü laik eğitim ve öğretim kurumlarında, yürütülen faaliyetin niteliği ve hassasiyeti gereği tarafsızlık klotu getirilebileceği haklı olarak ifade edilmektedir⁷⁷.

Fransız öğretisinde de, işverenin tarafsız bir imaj yaratmak istemesinin, tek başına sınırlamayı meşru kılan bir sebep olarak değerlendirilmemesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Buna göre, her somut olay bakımından işverenin bu düzenlemeyi getirmekteki yararı ile işçinin dini inancını açıklamaktaki menfaati değerlendirilerek, karşılıklı menfaatler arasında bir denge kurulmalıdır. Yapılan değerlendirmede işçinin dini inancını açıklama özgürlüğünün daha ağır basması halinde, işveren tarafından getirilen yasak geçersiz sayılmalıdır⁷⁸.

Eweida v. Birleşik Krallık davasında da AİHM, işverenin kurumsal imajını belirleme özgürlüğü karşısında işçinin din ve vicdan özgürlüğüne üstünlük tanımıştır. Davaya konu olan olayda, özel bir hava yolu şirketinde hostes olarak çalışan başvuru, haç şeklindeki kolyesini gizlemeyi reddetmesi ve üniformasız çalışabileceği bir görevi kabul etmemesi üzerine ücretsiz izne çıkartılmıştır. Mahkeme, olayda başvuruçunun dini inancını açıklama özgürlüğü ile işverenin şirket imajı oluşturma menfaatinin çatıştığını ifade ettikten sonra, ulusal mahkemeler tarafından şirketin çıkarlarına, başvuruçunun din ve vicdan özgürlüğüne oranla çok fazla önem verildiğini ve temel hak ve özgürlükler arasındaki dengenin başvuruçusu aleyhine bozulduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre, her ne kadar işverenin müşterine karşı kurumsal bir imaj oluşturmak istemesi, meşru bir amaç olsa da dini inancını hayatının merkezine koyan bir kişi için, bu inancı başkalarına aktarabilmek büyük önem taşır ve çoğulcu bir toplumda bu gibi isteklerin hoş karşılanması gerekir.

⁷¹ BEDÜK, s.1375.

⁷² ÇETİN, 2015, s.75; RIGGINS, s.990; Kamu görevlileri için getirilen, kılık kıyafet, saç, sakal ve makyaja ilişkin düzenlemelerin çoğulculuk ilkesine zarar verdiği ve ölçüsüz bir kısıtlama olduğu görüşünde bkz. KIZILYEL, s.300.

⁷³ ERTÜRK, s.88.

⁷⁴ SCIBERRAS, s.72.

⁷⁵ RIGGINS, s.1008.

⁷⁶ ADAM vd., s.532.

⁷⁷ GAUDU, s.1186; DESBARATS, s.309; Baby Loup kararı için bkz. C. Cas., C. S., 9 mars 2013, n°11-28.85.

⁷⁸ RIGGINS, s.1001.

Üstelik başvuruçunun taşıdığı kolye gösterişli olmadığı ve profesyonel görünüşünü zedelediğinden, bu kolyenin şirketin imajına zarar verdiği de söylenemez⁷⁹.

Bu noktada AİHM ve ATAD arasındaki görüş farklılığına da dikkat çekmenin faydalı olduğu kanaatindeyiz. Zira, Eweida kararında AİHM, ATAD'dan farklı olarak, işverenin tarafsız bir imaj yaratmak istemesini bir temel hak ve özgürlük (i.e. girişim özgürlüğü) olarak değil, yalnızca meşru bir menfaat olarak nitelendirmiştir. Hal böyle olunca, işverenin meşru menfaatleri ile işçinin temel hak ve özgürlüklerinin çatıştığı bir konuda işçinin din ve vicdan özgürlüğüne ağırlık verilmiştir⁸⁰. Kanımızca bu içtihat, tarafsızlık gerekçesi altında sakal yasağı uygulanan pek çok işyeri bakımından da uygulanabilecek niteliktedir.

c. İş Sağlığı ve Güvenliği

İşyerinde işçilerin kılık ve kıyafetlerine müdahaleyi meşrulaştıran bir diğer neden, iş sağlığı ve güvenliği gerekleridir. Bu durumda sınırlama, kanunun verdiği yetkinin kullanılması ile daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararın korunması haklı nedenine dayanır⁸¹. TBK m. 417/II uyarınca işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. Bu itibarla işveren, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla işçilerin belli koruyucu kıyafetleri giymeleri, saç, sakal ve tırnak boylarının belli uzunlukta olması konusunda düzenleme yapabilir⁸².

Fransız hukukunda da işverenlerin, işçilerin sağlığını ve güvenliğini sağlamak amacıyla işyerindeki kılık ve kıyafet kurallarını düzenleyebilecekleri, bu kapsamda işyerinde dini sembol kullanımını yasaklayabilecekleri kabul edilmektedir⁸³. Zira, işçiler dini inançlarına bakılmaksızın iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uymakla yükümlüdür. İşçinin dini görüşü, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuatta ona özgü bir istisna tanınmasını haklı çıkarmaz⁸⁴.

Sakal yasağının işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla getirildiği durumlarda, işçi bu kurala uymakla yükümlüdür. Örneğin, sakalın belli bir uzunluğu geçmesi halinde torna tezgahına sıkışması ihtimali varsa, işveren işçiden sakalını tehlike yaratmayacak ölçüde kısaltmasını isteyebilir. Yine işveren, yanıcı ve yakıcı maddelerle çalışan bir işçiden, saç ve sakalını kesmesini isteyebilir. Ancak işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alırken, gözetme borcunun bir gereği olarak, işçinin temel hak ve özgürlüklerine en az müdahale eden önlemi tercih etmelidir. Bu kapsamda, sakalın alev alması riski, koruyucu elbise veya siperlikle önlenebiliyorsa, işveren işçiden sakalını kesmesini isteyemez. Bu durumda işveren, aldığı tedbirin maliyetini çalışanlara yansıtamaz (İSGK m. 4/IV).

2. Sınırlamanın Yöntemi

Sakal yasağına ilişkin bir düzenleme, işçinin işe alınması sırasında iş sözleşmesi ve iş yönetmelikte yer alabileceği gibi, bu yasak sonradan da getirilebilir. Bu durumda getirilen kural, işçiyi ciddi bir vicdan çatışması içinde bırakabilir. Ortaya çıkan vicdan çatışması, sözleşmenin kurulmasından sonra işçinin kişiliğinin olgunlaşmasının bir sonucu da olabilir⁸⁵. Örneğin, işyerinde sakal kullanımı uzun zamandır yasak olduğu halde, işçi dine yönelmesi sonucunda sakal bırakmaya karar verebilir.

İşçinin sakal bırakmasının çalışma koşullarında sonradan yapılan bir değişiklik ile yasaklanması durumunda, bu değişikliğin esaslı bir değişiklik sayılıp sayılmayacağına incelenmesi gerekir. Zira, İK m.22 uyarınca çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğin yürürlüğe girmesi belli şartlara tabidir. Buna karşılık, işveren yönetim hakkına dayanarak her zaman çalışma koşullarında esaslı olmayan nitelikte değişiklikler yapabilir⁸⁶. Kanımızca, haklı bir gerekçeye dayandığı ve ölçülü olduğu müddetçe işyerinde sakal kullanımının yasaklanması, yönetim hakkı kapsamında değerlendirilir. Bununla birlikte, sakal kullanımının uzun süredir serbest olmasına rağmen sonradan yasaklanması durumunda, işveren, işyeri ve iş düzeninde neyin değiştiğini ve yasağın zaruri hale geldiğini açıklamak zorundadır.

Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen bir olayda, davacı işçi 6 yıla yakın bir süredir şirkette çalışmakta iken yürürlüğe giren Kılık Kıyafet Talimatnamesi'nde erkek çalışanlara sakal traşı olarak veya sakalları bakımlı olacak şekilde işe gelmeleri, sakal bırakan veya belli şekilde sakal

⁷⁹ Eweida And Others v. The UK, 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10.

⁸⁰ RIGGINS, s.1016.

⁸¹ SEVİMLİ, s.232; ARSLAN DURMUŞ, s.152; CİVAN, s.162.

⁸² SEVİMLİ, s.231; BEYTAR, s.101; ARSLAN DURMUŞ, s.152. MOULY, s.232.

⁸³ MEIFFRET, s.390; SCIBERRAS, s.72.

⁸⁴ ADAM vd., s.532.

⁸⁵ GLOOR, s.289.

⁸⁶ SÜZEK, s.673.

tercih eden çalışanların sakallarının düzenli olarak bakımlarının yapılması yanı sıra ortalama 1 cm'den uzun olacak şekilde sakal bırakılmaması zorunluluğu getirilmiştir. Bu kurala uymayan davacıya iki kez disiplin cezası verilmiş, akabinde iş sözleşmesi feshedilmiştir. Davacı, şirketin müşterilerle doğrudan ilişkisi olmayan üretim sahasında, mavi yakalı olarak çalışmaktadır. İlk derece mahkemesi, davacının işe iade talebini reddetmiş, karar Yüksek Mahkeme tarafından onanmıştır. Ancak karşı oy yazısında, davacı işçinin söz konusu yönetmelik öncesinde sorunsuz bir şekilde işe devam ettiği, tarafların ortaya çıkan anlaşmazlık bakımından iş sözleşmesinin kurulması sırasında birbirlerinin taleplerinden habersiz oldukları, davacının dini inancı gereği sakal bıraktığı, işyerinin vizyonunu etkileyecek herhangi bir pozisyonda çalışmadığı ve sakal bırakmasının iş sağlığı ve güvenliği açısından herhangi bir sakınca yaratmadığı gerekçesiyle, işe iadesine karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁷. Bu görüşlere katılmamak mümkün değildir. Zira, görevi işyerinde üretilen filtreleri taşımak olan, tulumu, bot ve baret ile çalışan bir işçiye sakal yasağı getirilmesinin hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Ayrıca, düzenleme işçi 6 senedir sorunsuz olarak işyerinde çalıştığı sırada getirilmiş, işçi sonradan böyle bir yükümlülük altına sokulmuştur. Kanımızca, işçinin yaptığı görev, işin gerekleri, işyerinin niteliği gibi konularda hiçbir değişiklik yaşanmamışken, sonradan sakal bırakma özgürlüğüne yapılan bu müdahale geçersiz sayılmalıdır.

III. İŞÇİNİN SAKALINI KESMEMESİ NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

İşçinin işyerinde sakal bırakma hakkının sınırlandırılması, işçinin temel hak ve özgürlükleri ile işverenin yönetim hakkının çatıştığı çok yönlü bir konudur. Yapılan değerlendirme sonucunda, işyerinde sakal kullanımının yasaklanabileceği sonucuna ulaşırsa, bu kurala uymayan işçinin iş sözleşmesinin feshi gündeme gelir. Çalışmamızın bu bölümünde sakal yasağına aykırılık nedeniyle iş sözleşmesinin feshi incelenecektir.

A. Haklı Nedenle Derhal Fesih

İşçinin işveren tarafından getirilen kılık kıyafet yönetmeliğine uyma yükümlülüğü, itaat borcu kapsamındadır⁸⁸. Bu itibarla, işçinin işyerinde sakalı yasaklayan geçerli bir düzenlemeye uymayı reddetmesi itaat borcunu ihlal eder. Bu durumda işçinin itaat borcunu ihlal eden davranışının geçerli mi yoksa haklı neden mi ağırlığında olduğunun belirlenmesi gerekir. Somut olaydaki ihlalin ağırlığına göre feshin, İK m. 18'de düzenlenen işçinin davranışları yahut İK m. 25/II(e) bendinde düzenlenen işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. İşçinin sakalını kesmeyi reddetmesinin haklı neden ağırlığında kabul edilebilmesi için, işverenin ihlal edilen menfaatinin ağır nitelikte olması ve işçinin traş olmayı reddetmesinin sözleşmeye devamı çekilmez hale getirmesi gerekir⁸⁹. Her bir somut olay bakımından farklı sonuca ulaşmak mümkün olmakla birlikte, kanımızca işçinin sakalını kesmemesinin haklı neden ağırlığında olduğunu söyleyemek çoğu durumda zordur. Bununla birlikte, eğilimli bir işletmede misyon görevlisi olarak çalışan bir işçinin, çalıştığı işletmenin misyonuna aykırı davranışlarda bulunması ve işverenin tüm ikazlarına rağmen bu tutumunu sürdürmesi halinde, iş sözleşmesi İK m. 25/II(e) uyarınca haklı nedenle derhal feshedilebilir.

Belirtmek gerekir ki, işçinin sakal yasağını ihlal etmesi İK m. 25/I(h) bendinde düzenlenen işçinin yapmakla görevli bulunduğu ödevleri kendisine hatırladığı halde yapmamakta ısrar etmesi kapsamında değerlendirilemez. Zira, İK m. 25/I(h) bendi işçinin iş görme borcu kapsamında yer alan görevleri yerine getirmemesiyle ilgilidir⁹⁰. İşyeri düzeni kapsamında yer alan sakal yasağına uyma borcu ise işçinin itaat borcu kapsamında yer alır. Bununla birlikte, bu durumda kıdem tazminatını alarak işten ayrılmak isteyen bir işçi, ısrarla bu kuralı ihlal etmek suretiyle kanuna karşı hile yoluna başvurabileceğinden, feshin İK m. 25/II(e) bendinde düzenlenen doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış kapsamında değerlendirilmesi mümkündür⁹¹.

İşyerindeki sakal yasağının, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli bir önlem niteliğinde olması halinde ise işveren, İK m. 25/I(1) bendinde düzenlenen işçinin kendi isteği veya savaşması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir⁹². Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında ikaz, ihtar ve yevmiye kesintisi cezalarına rağmen sakalını kesmemekte ısrar eden bir işçinin aşçı olmasından bahisle, sakal

⁸⁷ Y.7.HD., E. 2013/19270, K. 2013/22249, T. 16.12.2013.(Kazancı) (Erişim Tarihi: 07.09.2021)

⁸⁸ BEDÜK, s.1394.

⁸⁹ Bu ayırım için bkz. SÜZEK, 556; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.565; SAVAŞ, F. Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta, İstanbul 2012, s.64; KESER, s.15-20.

⁹⁰ SAVAŞ, s.117.

⁹¹ CİVAN, S.167.

⁹² SEVİMLİ, s.265; BEDÜK, s.1396; CİVAN, s.166.

bırakmasının sağlık koşulları ve gördüğü işin niteliği ile bağdaşmadığına ve işverenin feshinin haklı nedene dayandığına karar vermiştir⁹³.

B. Geçerli Nedenle Fesih

İşçinin işyerinde uygulanan sakal yasağına uymaması nedeniyle iş sözleşmesinin feshi çoğu durumda işverenin geçerli nedenle fesih hakkının doğmasına neden olacaktır. Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında, işçinin traş olmayı reddetmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığını kabul etmektedir. Örneğin bir uyuşmazlıkta davacıya, işverence yapılan toplantıya gelmemesi nedeniyle uyarı, traş olmadığı, kimlik takmadığı için kınama, diğer bir tarihte traş olmadığı ve işe sivil kıyafetle geldiği için ücret kesimi, bir diğer tarihte yine sakal traş olmaması ve sivil kıyafetle işe gelmesi yüzünden kınama cezası uygulanmış ve son olarak sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir. Yüksek Mahkeme, işçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde asli edim yükümlülükleri yanında, yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlerin de dikkate alınacağını belirttikten sonra, yaptığı iş gereği sürekli insanlarla yüz yüze bulunan işçinin söz konusu davranışının haklı neden ağırlığında olmasa bile geçerli neden ağırlığında olduğuna karar vermiştir⁹⁴.

Yargıtay eski tarihli bir diğer kararında davacının işe girdiği sırada yürürlükte bulunmayan işyeri yönetmeliğinde, kılık kıyafet, tıraş bıyık ve sakalla ilgili işverence alınan ve işin gereği olarak verilen sözlü ve yazılı emir ve talimatlara uymamasının yaptırımın ihtar cezası olarak belirlendiğini, davacının bıyık bırakmasının aynı yönetmelikte işten çıkarmayı gerektiren durumlar arasında sayılmadığını, bu durumun işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaması olarak değerlendirilemeyeceğini belirttikten sonra, bunun geçerli neden olarak kabul edilerek, iş sözleşmesinin ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek sona erdirilebileceğine karar vermiştir⁹⁵.

Diğer bir uyuşmazlıkta, iş sözleşmesi ve eklerinde sakal bırakmanın yasak olduğuna dair bir düzenleme bulunmadığı halde, işyerinde yapılan bir duyuru ile çalışanlara sakal bırakmanın yasak olduğu bildirilmiştir. Davacı, bir katılım bankasında ARGE bölümünde proje yöneticisi olarak çalışmakta ve davalı şirketin katılım bankası olması sebebiyle islami yaşayış tarzına müsaade etmesi ve rahatça dini vecibelerini yerine getirebilmesinden dolayı bu bankada çalıştığını ileri sürmektedir. Bunun gibi davacı, bankada bordrolu olarak çalışan danışma kurulu çalışanlarından bazılarının da sakallı olduğunu, bu durumun eşit davranma borcunu ihlal ettiğini iddia etmektedir. Mahkeme taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde sakal bırakmanın yasak olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmasa da, iş sözleşmesinde işçinin, işveren tarafından çıkartılmış ve çıkartılacak yönetmelik, genelge, sirküler talimat vb. gibi düzenlemelere uymayı kabul ve taahhüt ettiği şeklinde düzenleme bulunduğunu, yapılan duyuruyla sakal yasağının çalışanlara bildirildiğini, davacının bu bildirim ve yapılan uyarılara rağmen sakal bırakmaya devam ettiğini, davacının bu davranışının iş ilişkisini olumsuz etkilediği ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği anlaşıldığından, feshin geçerli nedene dayandığı kabul etmiştir⁹⁶. Kanımızca karar pek çok yönden tartışmaya açıktır.

Kararda işverenin işçilerin sakal bırakma hakkını sınırlandırmasının herhangi bir haklı gerekçeye dayanıp dayanmadığı tartışılmamıştır. Öncelikle getirilen yasağın hangi meşru temele dayandığı işveren tarafından ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde getirilen yasak keyfi kabul edilerek geçersiz sayılmalıdır. Zira, işverenin keyfi sebeplerle işçinin sakal bırakma hakkını sınırlandırabileceğini kabul etmek, işçinin din ve vicdan özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale niteliği taşır. Üstelik bir katılım bankasında ARGE bölümünde proje yöneticisi olarak çalışan bir işçinin dini inancı gereği sakal bırakması halinde, ne şirketin kurumsal imajının zedeleneceği ne işin, işyerinin düzeninin olumsuz yönde etkileyeceği ne de hijyen, iş sağlığı ve güvenliği gerekleri bakımından bir risk ortaya çıkacağını söylemek zordur.

Kararda, işyerinde diğer bazı işçilerin de sakal bıraktıkları halde çalışmaya devam ettikleri yönündeki iddiaya ilişkin bir değerlendirme ise bulunmamaktadır. Konu eşitlik ilkesi bakımından da ele alınmalı, işçiler arasındaki farklı muamelenin haklı bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Ayrımı haklı kılan bir neden yok ise, feshin eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmalıdır. Ayrıca işçinin dini inancı gereği sakal bırakması nedeniyle işten çıkarıldığı dikkate alındığında, yapılan feshin ayrımcılık yasaklarını düzenleyen İK m. 5 hükmünü de ihlal ettiği kabul edilmelidir.

⁹³ Y.9.HD., E. 1990/5978, K. 1990/9488, T. 21.09.1990.(Kazancı) (Erişim Tarihi: 01.09.2021)

⁹⁴ Y.9.HD., E. 2008/36431, K. 2009/18306, T. 29.6.2009.(Kazancı) (Erişim Tarihi: 03.09.2021)

⁹⁵ Y.9.HD., E. 2002/15937, K. 2003/3176, T. 6.3.2003.(Kazancı) (Erişim Tarihi: 03.09.2021)

⁹⁶ Y.9.HD., E. 2016/32606, K. 2017/21996, T. 21.12.2017.(Kazancı) (Erişim Tarihi: 01.09.2021)

Kararı inceleyen Caniklioğlu da, somut olayda işverenin işçinin sakalını yasaklamasını gerektirecek daha üstün bir menfaati bulunmadığı, işçinin çalıştığı birim dikkate alındığında sakalını kesmesini gerektirecek bir olumsuzluktan söz edilemeyeceği görüşündedir⁹⁷. Dulay Yangın da, işçinin din ve vicdan özgürlüğü ile işverenin yönetim hakkı arasında bir denge kurulurken, işçinin işyerindeki pozisyonu, müşterilerle doğrudan ilişki içinde olup olmadığı, işletmenin tarafsızlık politikası gözetip gözetmediği gibi hususların değerlendirilmesi gerektiğine işaret ederek, davacının müşterilerle fiziken temas halinde olmayan bir pozisyonda çalıştığını ve bankanın katılım bankası olması nedeniyle kurumsal imajının zedelenmesi tehdidi bulunmadığını, ayrıca yasağın sadece bir grup işçiye uygulanmasının eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ifade etmiştir⁹⁸.

Sakal yasağının geçerli olduğu durumda dahi, işveren fesih hakkını kullanırken eşit davranma borcuna uygun davranmakla yükümlüdür⁹⁹. Eşitlik, aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması, haklı veya objektif nedenler olmadıkça bir kişiye diğerine göre ayrıcalık tanınmaması ve bu kişiler arasında ayırım yapılmaması anlamına gelir. Bu yönüyle eşit davranma borcu nispi nitelik taşır¹⁰⁰.

Eşit davranma borcu, işverenin tüm işçilerine aynı davranması anlamına gelmez. İşveren yalnızca birbiriyle karşılaştırılabilir nitelikte, aynı veya benzer durumda olan işçilere farklı işlem yapmamakla yükümlüdür¹⁰¹. Bunun gibi, işverenin fesihte eşit davranma borcundan söz edilebilmesi için feshe konu olayların zaman birliği içinde meydana gelmesi gerekir¹⁰². İşverenin iki işçi arasında ayırım yapması haklılaştırılabilir bir sebebe dayanıyorsa, eşit davranma borcunun ihlal edildiği ileri sürülemez. Öğretide farklı muameleyi haklılaştıran sebeplere, işletmede söz konusu işçiye duyulan ihtiyaç, işçinin verimliliği, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi, disiplin cezası geçmişi, aynı nitelikte başka bir işçi bulmak konusundaki güçlük gibi sebepler örnek verilmektedir¹⁰³.

Sakal yasağının geçerli olduğu durumda, sakallı iki işçiden biri işten çıkarılırken, diğerinin iş akdinin feshedilmemesi, kural olarak eşit davranma borcunu ihlal eder. Ancak bunun için karşılaştırılabilir nitelikte iki işçinin söz konusu olması, olayların aynı veya yakın zamanda gerçekleşmesi ve işverenin farklı davranışını haklı kılan bir nedenin bulunmaması gerekir. Örneğin, iş sağlığı ve güvenliği gereklilikleri nedeniyle sakal yasağı uygulanan bir birimde çalışan işçinin sakalını kesmeyi reddetmesi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilirken, böyle bir risk oluşturmayan başka bir pozisyonda çalışan işçinin sözleşmesinin feshedilmemesi eşit davranma borcunu ihlal etmez. Bunun gibi, hijyen gerekleri nedeniyle sakal kullanımının yasaklandığı bir işyerinde mutfakta çalışan işçiler ile muhasebe departmanında çalışan işçiler arasında farklı uygulama yapılması mümkündür. Yargıtay da davacının bıyık bırakması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği eski tarihli bir kararında, işyerinde davacı ile aynı işi yapan bir işçinin işe girerken bıyıklarını kesmeyeceği şartını ileri sürdüğü ve işverence bu koşul kabul edilerek söz konusu işçi bıyıklı olarak aynı işte çalıştırıldığından, eşit davranma borcunun ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰⁴.

Kanımızca işverenin aynı pozisyonda çalışan ve sakalını kesmeyi reddeden iki işçiden birinin iş sözleşmesini feshederken, diğerinin iş sözleşmesini işletmede o işçiye duyulan ihtiyaç, işçinin verimliliği, aynı nitelikte başka bir işçi bulmak konusundaki güçlük gibi sebeplerle feshetmemesi eşit davranma borcunu ihlal eder. Bu tür gerekçeler, işçinin performansı ya da işletmesel gereklilikler nedeniyle yapılacak fesihlerde ayırımı haklı kılan nedenler olarak kabul edilebilir. Ancak, işçinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran bir uygulamanın söz konusu olduğu bu gibi durumlarda, bir işçinin sakalına göz yumulurken, diğerinin işten çıkarılması bu tür gerekçelerle haklı kılınamaz. Burada, işçinin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu müdahale ancak, işçilerin farklı departmanlarda çalışması, birinin çalıştığı departmanda hijyen ihtiyacının fazla olması vb. objektif gerekçelerle farklılaştırılabilir. İşçinin performansı, tecrübesi, kıdemi vb. subjektif gerekçeler sakal uygulamasının işçiler bakımından

⁹⁷ CANIKLIOĞLU, s.259; Aynı görüşte, CİVAN, s.177.

⁹⁸ DULAY YANGIN, s.2069.

⁹⁹ SÜZEK, s.465; Aksi görüşte, ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.441; Bu konuda bkz. YILDIZ, s.248 vd; SUR, Melda: “İş İlişkinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil, (37), 2017, s.42; AYKAÇ, Hande Bahar: “Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, XII Levha, s.78-95.

¹⁰⁰ SÜZEK, 456; SUR, s.39; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.439; AYKAÇ, s.61.

¹⁰¹ AYKAÇ, s.63; ARSLAN DURMUŞ, s.149; ERTÜRK, s.112; Y.9.HD., E.2020/9093, K.2021/6337, T.17.3.2021; Aynı yönde, Y.9.HD., E.2020/9093 K. 2021/6337 T. 17.3.2021; Y.9.HD., E.2016/3906, K.2019/10613 T.13.5.2019; Y.9.HD., E.2015/28698 K.2018/22722 T.10.12.2018; Y.9.HD., E.2017/1905 K.2018/1595 T.5.2.2018. (Kazancı) (Erişim Tarihi: 03.09.2021)

¹⁰² SÜZEK, s.456; AYKAÇ, s.83.

¹⁰³ SÜZEK, s.457; YILDIZ, s.256; AYKAÇ, s.86.

¹⁰⁴ Y.9.HD., E.2002/15937, K.2003/3176, T.6.3.2003.(Kazancı) (Erişim Tarihi: 05.09.2021)

farklılaştırılmasının haklı bir gerekçesi olarak değerlendirilemez. Kaldı ki böyle bir durum, işçinin sakal bırakmasının işveren açısından iş sözleşmesinin devamını beklenemez veya çekilmez kılan bir neden olmadığını da gösterir.

Sakalını kesmeyi reddeden iki işçiden birinin geçmişte aldığı disiplin cezası olmaması ise ona daha hafif bir ceza verilmesini haklı kılabılır. Bu durumda işveren, sürekli olarak disiplin kurallarını ihlal eden bir işçinin sözleşmesini feshederken, diğer işçiye ilk etapta sakalını kesmesi yönünde uyarı veya kınama cezası verebilir.

Son olarak, sakal bırakmalarındaki saike dayanarak işçiler arasında farklı muamele yapıp yapılamayacağını tartışılması gerekir. Örneğin işveren dini inancı gereği sakal bırakan bir işçinin iş sözleşmesini feshetmezken, kendisini sakallı beğendiği için sakalını kesmeyi reddeden bir işçiye işten çıkabilir mi? Temel hak ve özgürlüklerin hiçbirisi diğerine üstün değildir. Ancak, işinin sakal bırakma sebebi, ölçülülük ilkesinin denetiminde belirleyici olabilir. Örneğin, işçinin yüzündeki yara izini gizlemek için sakalını kesmek istememesi halinde, işverenin bu özgürlüğe müdahalesinin ancak çok haklı birtakım sebeplerle mümkün olabileceği kabul edilebilir. Bu itibarla, işçinin sakal bırakma sebebi ile işverenin sakal kullanımını yasaklama gerekçesi her olay bakımından değerlendirilmesi gereken bir konudur.

IV. SONUÇ

İşçinin işyerinde sakal bırakmak istemesi, onun din ve vicdan özgürlüğü, özel hayata saygı hakkı ve ifade özgürlüğü içinde yer alan bir temel hak ve özgürlüktür. İşveren, işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü kapsamında işçinin kişilik haklarını zedeleyen davranış ve işlemlerden kaçınmak zorundadır. İşveren getireceği düzenlemelerle kural olarak işçilerin işyerinde sakal bırakmasını yasaklayamaz. Bu hakkın yönetim hakkına dayanarak sınırlanması, ancak işverenin sınırlamayı bir yasal temele veya daha üstün nitelikte bir özel veya kamusal yarara dayandırması halinde mümkün olur.

İşyerindeki üretim veya hizmet sürecine herhangi bir etkisi yoksa, iş sağlığı ve güvenliği bakımından bir tehlike veya işin işleyişi bakımından herhangi bir olumsuz sonuç yaratmıyorsa işveren işçinin sakal bırakmasını yasaklayamaz. Bu itibarla, işverenin tarafsız bir imaj yaratmak istemesi, tek başına işçinin sakal kullanma hakkının sınırlanmasının gerekçesi olamaz. Aksi bir düşünce çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik öğelerini içine alan demokratik bir toplumda kabul edilemez. Üstelik, işçinin dini inancı gereği sakal bırakması işletmenin dini görüşünün de bu yönde olduğu biçiminde yorumlanamaz. Bu sebeple, işveren şirkete ne gibi bir zarar verdiğini somut olarak ortaya koymadan işçilerin sakal bırakma hakkına müdahale edemez. Ancak, işverenin eğilimli işletme olması ya da yürüttüğü faaliyetin niteliği gereği tarafsız bir imaj sergilemesinin zorunlu olması ve çalışanların sakal bırakmasının şirkete zarar vereceğinin somut olarak ispatlaması durumunda işveren bu tür bir yasak getirebilir.

İşyerinde getirilen sakal yasağının haklı bir gerekçeye dayanması halinde dahi yapılan müdahalenin ölçülü olması gerekir. Örneğin, hijyen gerekleriyle sakalın yasaklanması durumunda bu risk, bone veya maske takılması gibi işçinin temel hak ve özgürlüklerine daha az müdahale eden bir yöntemle giderilebiliyorsa, işveren işçiden sakalını kesmesini isteyemez.

Getirilen sakal yasağının haklı bir gerekçeye dayanması durumunda, bu yasağa uymayan işçi itaat borcunu ihlal etmiş sayılır. Bu durumda işveren, somut olayın ağırlığına göre işçinin iş sözleşmesini geçerli veya haklı nedenle feshedebilir. Her bir somut olay bakımından farklı sonuca ulaşmak mümkün olmakla birlikte, işçinin sakalını kesmemesi çoğu durumda geçerli nedenle feshe konu olur. Bununla birlikte, eğilimli bir işletmede misyon görevlisi olarak çalışan bir işçinin, tüm ikazlara rağmen çalıştığı işletmenin misyonuna aykırı davranışlarda bulunması veya işçinin sakalını kesmeyi reddetmesinin kendisi ve diğer çalışanlar için iş kazası riski yaratması gibi durumlarda sözleşme haklı nedenle derhal feshedilebilir.

İşveren işçinin sakalını kesmemesi nedeniyle iş sözleşmesini feshederken, eşit davranma borcuna uygun davranmakla yükümlüdür. Ancak iki işçi arasında ayrımı haklı kılan bir sebep varsa, işçi sakalını kesmeyi reddeden iki işçiden birinin sözleşmesini feshederken, diğerine daha hafif bir ceza verebilir. Bununla birlikte, işçinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan bir düzenlemeye uymayı reddetmesi nedeniyle işten çıkarılması halinde, işletmede o işçiye duyulan ihtiyaç, işçinin verimliliği, aynı nitelikte başka bir işçi bulmak konusundaki güçlük gibi sebepler ayrımı haklı kılan sebepler arasında değerlendirilmemelidir.

KAYNAKÇA

- ADAM, Patrice: “Entreprise sans foi...ni volie?”, RDT, 2011, s.182.
- ADAM, Patrice vd. : “La religion dans l’entreprise L’art (difficile) des limites”, RDT, 2016, s.532.
- ARSLAN DURMUŞ, Seda: “İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkinine Etkisi, DEÜHFD, 25(42), 2020, s.135-168.
- AYKAÇ, Hande Bahar: “Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, XII Levha, s.47-133.
- BEDÜK, M. Nusret: “İşçinin Kılık Kıyafetinin İş İlişkinine Etkisi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 16(64), 2019, s.1369-1410.
- BEYTAR, Erbil: İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması, XII Levha, 2018.
- BİRBEN, Erhan: İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, XII Levha, s.135-169.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı” Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, XII Levha, s.185-368.
- CİVAN, O.Ersun: İşçinin Yan Yükümlülükleri, Beta, 2021.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta, 2020.
- ÇETİN, Evra: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, XII Levha, İstanbul 2015.
- ÇETİN, Evra: “Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5, Seçkin, 2015, s.75-136. (2015)
- DESBARATS, Isabelle: “De la Neutralité des lieux de travail”, RDT, 2015, s.309.
- DULAY YANGIN, Dilek: “İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı”, Çalışma ve Toplum,(3), 2019, s.2049-2071.
- ERTÜRK, Şükran: İş İlişkinde Temel Haklar, Seçkin, 2002.
- GLOOR, Werner: “Le conflit de conscience du travailleur”, Revue de droit du travail et d’assurance-chômage, (4), 2020, s.283-299.
- GAUDU, François: “L’entreprise de tendance laïque”, Droit social, 2011, s.1186.
- GAUDU, François: “Droit du travail et religion”, Droit social, 2008, s.959. (2008)
- KESER, Hakan: “İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi”, Sicil(37), 2017, s.9-32.
- KIZILYEL, Serkan: “Kamu Görevlilerinin Kıyafet Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(3), 2016, s.283-303.
- LEMPEN, Karine: “Travail, genre et religion: Le port du hijab en Europe”, Recht, Religion und Arbeitswelt, éd. Stöckli, Andreas/Kühler, Anne/Hafner, Felix/Pärli, Kurt, Zürich, 2020, s.33-71.
- MANAV, Eda: “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiyedeki Uygulamalar, DEÜHFD, 15(Özel Sayı), 2013, s.731-779.
- MEIFFRET, Kristel: “Discrimination et port du voile dans la vente de prêt-à-porter : déclinaison d'une solution classique dans un secteur nouveau”, RDT, 2021, s.390.
- MOULY, Jean: “Le port de la barbe par un travailleur peut-il être une manifestation de ses convictions religieuses ou politique? Droit Social, 2021, s.232.
- OKUR, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Düşüncelyi Açıklama Özgürlüğü”, Kamu-İş, 8(4), 2006, s.1-47.
- ÖKTEM SONGU, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, DEÜHFD, 15(Özel Sayı), 2013, s.609-650.
- RIGGINS, Shannon: “Limitations on the Right to Manifest Religion in European Private Companies: Achibata v. G4S Secure Solutions NV Under Article 9 of the ECHR and Article 18 of the ICCPR”, American University International Law Review, 33(4), s.976-1016.
- SAVAŞ, F. Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta, 2012.
- SAVATIER, Jean: “Libertés du salarié. Restrictions à la liberté vestimentaire. Conditions de licéité”, Droit Social 2002, s.110.
- SCIBERRAS, Jean-Christophe: “Travail et religion dans l’entreprise: une cohabitation sous tension”, Droit Social, 2010, s.72-75.
- SEVİMLİ, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal, 2006.
- SUR, Melda: “İş İlişkinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil, (37), 2017, s.33-51.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınları, 2020.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz: İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Oniki Levha, 2019.
- YILDIRIM, İdil: Türkiye’de İşçinin İnanç Özgürlüğünün Değerlendirilmesi, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 30(5), 2016, s.1017-1029.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin, 2008.

COVID-19 PANDEMİSİ GÖLGESİNDE YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKI VE UYGULAMASI

ANNUAL PAID LEAVE RIGHT AND ITS EXERCISE IN THE SHADOW OF THE COVID-19 PANDEMIC

F. Burcu SAVAŞ KUTSAL* & Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**

Makale Bilgi

Gönderi: 07/06/2021
Kabul : 06/12/2021

Anahtar Kelimeler

Covid-19,
Pandemi,
Yıllık Ücretli İzin.

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.949003>

Modern zamanların en ciddi insani, ekonomik ve sosyal krizini yaşadığımız bu günlerde, iş ilişkileri de bundan nasibini almıştır. Sadece ülkemizde değil dünya genelinde salgın nedeniyle üretim faaliyetleri ciddi yavaşlama göstermiş, birçok sektör ağır hasar görmüştür. Yaşanılan olumsuzlukları en aza indirmek ve muhtemel hak kayıplarını önlemek amacıyla alınan idari, hukuki ve mali önlemlerin yanı sıra işçi ve işverenler de taraflarını teşkil ettikleri iş ilişkilerinin devamını sağlamaya yönelik birtakım çarelere başvurmuşlardır. Bu kapsamda uygulamada sıklıkla başvurulanan çarelerden biri de yıllık ücretli iznin pandemi ile mücadele aracı olarak kullanılması olmuştur. İlk bakışta işletmeler ve hükümet kaynakları üzerindeki ekonomik etkiyi azaltan ve her iki tarafın da menfaatine uygun bir çare ile karşı karşıya olunduğu izlenimi hasıl olsa da durum gerçekten böyle midir? Çalışmamızda, söz konusu yöntemin hukuka uygunluğu, yıllık ücretli izin kurumunun hukuki temeli, amacı ve işlevi ışığında öğretilerdeki görüşlere, Fransız ve Alman Hukuku uygulamalarına ve ILO'nun konuya yaklaşımına yer verilerek suretiyle incelenmiş, böylelikle sorunun cevabı verilmiştir.

Article Info

Received: 07/06/2021
Accepted: 06/12/2021

Keywords

Covid-19,
Pandemic,
Annual Paid Leave.

Abstract

Nowadays while we are experiencing the most serious human, economic and social crisis of modern times, employment relationships have also been affected negatively by this. Due to pandemic worldwide, production activities have slowed down significantly, and many sectors have been heavily damaged. In addition to the administrative, legal and financial measures taken in order to minimize the negativities and prevent possible loss of rights, employees and employers have also taken some measures to ensure the continuity of the employment relationships. In this context, one of the methods frequently used in practice is the exercise of annual paid leave right as a means of combating the pandemic. At first sight it appears that we are dealing with a remedy that reduces the economic impact on enterprises and government resources and is in the interests of both sides, is this really the case? In this study, the legal compliance of this method was evaluated in the light of the legal basis, purpose and function of the annual paid leave institution, by referencing the views in the doctrine, the French and German Law practices, and the ILO's approach to the subject, thus the answer to this question was given.

 Bu eser Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

** Doç. Dr., İbn Haldun Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: SAVAŞ KUTSAL F. Burcu/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, "Covid-19 Pandemisi Gölgesinde Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Uygulaması", İnÜHFD, 12(2), 2021, s.737-753. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

Nowadays while we are experiencing the most serious humanitarian, economic and social crisis of modern times, employment relationships have also been affected negatively by this. In addition to the administrative, legal and financial measures taken in order to minimize the negativities and prevent possible loss of rights, employees and employers have also tried to find solutions to ensure the continuity of the employment relationships. In this context, one of the frequently used methods in practice is the exercise of annual paid leave right as a solution especially at the beginning of the pandemic.

At first sight it appears that we are dealing with a measure that reduces the economic impact on enterprises and government resources and is in the interests of both sides ("win-win"). However, it is necessary to consider and evaluate the issue in terms of the legal basis, purpose and function of the annual paid leave institution. In this manner, not only the legality of this method will be revealed but also the potential conflicts in the future will be resolved.

Right to rest which is a recognized right for all employees has found its constitutional expression in the article 50 titled "working conditions and the right to rest" of the Constitution. In this article it is stated that employees have the right to rest and stipulated that this right involves weekends, national holidays and general holidays, and annual paid leave that the conditions will be regulated by law. The legislator has made various regulations in this way as per her duty.

As stated in the doctrine, annual paid leave consists of two elements: "free time or leave" given to the employee for rest and "wage" of this free time or leave period. Again, as it is accurately stated in the doctrine, while the annual paid leave is an inalienable, nonforfeitable and personal right for the employee, it is an obligation for the employer.

As a result, it is necessary to consider the stated elements and qualifications of the annual paid leave institution during the interpretation and implementation of the relevant provisions in our legislation. Generally leave in advance is not regulated in our legislation. However, the use of advance leave is allowed in the collective leave application. Employers applied for collective leave for precautionary purposes by the effect of the first official Covid case in our country was seen close to the period when collective leave was allowed. In the doctrine, it has been found appropriate that employees who have not yet gained the right to annual paid leave are also included in the scope of collective leave and taken on leave in this period. In our opinion, considering the conditions of the pandemic period, it is possible to apply a collective annual leave and to give an advance leave in this context.

Apart from collective leave application, the use of advance leave does not have a legal expression and basis in our legislation although that is frequently encountered in practice and supported by the doctrine. Therefore, it is only possible through the mutual agreement of the parties, employment contract or collective bargaining agreement. On the other hand, during the pandemic period employers forced employees to take leave in advance. In the doctrine, the use of advance leave is positively approached during this period, regarding many different reasons. However, our opinion is that advance leave is incompatible with the definition and purpose of annual paid leave. The fact that it is seen in practice and sometimes in line with the interests of the employees should not give legitimacy and validity to this practice, which has no legal basis. Moreover, the acceptance that the advance leave application is valid during the pandemic period brings up other problems.

In fact, the length of the waiting period to qualify for annual leave and the lack of a regulation allowing use of partial leave are the reasons for these problems. Therefore, in our opinion, it would be more appropriate to introduce a regulation that allows the use of partial leave with a legal change that removes or reduces the waiting period.

In Turkish doctrine it is mostly accepted that there is no legal obstacle for employers to force employees to take annual leave regarding pandemic period. Because it is considered that the authority to determine the dates of annual paid leave is within the scope of the right of direction. It is seen that administrative authorities also gave similar opinions and recommendations for the pandemic period. The view that we can characterize as a minority in the doctrine and which we defend, opposes the unilateral forcing of employees to taking annual paid leave by employers and claims that this constitutes an abuse of the right.

The employer should not be able to send the employees on leave anytime decided, as the employee cannot use annual paid leave anytime decided. The employer should exercise his right to direction within the framework of the rule of honesty. In other words, the right in question has a limit and it constitutes a prohibition of abuse of the right. In addition, the use of this authority should only be possible with a request coming from the employee. In other words, it is not possible for the employer to unilaterally force employee to take paid annual leave without the consent or request of the employee. Otherwise, the limits of the right to management will be exceeded. This acceptance is in accordance with the basic principles of the annual paid leave institution that includes "annual leave cannot be divided and postponed", "annual paid leave cannot be waived" and "the obligation to use annual paid leave". In addition, it also complies with the provisions of the ILO Convention No. 132, although it has not been approved by our country yet. Moreover, in the "ILO Standards and Covid-19 (coronavirus) Frequently Asked Questions" published by the ILO on May 29, 2020, it has stated that the principles of the Convention are also valid during the pandemic period, and that the date of annual paid leave should be determined by the employee and the employer mutually.

Our opinion is valid in cases where the employee does not have a request or consent to use annual paid leave. There is no obstacle for the realization of request of the employees who gained or have accumulated annual paid leave.

I. GİRİŞ

Bilindiği üzere Covid-19 Pandemisi¹ ülke ekonomileri başta olmak üzere tüm hukuki ve idari sistemleri olumsuz yönde etkilemiş ve hâlâ da etkilemektedir. Ülkemizde ilk vakanın 11.03.2020 tarihinde tespit edilmesinden² sonraki süreçte her ne kadar bazı sektörlerde faaliyet artmış veya aynen devam etmiş olsa da, birçok işyerinde faaliyet ya tamamen durmuş ya da önemli ölçüde azalmıştır. Modern zamanların en ciddi insani, ekonomik ve sosyal krizinin yaşandığı pandemi dönemi³, iş ilişkilerini önemli ölçüde etkilemiştir. Mevcut olumsuzlukları en aza indirmek ve muhtemel hak kayıplarını önlemek amacıyla alınan idari, hukuki ve mali önlemlerin yanı sıra işçi ve işverenler de iş ilişkilerinin devamını sağlamaya yönelik bazı çözüm yöntemlerine başvurmuşlardır.

Özellikle de pandeminin ilk döneminde uygulamada sıklıkla başvurulmuş çözüm yöntemi işçilere hak ettikleri yahut hak edecekleri izinlerinden mahsup edilmek suretiyle yıllık ücretli izinlerinin kullandırılması olmuştur. Belirtmek gerekir ki, kısa çalışma ödeneği almayan veya alamayan işçiler bakımından yıllık iznin hemen uygulanması söz konusu olmuşken, ödenekten yararlanan işçiler açısından ise ödenek süresinin tamamlanmasından sonra hayata geçirilmesi planlanmıştır⁴.

İlk bakışta işletmeler üzerindeki ekonomik etkiyi azaltan ve her iki tarafın da menfaatine uygun (“win-win”) bir çözüm ile karşı karşıya olunduğu izlenimi hasıl olsa da durum gerçekten böyle midir? Zira bir yandan işçi çalış(a)mamakta diğer yandan ücretini almaya devam etmektedir. İşveren ise, çalışmayan işçisine ücret ödemekle beraber bu ödeme yıllık ücretli izin hakkı karşılığında yapıldığı için bir yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Ancak, konunun yıllık ücretli izin kurumunun hukuki temeli, amacı, işlevi açısından ele alınması ve değerlendirilmesi gereklilik arz etmektedir. Böylelikle, hem söz konusu çözüm yolunun hukuka uygunluğu ortaya konmuş hem de ileride yaşanabilecek uyuşmazlıklara bir nebze ışık tutulabilmiş olacaktır.

Belirtilen hususlar doğrultusunda, çalışmamızda öncelikle yıllık ücretli izin hakkının işlevi ve niteliği genel olarak ele alındıktan sonra pandemi ile mücadelede bir araç olarak kullanılması incelenmektedir. Bu çerçevede 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri açısından hem avans izin hem de hak edilmesine rağmen kullanılmadığı için biriken yıllık ücretli izinlerin kullanımı hakkındaki öğretici görüşleri ve yargı kararları ile Fransız ve Alman Hukuku uygulamaları ve ILO’nun konuya yaklaşımına yer verilerek çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

II. GENEL OLARAK YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKI

Çalışanlara tanınmış bir hak olan dinlenme hakkı; hukukumuzda Anayasanın “çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlıklı m.50 hükmünde anayasal ifadesini ve güvencesini bulmuştur. Anılan maddenin 3. ve 4. fıkralarında dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtildikten sonra bu hak kapsamında hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ile yıllık ücretli izin haklarının yer aldığı ve şartlarının kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Nitekim kanun koyucu kendisine düşen görev gereği bu hususta çeşitli düzenlemeler sevk etmiştir. Bu kapsamda, İş Kanunu m.53-61 (ile m.60 hükmü gereğince çıkarılan Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği), Basın İş Kanunu m.21 ile 29, Deniz İş Kanunu m.40 ile 53 ve Türk Borçlar Kanunu m.422-426 hükümlerinde işçilerin yıllık ücretli izin hakkına ilişkin kurallar yer almaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce bahsi geçen düzenlemelerde bazı hususlar eksik bırakılmıştır.

¹ Hastalığın adı Covid-19 olarak kabul edilmiş, virüs ise SARS CoV’e yakın benzerliğinden dolayı SARS-CoV-2 olarak adlandırılmıştır. T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü: Covid-19 (SARS-CoV-2 Enfeksiyonu) Genel Bilgiler, Epidemiyoloji ve Tanı, Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması, 2020, https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/rehberler/covid-19-rehberi/COVID19_REHBERI_GENEL_BILGILER_EPIDEMIOLOJI_VE_TANI.pdf, (Erişim Tarihi: 01.08.2020) Başlangıçta 2019-nCoV olarak anılan virüs, 12.02.2020 tarihi itibarı ile SARS-CoV-2 olarak adlandırılmıştır. KOH, David/GOH, Hui Poh: “Occupational health responses to COVID-19: What lessons can we learn from SARS?”, Journal of Occupational Health, 2020, 62(1), <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/1348-9585.12128> (Erişim: 01.08.2020)

² <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/TR-66935/genel-koronavirus-tablosu.html>, (Erişim Tarihi: 10.09.2020)

³ ILO: Concept Note, COVID-19 and the World of Work Building a better future of work 1-2 and 7-9 July 2020, p.1, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/meetingdocument/wcms_747931.pdf, (Erişim Tarihi: 01.08.2020)

⁴ AKIN, Levent: “COVID-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, Çimento İşveren, 34(3), 2020, s.49-50, 53. Pandemi döneminde kısa çalışma uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz/KAYIRGAN, Hasan: “Covid-19 Pandemisi Döneminde Ücretsiz İzin ve Kısa Çalışma Uygulamaları”, in Şenocak, Kemal (ed.), COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.342 vd.

Yıllık ücretli izin hakkı ile amaçlanan; işçilerin periyodik olarak belirli ve nispeten uzun bir süre ücret kaybı yaşamadan yılın yorgunluğunu atmaları ve dinlenebilmelerinin sağlanmasıdır. Bu, işçilerin bedensel ve ruhsal sağlıkları, dolayısı ile iş sağlığı ve güvenliği, motivasyonları ve iş verimlilikleri için gereklidir⁵. Nitekim, belirtilen hususlar Anayasanın 50. maddesinin gerekçesinde, “Dinlenme çalışanların hakkıdır. Bu hem çalışanın bedeninin korunması için zorunlu, hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir.” şeklinde ifade edilmiştir⁶. Aslında, anayasal ve yasal zorunluluğun ötesinde ve işçinin dinlenme yoluyla bedensel ve ruhsal sağlığını korumanın dışında, mal ve hizmet üretiminin verimini ve kalitesini arttırmak, işçinin görevi ve işi ile ilgili tatminini arttırmak, işçileri yorgunluğa bağlı dikkatsizlik sonucu uğrayabilecekleri iş kazalarından korumak, ailenin korunması ve işçinin aile bireyleri ile vakit geçirmesini sağlamak, işçinin sosyal çevre ile iletişimini sağlamak, böylelikle sosyal yaşamdan kopmasının ve yabancılaşmasının önüne geçmek, işyerinin ve toplumun sağlığının korunması ve geliştirilmesine hizmet etmek, ülke ekonomisine katkı sağlamak gibi sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki nedenler ile tanınan bir haktır⁷.

Öğretide belirtildiği üzere, yıllık ücretli izin işçiye dinlenmesi için verilecek “serbest zaman veya izin” ile söz konusu serbest zaman veya izin süresine ait “ücret” olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır⁸. Yıllık ücretli izin işçi açısından **vazgeçilemez, devredilemez, haczedilemez ve kişiliğe bağlı** bir hak iken işveren açısından bir yükümlülük teşkil etmektedir⁹. Nitekim, Avrupa Birliği Adalet Divanı da verdiği kararlarda benzer tespitlerde bulunmuştur. Divan, 10 Eylül 2009 tarihli kararında,

“Yıllık ücretli izin hakkı, yetkili ulusal makamlar tarafından uygulanması ancak 2003/88 sayılı Yönergede açıkça belirtilen sınırlar dahilinde gerçekleştirilebilecek Birlik sosyal hukukunun özel öneme sahip bir ilkesi olarak görülmelidir.”

şeklinde belirtmiş ve devamında “Yıllık ücretli izin hakkının amacının, işçinin dinlenmesine ve rahatlama ile serbest zaman süresine sahip olmasına izin vermek” olduğunu eklemiştir¹⁰. İşveren açısından ise izinlerin aynı nedenlerden dolayı bir görev teşkil ettiğini 16 Mart 2006 tarihinde hak

⁵ ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.76; KURT, Resul: 250 Soruda Koronavirüs (Covid-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (Koronavirüs), Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.104; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhtittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt: 1: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2020, s.411, 421; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10.B., Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.324, 335; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33.B, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.811; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.834, 848; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.179; AKYİĞİT, Ercan: “Kullanılmayan Yıllık İzin Ücretinde Cecikme Faizi” (Gecikme Faizi), TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 20(3), 2006, s.3; GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2020, s.463; DUMAN, Barış: 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.19-21; AKYİĞİT, Ercan: Bireysel İş Hukuku (İş Hukuku), Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.422; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.421; SENYEN KAPLAN, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 10.B., Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s.401-402; BİNGÖL, Serkan: Yıllık Ücretli İzin, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s.29 vd.

⁶ ÖZVERİ, Murat: “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (15), 2007, s.922; DUMAN, s.29.

⁷ KURT, Koronavirüs, s.122; KURT, Resul: “Yıllık Ücreti İzin Uygulamasında Özellikli Durumlar ve İznin Satılmazlığı”, Mali Çözüm Dergisi, (143), 2017, s.46-47; GÜNAY, Cevdet İlhan: “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (20), 2010, s.28; GÜVEN/AYDIN, s.463; ÖKSÜZ, Ömer: “Yıllık Ücretli İzin”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (11), 2006, s.855; DUMAN, s.21; SENYEN KAPLAN, s.407; EKİN, Ali: “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.1386.

⁸ AKYİĞİT, İş Hukuku, s.3; AKYİĞİT, Ercan: “Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin” (Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin), TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 24(1-2), 2012, s.1; AKYİĞİT, Ercan: “Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin” (Deniz İş Kanunu), Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.299; AKYİĞİT, Ercan: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin” (Türk Borçlar Kanunu), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (29), 2011, s.135-136; ÖKSÜZ, s.854-855; DUMAN, s.18; BİNGÖL, s.19.

⁹ CANIKLIOĞLU, Nurşen: “İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullanılmamasının Sonuçları”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.1146; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.412; SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, 7.B., Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.450; ÇUBUKCU, Erdoğan: “Karar İncelemesi: Yıllık Ücretli İznin Kullanılma Zamanı-İşçinin Kullanmadığı Yıllık İzne Ait Ücret Alacağı Hakkının Doğumu-Yıllık İzin Ücretinde Zaman Aşımı Başlangıcı” (Karar İncelemesi), TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 15-16(6-1), 1999-2000, s.63; GÜVEN/AYDIN, s.469-470; SEVİMLİ, Ahmet: “Yıllık Ücretli İznin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (18), 2010, s.40; ÖZVERİ, s.923; ÖKSÜZ, s.854; DUMAN, s.220 vd.; TUGAY, Mustafa: “Yıllık Ücretli İzin”, Yaşar Hukuk Dergisi, 1(2), 2019, s.210; SENYEN KAPLAN, s.407.

¹⁰ RAY, Jean-Emmanuel: Droit du travail droit vivant 2010/2011, 19e édition, Editions Liaisons, Paris 2010, p.228-229.

edilen izinlerin parasal karşılığının düzenli olarak ödenen ücrete dahil edilmesi şeklindeki İngiliz uygulamasını (“*Rolled-up holiday pay*”) yasaklayarak hatırlatmıştır¹¹.

Sonuç olarak, mevzuatımızdaki ilgili hükümlerin yorum ve uygulanmasında söz konusu kurumun belirtilen unsur ve niteliklerinin göz önünde tutulması gerekmektedir¹².

III. COVID-19 PANDEMİSİ DÖNEMİNDE YILLIK ÜCRETLİ İZİN UYGULAMASI

A. Avans İzin Kullanılması

İşçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi, belirli bir çalışma süresine sahip olmasına bağlıdır. “Bekleme süresi” olarak anılan bu sürenin dolması ile birlikte yıllık ücretli izne hak kazanılmaktadır¹³. İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri açısından bir yıl olan bu süre tamamlanmadan, kıstelyevm hesabına göre çalışılmış süre ile orantılı olarak yıllık ücretli izin hakkının tanınması ise mümkün değildir. Bununla birlikte, bekleme süresine ilişkin düzenleme nispi emredici nitelikte olduğundan bu sürenin işçi lehine kısaltılması pekâlâ mümkündür.

Bekleme süresi dolmaksızın avans izin kullanımına ilişkin bir düzenleme mevzuatımızda mevcut değildir. Ancak toplu izin uygulamasında avans izin kullanımına olanak verilmiş bulunmaktadır. Her ne kadar işyerinin bakımı, temizliği ve yenilenmesine imkân tanınması, yeni modellerin hazırlanıp işyerinde gerekli montajların yapılması ve böylece izin dönüşü işçilerin her şey hazır iken üretime geçebilmelerine imkân tanınması gibi sebeplerle birçok Avrupa ülkesinde yaygın bir şekilde uygulanıyor olsa¹⁴ da ülkemizde toplu izne İş Kanunu’nda değil, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde (“Yönetmelik”) yer verilmiştir. Kanaatimizce, düzenlemenin yönetmelik yerine kanun metninde yer alması daha isabetli olurdu. Yönetmelik m.10 hükmü uyarınca, Nisan ayı başı ile Ekim ayı sonu arasında kalan dönem içinde, işçilerin tümünü veya bir kısmını yıllık ücretli izne çıkarmak mümkündür. Bu durumda, henüz yıllık izne hak kazanmamış işçiler de izin kullanabileceklerdir. Şu kadar ki, ertesi yıl veya yıllarda toplu izin yönteminin uygulanmaması halinde, bu durumda olanların gelecek yıllık ücretli izne hak kazanacakları tarih, genel esaslara göre belirlenir. İşyerinin korunması, işyerindeki araç, gereç, donatım veya makinelerin bakımı, hazırlanması, temizlenmesi veya güvenliğinin sağlanması gibi zorunlu durumlar için yeter sayıda işçiyi toplu izin dışında tutabilir. Bu durumda olanların yıllık izinleri toplu izin döneminden önce veya sonra diledikleri tarihte¹⁵ verilir (Yönetmelik m.11).

Ülkemizdeki ilk resmi vakanın toplu izin kullanılmasına cevaz verilen döneme yakın bir tarihte meydana gelmiş olmasının da etkisi ile işverenler tedbir amacıyla toplu izin uygulamasına başvurmuşlardır. Pandemi döneminin şartları düşünüldüğünde toplu izin uygulamasına gidilmesi Alman uygulamasında da genel olarak kabul görmüştür¹⁶.

Kanaatimizce de yıllık ücretli izin hakkı doğmuş ve toplu izin uygulamasının başlamasından önce mevcut izinlerini kullanmamış işçiler bakımından Yönetmeliğin 10. maddesine dayanılarak toplu izin uygulanması mümkündür. Henüz yıllık ücretli izne hak kazanmamış işçiler bakımından ise, yukarıda belirtildiği üzere, avans izin uygulamasına Yönetmelikle cevaz verilmiş olup pandemi döneminde toplu izin uygulamasına bu işçilerin de dahil edildiği bilinmektedir. Nitekim, öğretilerde çoğunlukla henüz yıllık ücretli izin hakkını kazanmayan işçilerin de toplu izin kapsamına

¹¹ RAY, p.229.

¹² ÇUBUKCU, Erdoğan: “4857 sayılı Yeni İş Kanunu Açısından İşçinin Yıllık Ücretli İzni Hakkında Düşünceler, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi”, 21(4), 2008, s.2; ÇUBUKCU, Karar İncelemesi, s.63.

¹³ İşK. m.53/1 hükmü gereğince, “İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.”

¹⁴ GÜVEN/AYDIN, s.475-476. Alman Hukukunda işverenin toplu izin uygulamasına başvurması işyeri işçi temsilcileri kurulu (“kurul”) onayı ile mümkündür (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 Betriebsverfassungsgesetz-BetrVG). Kurulun sadece toplu izin uygulamasına başvurulup başvurulamayacağı değil, aynı zamanda tatilin zamanı ve süresi bakımından da söz hakkı bulunmaktadır. Böylece hukukumuzdan farklı olarak çalışanların da yönetime katılımının söz konusu olduğu bir toplu izin uygulaması sistemi benimsenmiştir. Buna karşılık, toplu izin kullanım dönemine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. LÖWISCH, Manfred: Arbeitsrecht, 8. Auflage, Werner Verlag, Köln 2007, s.156. Ancak belirtelim ki, kurul bulunmayan işyerlerinde işverenin yönetim hakkı gereği bu uygulamaya başvurabileceği kabul edilmektedir. BAYREUTHER, Frank: “Einseitige Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber und Urlaub während der Kurzarbeit, Nicht nur aber auch mit Blick auf den Lockdown während der Pandemie”, NZA, 2020, H. 16, s.1058.

¹⁵ Önemli nedenlerin varlığı halinde talep edilenden farklı bir tarihte izin kullandırılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. DURSUN ATEŞ, Sevgi: İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.415. Kanaatimizce, bu halde işçinin belirleyeceği tarihte yıllık ücretli izin kullanımı sağlanmalıdır.

¹⁶ Ancak, özellikle 2020 yılının Noel ve yeni yıl döneminde pek çok işletmede toplu izin uygulamasına başvurulmuş olması nedeniyle işçilerin seyahat etmelerinin pek de mümkün olmadığı bu dönemde izne çıkarılmaları nedeniyle mağdur edilip edilmediklerine yönelik tartışmalar yaşanmış ve bu tartışmalar medyaya yansımıştır. Bkz. <https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/betriebsurlaub-wegen-corona-diese-rechte-haben-arbeitnehmer,SJRzcsV>; <https://www.augsburger-allgemeine.de/geld-leben/Betriebsferien-wegen-Corona-Kostet-das-Urlaubstage-id58775636.html>, (Erişim Tarihi: 10.04.2021)

alınarak bu dönemde izne çıkarılmaları uygun bulunmuştur¹⁷. Ancak belirtmek isteriz ki, her ne kadar toplu izin kullanımı için işvereni buna sevk eden nedenin ne olduğunun önemi bulunmasa ve bunun takdiri işverene ait olsa da¹⁸, kanaatimizce toplu izin kullanımı bakımından işçilerin de yönetime katılım hakkının mümkün olduğu daha katılımcı bir model öngörülmesi isabetli olacaktır.

Toplu izin uygulaması dışında avans izin kullanımı ise uygulamada sıkça rastlansa ve öğretide desteklense de yasal düzenlemesi ve temeli bulunmayan bir uygulamadır. Dolayısıyla, ancak tarafların anlaşması, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde düzenlenmesi halinde mümkün olmaktadır¹⁹. Buna karşılık pandemi döneminde karşılaşılan uygulama genellikle tarafların anlaşması veya iş sözleşmesinde yapılan değişikliklerden öte işverenin tek taraflı iradesi ile işçiyi henüz hak kazanmadığı dönem için yıllık ücretli izne çıkartması şeklinde gerçekleşmiştir. Öğretide, farklı gerekçelerle olsa da bu dönemde avans izin kullanımına olumlu yaklaşılmakta²⁰ fakat bazı sınırlama önerileri de getirilmektedir.

Nitekim öğretide işverenin tek taraflı olarak böyle bir uygulamaya geçemeyeceği, fakat talebin işçiden gelmesi halinde işverenin de uygun görmesi ile bunun mümkün olabileceği belirtilmiştir. *Akın*, bu uygulamanın kabulü için işçinin yazılı rızasının alınmasının da yerinde olacağını ifade etmiştir²¹. *Alpagut*, işçinin ücret almama riski karşısında ve özellikle 65 yaş üstü sokağa çıkma yasağı nedeniyle zaten işe gelemeyecek olan işçiler gibi bir kısım işçi için yarattığı avantaj gereği, ancak işçinin rıza göstermesi ve gelecek sene bir miktarını saklamak kaydıyla, örneğin gelecek sene için asgari on günlük süre kullanma garantisi verilerek avans izin kullandırılabilmesi görüşündedir²². *Manav Özdemir*, salgın sürecinde işçilerin maddi kayıp yaşamamaları adına ve talep veya rızaları ile ancak bir sonraki yıla ilişkin yıllık ücretli izin haklarından belirli bir kısmını avans olarak kullanabilmelerini isabetli bulmaktadır²³. *Göktaş*, içinde bulunulan dönemin hassasiyeti gereği fakat işçinin talebiyle avans izin kullandırılabilmesini ifade etmiştir²⁴. *Keser*'e göre,

“işverene geçici süre de olsa kanunen işçileri ücretsiz izne çıkarma hakkının bile verildiği salgın gibi olağanüstü bir durumda (...) sonradan düşülmek üzere henüz hak etmemiş olduğu yıllık ücretli izin sürelerinin, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi uygulamasına gidilmeden önce, mevcut durumun atlatılması amacıyla işverence işçinin talebi dışında zorunlu olarak”

kullandırılacaktır²⁵. *Özveri* ise, yıllık ücretli izni hak etmek için gerekli bekleme süresinin dolmasına 120 gün kalmasından itibaren işverenin avans izin kullandırabileceği, bazı özel durumlarda topluca da kullandırabileceği görüşündedir²⁶. *Değer Ermumcu/İzmirlioğlu*, konuya

¹⁷ AKIN, s.50-51; YÜREKLİ, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, (38), 2020, s.50; YÜREKLİ, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri” (Rapor), Rapor Korona Virüs (COVID 19) Salgınının Hukuki İlişkilere Etkisi (Özellikle Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, İş Hukuku, Medeni Usul ve İcra Hukuku Alanlarına İlişkin Bir İnceleme), İstanbul 2020, s.83.

¹⁸ EKMEKÇİ, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2.B., On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.469.

¹⁹ Bkz. KURT, s.48; GÜNER, Erol: “Hak Kazanmadığı Yıllık Ücretli İznini Kullanan İşçi İşyerinden Ayrılsa İşveren İşçiden İzin Ücreti Talep Edilebilir mi?”, Mali Çözüm Dergisi, (103), 2011, s.285; ÖZEN, Turgay: Yıllık Ücretli İzin ve Avans İzin Kullanımı, 2013, <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/turgay/032/>, (Erişim Tarihi: 24.03.2021)

²⁰ Öğretide, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın (şimdi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın) bir genelgesinde de avans mahiyetinde izin kullandırılabilmesinden söz edilmiş ve iş sözleşmelerinin feshi yerine avans izin kullanımı yoluyla istihdamı koruma adına Bakanlığın bu çabası yerinde bulunmuştur. Bkz. ÇİL, Şahin: Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri (Salgın Etkileri), Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.121; ÇİL, Şahin: “7244 Sayılı Kanun’la Getirilen Düzenlemeler ve İnşaat Sektöründe Uygulama Sorunları”, İnşaat Sektöründe Salgın Dönemi Çalışma Hayatı Uygulamaları (Hukuk-İdari Uygulamalar), İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara 2020, s.52.

²¹ AKIN, s.55.

²² ALPAGUT, Gülsevil: “7244 Sayılı Kanun’la Getirilen Düzenlemeler ve İnşaat Sektöründe Uygulama Sorunları”, İnşaat Sektöründe Salgın Dönemi Çalışma Hayatı Uygulamaları (Hukuk-İdari Uygulamalar), İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara 2020, s.102; ALPAGUT, Gülsevil: “Pandemi’nin İş Sözleşmesine Etkisi Ücretsiz İzin Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden” (Pandeminin İş Sözleşmesine Etkisi), in Alpagut, Gülsevil (ed.), Pandemi Sürecinde İş Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.129-130.

²³ MANAV ÖZDEMİR, Eda: “Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (43), 2020, s.136.

²⁴ GÖKTAŞ, Seracettin/ÖNDER, Nurcan: “Salgın Hastalık Döneminde Fesih Yasakları, Ücretsiz İzin Uygulamaları ve İş Hukukundan Doğan Sorunlar”, İnşaat Sektöründe Salgın Dönemi Çalışma Hayatı Uygulamaları (Hukuk-İdari Uygulamalar), İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara 2020, s.25.

²⁵ KESER, Hakan: “Korona Virüs (Covid 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 17(65), 2020, s.46.

²⁶ ÖZVERİ, Murat: “Pandemi Sürecinin İş Hukukuna Yansımaları” (Pandemi), İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, 2020, s.37.

olumlu yaklaşmakla beraber belli sınırlar dahilinde işverenlerin bu yola başvurabileceklerini kabul etmek gerektiğini, bu nedenle avans iznin sınırlarını da içeren bir mevzuat değişikliğinin uygun olacağını belirtmişlerdir²⁷. Kırkıcı, işverenin avans izin kullandırabileceğini fakat durumu belgelemesi gerektiğini ileri sürmüştür²⁸.

Kanaatimizce avans izin, yıllık ücretli iznin tanımı ve amacı ile bağdaşmayan bir uygulamadır²⁹. Zira yıllık ücretli izin kullandırmak; bu hakkın doğası gereğince işveren açısından bir yetkiden ziyade bir yükümlülük teşkil etmekte ve gözetim borcu kapsamında yer almaktadır³⁰. Henüz çalışılmayan bir dönem bakımından ortaya çıkacak yorgunluğun öncesinde izin verilerek bunun önceden telafi edilebilmesi, böylece işçinin sağlığını koruyabileceğinin ve sosyal hayatını rahatça gerçekleştirebileceğinin kabulü mümkün değildir. Sırf uygulamada karşılaşıyor olması ve işçinin menfaatine uygun düştüğü durumlar yaratıyor olmasının hiçbir yasal dayanağı olmayan bu uygulamaya meşruluk ve geçerlilik kazandırmaması gerekmektedir. Nitekim, Çil de yıllık ücretli izin hakkının avans olarak kullandırılmayacağı, işçinin onayı bile olsa bunun “işverence verilen diğer izinler” kapsamında değerlendirileceği görüşündedir³¹. Diğer yandan Sümer tarafından yasal bir karşılığı olmayan bu uygulamanın sadece belirli süreyi aşan zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde uygulanabilmesine ilişkin yasal düzenleme yapılması gerektiğine isabetli olarak dikkat çekilmiştir³². Sonuç olarak doğmamış bir hakkın kullandırılması Borçlar Hukuku bağlamında geçersiz olacağı için, işçinin avans izin kullansa dahi, ileride doğan yıllık ücretli izin hakkını talep edebileceği kabul edilmelidir³³. Kanaatimizce doğmuş bir hakkın kullanımı üzerinde işverenin yönetim hakkının mevcudiyeti belirli sınırlamalarla kabul edilebilirse de henüz doğmamış bir hak bakımından bu yetkinin işverene tanınmaması gerekmektedir.

Aslında, hukukumuzda yıllık ücretli izin bakımından öngörülen bekleme süresinin uzunluğu³⁴ ve çalışma süresine orantılı olarak kısmi izin uygulamasına izin veren bir düzenlemenin bulunmayışı da uygulamada ortaya çıkan bu problemlerin sebeplerindedir. Bize göre, bekleme süresini kaldıran yahut azaltan bir yasal değişiklikle, kısmi izin kullanımına olanak sağlayan bir düzenleme getirilmesi daha isabetli olacaktır. Bir yandan bu derece katı bir yıllık ücretli izin sistemi öngörülmesi diğer yandan uygulamanın uzun yıllardır mevzuata uyumsuzluğu dikkate alınarak acil bir yasa değişikliği ihtiyacı söz konusudur. Elbette bu halde de işverenin tek taraflı iradesi ile avans izin uygulamasına başvurulması değil, işçinin uzun bekleme süreleri olmaksızın ve kısmi izin kullanımına olanak sağlanması amaçlanmalıdır. Kısmi izin uygulamasına olanak sağlanması

²⁷ DEĞER ERMUMCU, Senem/İZMİRLİOĞLU, Ayça: “4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Yıllık Ücretli İzin Uygulaması ve Avans İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (44), 2020, s.112-115.

²⁸ KIRKICI, Hıdır: “Koronavirüs Pandemisi Karşısında İş Hukukunun Durumu”, İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, 2020, s.56.

²⁹ Aynı görüşte bkz. MANAV ÖZDEMİR, s.135, 154.

³⁰ Yıllık ücretli iznin işverenin gözetim borcunun kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş ve tartışmalar için ayrıca bkz. DUMAN, s.40-41.

³¹ ÇİL, Salgının Etkileri, s.121-122; ÇİL, s.51-52.

³² SÜMER, Haluk Hadi: “COVID-19 Küresel Salgınının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Meydana Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri” (Rapor), TÜBA COVID-19 KÜRESEL SALGINI: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Ankara 2020, s.106.

³³ BAYCIK, Gaye: “Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri”, 2020, <http://gayebaycik.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-VI%CC%87RU%CC%88S-SALGINININ-I%CC%87S%CC%A7-I%CC%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%CC%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021)

³⁴ Nitekim, 2003/88 sayılı AB Yönergesi'nin 7. maddesinde yıllık ücretli izne hak kazanılması bakımından bir bekleme süresi öngörülmezsizin çalışma süresine orantılı olarak ve yılda en az dört hafta yıllık ücretli izin verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Alman Hukukunda yıllık ücretli izinler Alman Federal İzin Kanunu (Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer) (Kısaca: Bundesurlaubsgesetz-BUrlG) ile düzenlenmiş olup sözü geçen Kanunun bekleme süresine ilişkin § 4 hükmünde tam tatil hakkının altı aylık bekleme süresi sonunda elde edilebileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık, kısmi izne ilişkin § 5 hükmünde her bir tam çalışma ayı için yıllık ücretli iznin 1/12'si oranında izne hak kazanılacağı öngörülmüştür. Böylece bir tam ay çalışmış işçi iki günlük izin talebinde bulunabilmektedir. LÖWISCH, s.247. Fransız Hukukunda ise yıllık ücretli izinler İş Kodu'nda düzenlenmiş olup kural olarak toplamda 30 işgünü aşmamak kaydıyla (L. 3141-3) bir önceki sene 1 Haziran tarihinden itibaren içinde bulunulan senenin 31 Mayıs tarihine kadarki referans süresi içerisinde (R. 3141-3) aynı işveren nezdinde her bir ay çalışma karşılığı 2,5 işgünü yıllık ücretli izne hak kazanılmaktadır (L. 3141-3, L. 3141-4). MAZEAUD, Antoine: Droit du travail, 7e édition, Lextenso, Paris 2010, p.835-836. Öğretide isabetli olarak, Avrupa Birliği normlarına uyum açısından Yönergede yer alan düzenlemeye uygun bir değişiklik yapılması gerektiği ifade edilmektedir. SÜZEK, Sarper: “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği” (Bireysel İş Hukuku), Sicil İş Hukuku Dergisi, (14), 2009, s.20; EYRENCİ, Öner: “4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal Yayınevi, İstanbul 2014, s.183; GÜVEN/AYDIN, s.471-472. İŞK.'ndaki hükmün Yönergede yer alan maddeye göre hakkaniyete daha uygun olduğu yönünde bkz. EKİN, s.1406.

durumunda da iznin bir bölümünün on günden az olmamasına ilişkin kuralın korunması gerektiği kanaatindeyiz.

Pandemi döneminde avans izin uygulamasının geçerli olduğunun kabulü beraberinde başkaca sorunları da gündeme getirmektedir. Şöyle ki, bu süreçte hak edilmemiş yıllık ücretli izinler kullanılırken, ne kadar süre ileri gidebilecektir? Burada bir sınırın bulunması gerektiği açıktır. Aksi takdirde, işçi uzun yıllar yıllık ücretli izne hak kazanamayacak, dolayısıyla dinlenme hakkından mahrum kalacaktır. Ancak avans izin uygulamasının yasal bir dayanağı bulunmadığından yasal bir sınır da mevcut değildir. Öğretide çeşitli görüşler ile sürülmek suretiyle bu boşluk giderilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda bir görüş, önceden kullanılan tüm yıllık ücretli izinlere ilişkin mahsup işlemi yapılmadan iş sözleşmesinin sona ermesi halinde bu işlemin hak edilen diğer parasal alacaklardan yapılmak isteneceği, bunun ise ücreti koruyucu mevzuat sebebiyle çeşitli sorunlara yol açabileceğinden bahisle işverene takdir hakkı verilmesinin uygun olacağı yönündedir³⁵. Bir başka görüş, sadece çalışılmakta olan yıla ait iznin avans olarak kullanılabilmesi şeklindedir³⁶. Bir diğer görüşe göre, ya işçinin on günlük izni saklı pay olarak kabul edilmeli ya da sadece içinde bulunulan yılın izin hakkı için avans izin kullanılmalı veya belirtilen iki seçenek bir arada değerlendirilmelidir³⁷. Nitekim bu görüş dahilinde yer verilen son seçeneği benimseyen bir görüş de avans iznin ilk seçenek olarak işçiye sunulmaması gerektiğini ve sadece söz konusu yıl içinde hak kazanılacak yıllık ücretli izinler için ve işçinin on günlük izin alacağı ayrık kalacak şekilde uygulanmasını savunmaktadır³⁸.

Bir diğer sorun ise, avans izin kullanılan işçinin izne hak kazanma tarihinden önce işyerinden ayrılması halinde ortaya çıkacaktır. Bu durumda, işverenin işçiye kullandığı ve ücretini ödediği bu izin ile ilgili olarak herhangi bir talep hakkı doğacak mıdır? Bu soruya cevap olarak öğretide, işverenin avans izin kullandırırken işçiden imzasını taşıyan bir dilekçe alması ve hak kazanmadan kullanılan izin için ödenen ücretin, izne hak kazanma tarihinden önce işyerinden ayrılması halinde ödeneceği taahhüdünü alması halinde izin ücretini talep edilebileceği, aksi takdirde işçiden herhangi bir talepte bulunamayacağı, hak kazanılmadan kullanılan iznin ise İşK. m.55/I-j hükmünde belirtilen “işveren tarafından verilen diğer izinler” kapsamında değerlendirileceği ifade edilmektedir³⁹. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 14.10.2020 tarih ve E. 2016/26145, K. 2020/11957 sayılı kararına konu olan olayda, işveren fazla kullandığı 7 günlük iznin karşılığı ücretin yasal faiziyle tahsil edilmesini talep etmiş, yerel mahkeme işvereni haklı bulmuş fakat işçinin iki yıl kıdemi karşılığında hakkı olan 28 gün yerine 34 gün yıllık ücretli izin kullanmak suretiyle hak ettiği yıllık izin süresini 6 gün aştığını belirlemiştir. Yüksek Mahkeme ise kararında,

“İşverenin işçiye kullandığı yıllık ücretli iznin hak edilenden fazla olduğu öne sürülerek karşılığında parasal iade talep etmenin yasal bir dayanağı yoktur. Bu nedenle davacı karşı davalı işverenin davalı karşı davacı işçiye fazladan kullandığı 6 gün için talep ettiği alacağın reddi gerekirken kabulü de ayrıca hatalıdır.”

sonucuna varmıştır⁴⁰.

Bu karar ile birlikte her türlü avans izin uygulamasının artık geçersiz sayılacağını söylemek için erken olsa da bu yönde ilk adımın atıldığını düşünmekteyiz. Beklentimiz; Yüksek Mahkemenin bundan sonra vereceği kararlarda görüşünü kanaatimiz yönünde belirginleştirmesi yönündedir.

B. Birikmiş İzinlerin Kullanılması

İşverenin ilgili yıla ilişkin hak edilen yahut süresinde kullandığı için birikmiş olan yıllık ücretli izinleri tek taraflı iradesi ile kullandırması ise ayrıca ele alınmalıdır. Pandemi dönemine ilişkin olarak öğretide baskın diyebileceğimiz görüş, işverenlerin işçilerini yıllık ücretli izne çıkarmalarının önünde hukuki bir engelin bulunmadığı yönündedir. Daha açık ifade ile, içinde bulunduğumuz süreçte birikmiş yıllık ücretli izinlerin kullandırılmasının hukuken engellenmemiş olduğu, -özellikle işyerinin idari işlemle geçici süre için kapanıp işçiye ücret ödenmesine devam olunmasının gerektiği ve işverenin telafi çalışmasına başvurmayı düşünmediği durumlarda⁴¹-

³⁵ AKIN, s.55.

³⁶ GÖKTAŞ/ÖNDER, s.25. Benzer yönde ÇİL, Salgının Etkileri, s.123.

³⁷ ÇİL, Salgının Etkileri, s.122-123; ÇİL, s.52-53.

³⁸ DEĞER ERMUMCU/İZMİRLİOĞLU, s.113-115.

³⁹ GÜNER, s.286; DEĞER ERMUMCU/İZMİRLİOĞLU, s.116.

⁴⁰ Çalışma ve Toplum, (68), 2021, s.501-502.

⁴¹ CENTEL, Tankut: “Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (43), 2020, s.19. Farklı durumlar ve gerekçeler için bkz. AKIN, s.54; ÇİL, Salgının Etkileri, s.120; MANAV ÖZDEMİR, s.135; AYDEMİR,

işçiden birikmiş yıllık ücretli izin sürelerini kullanmasının istenebileceği, hatta işverenin tek yanlı bir işlemlerle işçiyi yıllık ücretli izne çıkarabileceği, bunun yönetim hakkı kapsamında olduğu⁴², işçinin buna itiraz etmesinin ise sadakat borcunun ihlali anlamını taşıyacağı ileri sürülmektedir⁴³.

İdari makamların da benzer yönde görüş ve tavsiye verdikleri görülmektedir. Örneğin, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürü tarafından yapılan bir açıklamada

“Genel Müdürlüğümüz tarafından hazırlanan dokümanlarda kronik rahatsızlığı olan çalışanların risk grubunda yer almaları nedeniyle işverenin iradesiyle çalışanın rızasıyla izne ayrılması sağlanmalı, mümkün değilse rızası alınarak çalışanın yıllık izninin kullandırılması önerilmiştir.”

ifadesi yer almaktadır⁴⁴.

Yabancı ülke uygulamalarına bakıldığında; pandemi ile mücadele araçları arasında yıllık ücretli izin uygulamasına yer veren ülkeler tespit edilmektedir. Örneğin, Fransa’da Covid-19 salgını ile mücadele kapsamında yürürlüğe konulan 23 Mart 2020 tarih ve 2020-290 sayılı Kanun ile hükümete tanınan yetki dahilinde çıkarılan 25 Mart 2020 tarih ve 2020-323 sayılı Kararname (“*ordonnance*”) ile ücretli izinler, çalışma süresi ve dinlenme günleri hakkında acil durum önlemleri getirilmiştir⁴⁵. Bu kapsamda, biri izin veya dinlenme sürelerinin belirlenmesine ilişkin kuralları gevşeten diğeri ise çalışma saatlerinin artırılması ile bu bağlamda hafta tatiline ilişkin ayrıklıklara izin veren olmak üzere iki kategori önlem öngörülmüştür⁴⁶. Yıllık ücretli izin hakkına ilişkin düzenleme ile özellikle çalışanlara izin veya dinlenme günleri dayatmalarına ve bunların tarihlerini değiştirmelerine izin vererek şirketlere esneklik sunmak amaçlanmıştır⁴⁷. Genel olarak söz konusu Kararname, işverene tanınabilecek ücretli izinlerin bir kısmının alınma tarihlerini belirleme veya değiştirme yetkisinin şartlarını ve sınırlarını belirlemektedir. Buna göre, 1. madde hükmünde açıkça belirtilen nitelikteki bir sözleşmenin (*accord d’entreprise ou de branche*) cevaz vermesi halinde işveren en az 1 gün önceden bildirmek kaydıyla çalışanlarını altı gün yıllık ücretli izin almaya zorlayabilmekte, izin tarihlerini tek taraflı olarak değiştirebilmekte, hatta işçinin rızasına gerek olmaksızın izin sürelerini bölebilmektedir. Söz konusu yetki geçici olmakla birlikte, sağlık acil durumu süresince devam edecektir⁴⁸. Nitekim, söz konusu süre sınırı ilk etapta 31 Aralık 2020 tarihi olarak belirlenmiş, fakat önce 16 Aralık 2020 tarih ve 2020-1597 sayılı Kararname uyarınca yapılan değişiklik ile 30 Haziran 2021, daha sonra 31 Mayıs 2021 tarih ve 2021-689 sayılı Kanun uyarınca yapılan değişiklik ile 30 Eylül 2021 tarihi olarak güncellenmiştir⁴⁹.

Murteza: “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının İş Sözleşmelerine Etkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, 15(164), 2020, s.802-803; KESER, s.45-46.

⁴² CENTEL, s.19-20; ALPAGUT, s.98; ALPAGUT, Pandeminin İş Sözleşmesine Etkisi, s.79; AKIN, s.50, 54; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.429; ÇİL, Salgının Etkileri, s.120; BAYCIK, <http://gayebaycik.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-VI%CC%87RU%CC%88S-SALGINININ-I%CC%87S%CC%A7-I%CC%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%CC%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021); MANAV ÖZDEMİR, s.135, 151, 153; KESER, s.28, 44-46; AYDEMİR, s.802-803; UYANIK, Murat/KORKMAZ, Çağlar: “Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve İş Hukuku Bakımından Etkileri”, in Özkes, Muhammet (ed.), Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.734-735. Aynı yönde bkz. ve krs. KURT, Koronavirüs, s.102.

⁴³ CENTEL, s.20; BAYCIK, <http://gayebaycik.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-VI%CC%87RU%CC%88S-SALGINININ-I%CC%87S%CC%A7-I%CC%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%CC%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021); MANAV ÖZDEMİR, s.135. Ayrıca *Manav Özdemir*, işverence gerekli önlemlerin alınmasına rağmen salgın sürecinde işini ifa etmek istemeyen işçinin yıllık ücretli izin talebinde bulunması gerektiğini de belirtmiştir. MANAV ÖZDEMİR, s.141. Benzer şekilde, çalışanların salgın nedeniyle işe devam etmek istememeleri halinde veya tedbir amaçlı olarak bakiye yıllık ücretli izin sürelerini kullanabilecekleri ifade edilmiştir. YÜREKLİ, s.50; YÜREKLİ, Rapor, s.83; Salgının İş Yaşamına ve Hukukuna Etkileri Raporu, 2020, s.11, https://makebirlik.com/docs/06_COVID_RAPOR_SEC.pdf, (Erişim Tarihi: 01.03.2021)

⁴⁴ UZUNKAYA, Cafer: “Salgın Hastalık Döneminde Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği”, İnşaat Sektöründe Salgın Dönemi Çalışma Hayatı Uygulamaları (Hukuk-İdari Uygulamalar), İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara 2020, s.136.

⁴⁵ Ministère du Travail, de l’Emploi et de l’Insertion: Précisions sur l’ordonnance portant mesures d’urgence en matière de congés payés, de durée de travail et de jours de repos, 2020, <https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/precisions-sur-l-ordonnance-portant-mesures-d-urgence-en-matiere-de-conges>, (Erişim Tarihi: 04.04.2021)

⁴⁶ VERNAC, Stéphane: “Urgence sanitaire : quelle est la portée des dérogations aux règles de congés et de durée du travail ?”, Recueil Dalloz, 2020, p.1032, dalloz.fr, (Erişim Tarihi: 01.08.2020)

⁴⁷ CORTOT, Julien: “Ordonnance coronavirus concernant les jours de repos du salarié, de quoi parle-t-on?”, Dalloz actualité, 2020, dalloz.fr, (Erişim Tarihi: 01.08.2020)

⁴⁸ DECHRISTELE, Caroline: “Coronavirus : mesures d’urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos”, 2020, dalloz.fr, (Erişim Tarihi: 01.08.2020)

⁴⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/>, (Erişim Tarihi: 18.04.2021)

Hukumumuzda öğretide azınlık olarak nitelendirilebileceğimiz görüş, birikmiş yıllık ücretli izinlerin kullanılmasına yönelik uygulamaya karşı çıkmakta ve bunun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini savunmaktadır. Nitekim *Değer Ermumcu/İzmirlioğlu*, içinde bulunduğumuz pandemi sürecinde işçileri tüm yıllık ücretli izinlerini kullanmaya zorlanmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini, sokağa çıkma yasağının söz konusu olduğu veya işçinin karantinada olduğu dönemlerde yıllık ücretli izin kullanmaya zorlamanın veya bu süreyi yıllık ücretli izin hakkından mahsup etmenin söz konusu kurumun amacı ile örtüşmediğini⁵⁰ ileri sürmüştür⁵¹. *Özveri*'ye göre, birikmiş izinlerin tamamının birden kullanılması hakkın kötüye kullanılması oluşturacağından sadece bir birikmiş yıllık ücretli izin kullanılabilir⁵². *Kırkıcı* ise, toplu izin uygulamasının yapılabileceği Nisan ayı başı Ekim ayı sonu dönemi dışında işçinin talebi olmaksızın bütün yıllık ücretli izinlerini kullandırmanın hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceği görüşündedir⁵³.

Belirtmek isteriz ki, içinde bulunduğumuz ve ne zaman sona ereceğini, sona erse de eski yaşantımıza dönüp dönemeyeceğimizi bilmediğimiz, öngöremediğimiz olağanüstü nitelikli bu döneme özgü, dolayısıyla belli kalıplardan sıyrılarak fakat iş hukukunun temel amaç ile niteliklerine uygun bir bakış açısı ile konunun ele alınması gerekmektedir. Böylelikle, ileride karşılaşılabilecek diğer pandemilerde yahut benzer olağanüstü dönemlerde başvurulabilecek kalıcı bir çözüm yolu üretilmiş olacaktır.

Bilindiği üzere, yıllık ücretli izin kullanılmaya döneminde ilişkin olarak, İşK.'nin 54. maddesinin 4. fıkrasında, “İşçi (...) hesaplanacak her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır.” ifadesine yer verilmiştir. Böylece kanun koyucunun yıllık ücretli izin kullanım dönemine ilişkin tercihinin izin gelecek hizmet yılı içerisinde kullanılması yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu şekilde yıllık ücretli izinden beklenen dinlenme, ailesel, sosyal, kültürel olgulara zaman ayırabilme işlevi ve amacı gerçekleştirilebilir⁵⁴. Her ne kadar yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceği açıkça hüküm altına alınmış (İşK. m.53/2; Yönetmelik m.9/2), böylelikle bu hakkın kullanılması ve kullandırılması bakımından mutlak emrediciliğinin⁵⁵ altı çizilmiş olsa da uygulamada sıklıkla hak kazanılan izinler hiçbir engel veya haklı gerekçe olmaksızın kullanılmayarak bir sonraki yıl ya da yıllara ertelenmektedir. Hatta bu izinlerin çoğunlukla iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra açılan işçilik alacaklarına ilişkin davalara konu olduğu ve uzun yıllar kullanılmayan izin süreleri ile karşılaşıldığı da bilinmektedir⁵⁶. Bu nedenle belirtelim ki, pandemi döneminden bağımsız olarak yıllık ücretli izin uzun süre kullandırılmayarak yahut kullanılmayarak birikmesine karşı etkin önlem alınması ve denetim yapılması gerekmektedir.

Alman Hukukunda yıllık ücretli izin ilgili takvim yılı içerisinde kullanılması veya kullandırılması gerektiği benimsenmiş olup gelecek yıla aktarılmasının ise ancak işçinin kişisel nedenlerle talep etmesi yahut acil işletmesel gerekliliklerden kaynaklanması durumunda mümkün olduğu kabul edilmektedir (BUrlG § 7/III). Bu halde de izleyen yılın ilk üç ayı içerisinde yıllık

⁵⁰ Sokağa çıkma yasaklarının olduğu dönemler açısından aynı görüşte bkz. ÖZVERİ, Pandemi, s.30, 33. *Göktaş* ise, kanunun açıkça belirtmediği tatil günlerinin yıllık ücretli izinden sayılmasından dolayı bu dönemin de sayılabileceğini belirtmekle birlikte, yıllık ücretli izin hakkının niteliği açısından değerlendirildiğinde bu dönemin yıllık ücretli izinden sayılamayabileceği sonucuna varmıştır. GÖKTAŞ/ÖNDER, s.25-26. *Çil* de bu durumlara dikkat çekmiş fakat dinlenme hakkının serbestçe kullanılmaması dikkate alındığında işverenin yıllık ücretli izne gönderme hakkının sınırsız olmadığı sonucuna varmakla yetinmiştir. Bkz. ÇİL, Salgının Etkileri, s.120-121. Bir başka eserinde ise, sokağa çıkma yasağı nedeniyle çalışılmayan sürenin ancak işçinin rızası ile ve yıllık en az dinlenme hakkı olan 10 günlük izin süresinin bertaraf edilmeksizin yıllık ücretli izinden sayılabileceğini belirtmiştir. ÇİL, s.53. İşçinin karantinada olduğu dönemler açısından aynı görüşte bkz. AKIN, s.50. Buna karşılık *Manav Özdemir*, sokağa çıkma yasağı kapsamındaki kişiler açısından bir haftalık yarım ücret ödendikten sonra iş sözleşmesinin ayakta tutulması ve istihdamın devamı amacıyla yıllık ücretli izin uygulamasına gidilebileceğini, ancak evde kalınan bu gibi günlerin yıllık ücretli izinden düşülmesinin dinlenme amacının tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında tartışılmalı nitelikte olduğunu ve bu bağlamda söz konusu sürenin yıllık ücretli izin süresinden sayılabilmesi için işçinin de onayının alınmasının uygun olacağını belirtmiş ise de getirilen yasakların toplum sağlığını koruma şeklindeki amacından hareketle işverenlerin işçilerin onayını almadan birikmiş izinlerini kullandırabilecekleri sonucuna varmıştır. Bkz. MANAV ÖZDEMİR, s.151.

⁵¹ DEĞER ERMUMCU/İZMİRLİOĞLU, s.102, 104-105.

⁵² ÖZVERİ, Pandemi, s.37.

⁵³ KIRKICI, s.56.

⁵⁴ AKYİĞİT, Ercan: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin” (Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin), *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (24), 2011, s.67; AKYİĞİT, Ercan: “Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin” (Yeni Borçlar Kanunu), *Sicil İş Hukuku Dergisi*, (21), 2011, s.34; AKYİĞİT, Türk Borçlar Kanunu, s.132; EKİN, s.1396-1399.

⁵⁵ CANIKLIOĞLU, s.1147; TUGAY, s.209, 224.

⁵⁶ Yıllık ücretli izin alacağına ilişkin ödemelerin hakkın amacına ulaşmasında etkili olmadığı açıktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, Mehmet Onat: “Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler”, *Çalışma ve Toplum*, (35), 2012, s.74 vd.

ücretli iznin kullanılması esastır. Böylece iznin kullanılmayıp biriktirilmesinin ve bunun sınırsız olmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ancak işverenin de işçisine izin hakkının kullanım dönemine ilişkin bilgilendirme yapması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷. Fransız Hukukunda ise, her ne kadar işçi lehine olmak kaydıyla birtakım istisnalar öngörülmüş olsa da yıllık ücretli izinlerin her yıl kullanılması esas⁵⁸ olup İş Kodu'nun L. 3141-1 maddesinde buna açıkça yer verilmiş, L. 3141-13 maddesinde ise yıllık ücretli izinlerin her sene 1 Mayıs-31 Ekim tarihleri arasındaki dönemde alınması öngörülmüştür. Kanaatimizce hukukumuz açısından da benzer şekilde açık bir düzenleme yapılması yıllık ücretli izin hakkının niteliği ve anayasal amacına uygun olacaktır.

Mevcut yasal düzenleme çerçevesinde pandemi dönemi özelinde değerlendirecek olursak, pandemi birikmiş bulunan yıllık ücretli izin sürelerinin eritilmesi için işverenlerce âdeta bir fırsat olarak görülmüştür. Bunda, yıllık ücretli izne hak kazanan işçinin izne çıkmak istediği tarihi kendisinin belirleyememesinin, belirleme yetkisinin yönetim hakkı gereği işverene ait olduğunun kabul edilmesinin payı da büyüktür. Şöyle ki, Yönetmelikte ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği üzere, işçinin izne çıkmak istediği tarihi en az bir ay öncesinden yetkili kişi veya izin kuruluna bildirmesi (m.7/1) ve bu isteminde adını soyadını, varsa sicil numarasını, iznini hangi tarihler arasında kullanmak istediğini ve ücretsiz yol izni isteyip istemediğini yazması (m.8/1) gerekmektedir. İzin kurulu veya işveren işçinin belirttiği tarih ile bağlı değil ve yıllık ücretli iznin ne zaman kullanılacağını belirleme yetkisi işverene ait ise de işçinin talebi olabildiğince göz önünde bulundurularak ve aynı tarihe rastlayan izin isteklerinde işyerindeki kıdem ve bir önceki yıl iznini kullandığı tarih dikkate alınarak öncelikler belirlenmekte (m.8/3), işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak izin sıra ve nöbet çizelgeleri hazırlanmaktadır (m.8/2). Hatta, yıllık ücretli iznin niteliği işçi açısından her halde kullanılmasını ve işveren açısından da kullanılmasını gerektirdiğinden bahisle⁵⁹ işverenin işçinin herhangi bir talebi olmasa dahi izin tarihini tespit edebileceği, gözetme borcu gereği bununla yükümlü olduğu ve işçinin, işverenin yıllık ücretli izne çıkarma talebini kabul etmeme yetkisinin bulunmadığı öğretide savunulmaktadır⁶⁰.

Nitekim, Alman Hukukunda işverenin işçiden gelen yıllık ücretli izin talebini BUrlG § 7/I hükmü gereği acil işletmesel gerekliliklere dayalı olarak reddetme hakkının bulunduğu ve pandemi döneminde de bu nedenle talebin reddedilebileceği kabul edilmekle birlikte, mevzuatta işverenin izin tarihini belirleyebileceğine dair bir düzenleme olmadığından kendi öngördüğü tarihi doğrudan uygulama yetkisi bulunmadığı gibi bu tarihi işçinin rızasına aykırı belirlemesinin de mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁶¹. Çalışandan talep gelmeksizin işverence izin tarihinin belirlendiği hallerde ise, işçinin farklı bir dönemde izin talebini belirterek, işverenin önerisini reddetme hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir⁶². Böylece yıllık ücretli izin hakkının kullanım zamanı belirlenirken acil işletmesel gereklilikler yahut sosyal açıdan öncelikli diğer çalışanların talebi olmadığı sürece işçinin talebi dikkate alınmaktadır. Kanaatimizce, hukukumuzda da işverenin yönetim hakkının sınırının yasa ile çizilmesi isabetli olacaktır.

Bize göre, nasıl ki işçi dilediği zaman yıllık ücretli iznini kullanamıyorsa işveren de dilediği zaman işçiyi izne gönderememelidir. İşverene tanınan yetkinin dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gerektiği gibi keyfi kullanımı da mümkün değildir. Bir diğer ifade ile, söz konusu yetkinin sınırını hakkın kötüye kullanılması yasağı teşkil eder⁶³. Zira bu yetki, izin kullanma

⁵⁷ BAG. Urt. 19.2.2019-9 AZR 423/6, NZA 2019, H. 14, s.977 vd.

⁵⁸ Ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion: Les congés payés, <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/les-conges-payes-et-les-conges-pour-projets-pro-et-perso/article/les-conges-payes>, (Erişim Tarihi: 04.04.2021)

⁵⁹ SÜZEK, s.848; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.714; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s.343; SEVİMLİ, s.42; ÖZTÜRK, s.80, 28 numaralı dn.

⁶⁰ CANIKLIOĞLU, s.1160, 59 numaralı dn.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.419; EKMEKÇİ/YİĞİT, s.464-465; GÜVEN/AYDIN, s.473; AKYİĞİT, Gecikme Faizi, s.10; AKYİĞİT, Ercan: "Yıllık İzin Ücreti Mirasçıya Geçmez mi?" (Mirasçı), TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 15-16(6-1), 1999-2000, s.13, 8 numaralı dn.; SEVİMLİ, s.42; ÖZTÜRK, s.78, 19 numaralı dn.; ÖKSÜZ, s.859; DURSUN ATEŞ, s.404, dn. 916 ve orada anılan yazarlar. Benzer yönde bkz. KESER, s.46.

⁶¹ BAYREUTHER, s.1058; SAGAN, Adam/BROCKFELD, Marius: "Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie", NJW, H. 16, 2020, s.1115; FISCHINGER, Philipp/HENGSTBERGER, Silas: "Arbeitsrechtliche Fragen in der Corona-Krise", JA, H. 8, 2020, s.568; HOHENSTATT, Klaus-Stefan/KROİS, Christopher: "Lohnrisiko und Entgeltfortzahlung während der Corona-Pandemie", NZA, H. 7, 2020, s.418-419.

⁶² FISCHINGER/HENGSTBERGER, s.568; HOHENSTATT/KROİS, s.419.

⁶³ AKYİĞİT, Türk Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, s.66; AKYİĞİT, Yeni Borçlar Kanunu, s.33; DEĞER ERMUMCU/İZMİRLİOĞLU, s.111. Yönetim hakkının sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, met/er matbaası, İstanbul 1981, s.81 vd.; ZEYBEKOĞLU, Pınar: İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İtiraz Edilebilir İş Kavramı, Legal Yayınevi, İstanbul 2018, s.39, 65; TUGAY, s.226; ERDEMİR, M. Aymelek: İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.129-130.

zamanının işyerinin ilişkilerine veya işverenin kişisel gereksinimlerine göre düzenlenmesi gerekliliği ile işçilerin birden çok olması durumunda izin sürelerinin birbirine ayarlanmasının zorunluluğu gibi nedenlerden ötürü⁶⁴, daha kısa bir ifade ile işyerindeki düzenin ve mal ve/veya hizmet üretimi sürecinin aksamaksızın devamı açısından⁶⁵ işverene tanınmıştır. Ayrıca, söz konusu yetkinin kullanımı ancak işçiden gelen bir talep ile mümkün olmalıdır⁶⁶. Bir diğer ifade ile işverenin, işçinin rızası veya talebi olmaksızın tek taraflı olarak yıllık ücretli izin kullandırması mümkün değildir. Aksi takdirde, yönetim hakkının sınırları aşılmış olacaktır⁶⁷. Bununla birlikte, yıllık ücretli iznin kullanılması gereken dönemin sonuna yaklaşıldığı ve işverence hatırlatıldığı halde işçinin talepte bulunmaması ile sınırlı olmak kaydıyla, işverenin tek taraflı olarak yıllık ücretli izin kullandırma yetkisinin bulunduğunu düşünmekteyiz. Pandemi döneminde ise, işçinin talepte bulunması halinde hak edilen yıla yahut geçmiş yıllara ilişkin yıllık ücretli izinler kullandırılabilir, hatta tarafların anlaşmaları halinde teklifin işverenden gelmiş olması da herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir. Buna karşılık, tarihlerini işverenin belirlediği, işçinin bu yönde bir isteğinin olmadığı gibi üzerinde herhangi bir söz hakkının da bulunmadığı bir yıllık ücretli izin uygulaması mümkün ve geçerli olmamalıdır. Bu yorum, yıllık ücretli izin kurumunun temel ilkelerinden “yıllık iznin bölünemeyeceği ve ertelenemeyeceği”, “yıllık ücretli izinden vazgeçilememesi” ile “yıllık ücretli iznin kullandırılması zorunluluğu” ilkelerine uygun düşmektedir⁶⁸. Ayrıca, her ne kadar ülkemiz tarafından henüz onaylanmamış olsa da⁶⁹, ILO’nun 132 sayılı Gözden Geçirilmiş Ücretli İzinler Sözleşmesi hükümlerine de uygundur⁷⁰. Zira söz konusu Sözleşmenin m.10 hükmü yönetmelik, toplu iş sözleşmesi, tahkim kararı veya ulusal uygulamalar ile uyumlu başka herhangi bir şekilde belirlenmediği sürece yıllık ücretli izin tarihinin ilgili işçi veya temsilcileri ile görüşüldükten sonra işveren tarafından belirleneceğini, bu belirleme yapılırken de işin gerekleri ile ilgili işçi açısından dinlenme ve rahatlama olanaklarının göz önünde bulundurulacağını öngörmektedir⁷¹. 98 sayılı Tavsiye Kararı’nın m.9/1 düzenlemesi uyarınca, yıllık ücretli izin alınması gereken dönem hakkında işverenler ile işçiler arasında görüşmeler gerçekleştirilmeli ve bu dönemin belirlenmesinde mümkün olduğu ölçüde işçinin kişisel istekleri dikkate alınmalıdır⁷². Bir an için söz konusu hükümlerin olağan dönemlere ilişkin olarak yıllık ücretli izin tarihlerinin tespitine yönelik olduğu savı ileri sürülebilir olsa da ILO tarafından yayımlanan 29 Mayıs 2020 tarihli “ILO Standartları ve Covid-19 (koronavirüs) Sıkça Sorulan Sorular”da “İzin hakları ve özel çalışma düzenlemeleri” başlığı altında yer verilen

“bir işçi yıllık ücretli izinlerini kullanmak zorunda bırakılabilir mi?” sorusu “potansiyel maruziyetten kaçınmak için tedbir olarak iznin gerekli olduğuna dair bir karar alınması halinde dahi işverenler, işçilerin yıllık ücretli izinlerini kullanmalarını tek taraflı olarak talep etmemelidirler.”

şeklinde cevaplanmış, devamında 132 sayılı Sözleşmenin m.10 hükmünün öngördüğü esaslara yer verilmiştir⁷³. Böylelikle, olağanüstü dönemlerde ve bu dönemlerde karşılaşılan en uç durumlarda dahi bu prensiplerin geçerli olduğu ifade edilmiştir. Sonuç olarak, Fransız Hukukundaki gibi açık ve ayrık bir düzenleme de mevcut olmadığı sürece pandemi döneminde de yıllık ücretli

⁶⁴ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.182; CANİKLİOĞLU, s.1161.

⁶⁵ TAŞKENT, s.131; SEVİMLİ, s.44.

⁶⁶ SÜMER, Haluk Hadi/KAYIRGAN, Hasan: İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2.B., Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.349; SÜMER, s.455.

⁶⁷ Oysaki Fransız Hukukunda, pandemi dönemi haricinde, İş Kodu m. L. 3141-15 hükmünün öngördüğü sözleşmelerde konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı durumlarda, izin dönemi ve izne ayrılma sırası işveren tarafından ve fakat işçilerin aile durumları ve kıdemleri ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar açısından başka işveren veya işverenler nezdindeki çalışmaları dikkate alınmak, ayrıca Sosyal ve Ekonomik Komitenin de görüşü alınmak suretiyle belirlenmektedir (m. L. 3141-16). İstisnai durumlarda işveren, izne ayrılış tarih ve sırasını belirlenen tarihten en az bir ay önce değiştirebilmektedir (m. L. 3141-16). Dolayısıyla, yıllık ücretli izin tarihi işçinin kendisi belirleyemekte ve işverenin onayı olmadan yıllık ücretli izne ayrılması mümkün olmamaktadır. PELISSIER/AUZERO/DOCKES, p.838 ve I numaralı dn.

⁶⁸ AKYİĞİT, Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin, s.5; AKYİĞİT, Deniz İş Kanunu, s.303.

⁶⁹ Söz konusu Sözleşme, ülkemizin de dahil olduğu 149 ülke tarafından onaylanmamışken 38 ülke tarafından onaylanmış bulunmaktadır. Çalışmamızda konu ile ilgili düzenlemelerine yer verdiğimiz ülkelerden Almanya Sözleşmeyi onaylamış ülkeler arasında yer alırken, Fransa onaylamamış bulunmaktadır.

⁷⁰ AKYİĞİT, Mirasçı, s.13.

⁷¹ https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312277, (Erişim Tarihi: 18.03.2021)

⁷² https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312436,fr:NO, (Erişim Tarihi: 18.03.2021)

⁷³ ILO: ILO Standards and COVID-19 (coronavirus), 2020, p.25, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/genericdocument/wcms_739937.pdf, (Erişim Tarihi: 18.03.2021)

izne ayrılma tarihi işçi ile işverenin birlikte belirledikleri ve mutabık kaldıkları bir tarih olmalıdır⁷⁴.

Diğer yandan, yıllık ücretli iznin amacı dikkate alındığında pandemi sürecinde karantinaya alınan veya Covid-19 tanısı konan ya da sokağa çıkma yasağı kapsamında olan işçilerin işe devam edemedikleri sürelerin yıllık ücretli izin sürelerinden mahsup edilmesi uygulamasına da ihtiyatla yaklaşılmalıdır. İş Kanunu m.56/4 ile Yönetmelik m.6/3 hükümleri, işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinlerinin yıllık ücretli izne mahsup edilemeyeceğini öngörmüştür. Öğretide, yıllık ücretli izin sürecine denk gelen kanundan veya işyeri uygulamalarından kaynaklanan başka mazeret izinlerinin verilmesi halinde bunların da mahsup edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵. İçinde bulunduğumuz pandemi dönemi açısından

“Yıllık izinle ihbar sürelerinin, yıllık izinle hastalık nedeniyle geçici iş göremezlik sürelerinin dahi örtüşürülemediği bir yasal sistem içerisinde kalkıp zorlayıcı bir nedenle işçinin işe gidemediği bir günün yıllık izinden mahsubunu düşünmek hem yıllık izine hem de iş yasasının temel mantığına aykırı”⁷⁶

bulunabilir. Özellikle 15.03.2020 tarihi itibari ile İç İşleri Bakanlığı tarafından yayımlanan çeşitli Genelge ile Ek Genelge hükümleri nazara alındığında, pandemi döneminde hak edilmiş veya birikmiş izinlerin kullanılmasının yıllık ücretli iznin dinlenme amacına uygun olduğunu savunmanın oldukça güç olduğu kanısındayız. Her ne kadar yıllık ücretli izinde olmak mutlaka tatile gitmek, şehir dışı veya yurtdışına çıkmak demek değil ise de seyahat ve sokağa çıkma kısıtlama ile yasaklarının, karantina uygulamalarının bulunduğu, dışarı çıkılabilen sınırlı zamanlarda ise maske-sosyal mesafe-hijyen kurallarına uyulmasının gerektiği bu süreçte, işçilerin işe gitmeyerek dinlendiklerini iddia etmek gerçekçi olmadığı gibi izin tarihlerinin belirlenmesinde işçi açısından dinlenme ve rahatlama olanaklarının göz önünde bulundurulması gerekliliğini de göz ardı eder niteliktedir. Yıllık ücretli izin hakkının hak süjesinin işlemlere karşı da koruma sağlar bir nitelik göstermesinden dolayı⁷⁷ talebin kimden geldiğinin de bir önemi yoktur. Bizce de pandemi sürecinde karantinaya alınan veya Covid-19 tanısı konan ya da sokağa çıkma yasağı kapsamında olan işçilerin işe devam edemedikleri sürelerin yıllık ücretli izin sürelerinden mahsup edilmesinin hiçbir şekilde hukuka uygun yönü yoktur. Kaldı ki, bu şekilde izne ayrılan işçilerden birçoğunun evden çalışmaya devam ettiği de bilinen bir gerçektir. Oysaki hem çalışmak hem de dinlenmek mümkün değildir. Sonuç olarak, belirtilen uygulamalar dinlenme amacına aykırıdır. Dolayısıyla, işçi iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte yıllık izinlerin kullanılmaması nedeniyle bu günlere ilişkin ücretlerini talep edebilmelidir.

IV. SONUÇ

Yıllık ücretli izne ilişkin mevzuatımızdaki düzenlemeler amaçsal olarak işçiyi koruyucu hükümlerden olmasına rağmen mevcut hali ile amacına uygun bir şekilde var olmayı başaramamıştır⁷⁸. Zira uygulamada yıllık ücretli izin ile ilgili; kullanılmadığı halde kullanılmış gibi gösterilerek henüz iş ilişkisi devam ederken parasal karşılığının ödenmesi, bazı hallerde işçiden gelen taleple çoğu halde ise işverence kullanılmayarak biriktirilmesi yahut işverence verilen ve fakat yıllık ücretli izinden sayılmaması gereken pek çok iznin yıllık ücretli izinden düşülerek tüketilmesi, işçinin yıllık ücretli izin kullanım talebinin ve belirlediği tarihlerin dikkate alınmaması vb. pek çok olumsuz durum söz konusudur. Diğer yandan, hem bekleme süresinin uzunluğu ile hak kazanılan sürenin uluslararası standartlara göre kısalığı hem de çalışılan süre ile orantılı yıllık ücretli izin kullanımına izin verilmemiş olması yasal düzenlemenin amaca uygun olmadığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki, mevzuattaki kısmi izin uygulamasına ilişkin eksiklik yasal temeli, dolayısıyla sınırı da olmayan avans izin uygulamasına da sebebiyet vermiştir. Yine kullanılacak yıllık ücretli izin tarihinin belirlenmesinin işverene bırakılması, sadece Yönetmelikle mümkün olabildiğince işçinin talebinin dikkate alınacağını belirtilmesiyle yetinilmiş olması da kanaatimizce isabetli değildir. Oysaki, yıllık ücretli izin hakkı anayasal temeli olan dinlenme hakkının önemli bir parçası olup amacına uygun kullanımı sağlayacak yasal zeminin hazırlanması ve uygulamasının denetlenmesi sosyal devletin temel yükümlülüklerindedir.

Pandemi ve buna benzer olağanüstü dönemlerde, işletmelerin korunmasının istihdamı korumadaki önemi yadsınmaz. Bununla birlikte, söz konusu ihtiyaç iş hukukunun temel

⁷⁴ Pandemi harici dönem açısından aynı görüşte bkz. BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap: İş Hukuku. 5. B., Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.178.

⁷⁵ EKMEKÇİ/YİĞİT, s.462.

⁷⁶ ÖZVERİ, Pandemi, s.30, 33.

⁷⁷ SÜZEK, s.848; SEVİMLİ, s.42; TUGAY, s.209.

⁷⁸ ÖZVERİ, s.922.

ilkelerinden ve işçinin korunması anlayışından tamamen uzak bir yoruma gidilmesi sonucunu da doğurmamalıdır. Bilindiği üzere, pek çok işveren bu dönemde pandemiye ilişkin idari tedbirler veya işletmesel gereklilikler nedeniyle işçilerinin yıllık ücretli izin hakkını tek taraflı tespit ettiği tarihlerde ve yöntemle kullandırma yoluna gitmiştir. Ancak kanaatimiz, özellikle toplu izin uygulaması dışında kalan avans izin kullandırma yöntemine başvurulmaması, toplu izin uygulaması açısından ise mevcut yasal düzenlemenin işçinin katılımını da sağlar şekilde değiştirilmesi gerektiği yönündedir. Ayrıca, hak kazanılan yıllık ücretli iznin kullanım tarihinin işçinin talebi ile belirlenmesini, ancak işletmesel gereklilikler nedeniyle talep edilen tarihe uyulamaması halinde yeni tarihin işverence tek taraflı olarak değil, işçi ile işverenin anlaşması ile belirlenmesini açıkça esas alan yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu görüşündeyiz. Birikmiş yıllık ücretli izinler bakımından kanaatimiz, buna izin vermeyecek bir sistem geliştirilmesi gerektiği yönünde olmakla birlikte hâlihazırda birikmiş bulunan yıllık ücretli izinler tarafların anlaşması ile kullanılabilir. Bu kapsamda öncelikle işçiye geçmiş yıllardan kalan birikmiş ücretli izin hakkının bulunduğu hatırlatılarak bir tarih belirlemesi gerektiği bildirilmeli, ancak buna rağmen izin kullanma dönemi belirlenmediği takdirde işverence belirtilen tarihlerde iznin kullandırılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Zira bu halde işverenin yerine getirmediği bir yasal yükümlülüğü söz konusu olup mümkün olan en kısa sürede bu yükümlülüğün ifa edilmesi isabetli olacaktır. Aksi yönde kabul ise yıllık ücretli iznin birikmeye devam edip sözleşme süresinin sonunda parasal karşılığının ödenmesi demek olacağından yıllık ücretli izin hakkının amacı ve işlevi ile bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, tüm birikmiş iznin bir defada kesintisiz ve işçinin dinlenmesine uygun olmayan bir dönemde kullanmaya zorlar şekilde verilmesi de yasal yükümlülüğünü süresinde yerine getirmeyen işverene tek taraflı belirleme ve kullandırma imkânı sağlayacaktır ki, bunun da kabulü Türk Medeni Kanunu m.2/2 hükmü çerçevesinde mümkün değildir. Elbette belirtilen görüşler işçinin bu yönde bir talebi yahut rızası olmayan haller bakımından geçerlidir. Zira kısa çalışma ödeneğinden yararlanmak yahut ücretsiz izne ayrılmak yerine mevcut veya birikmiş yıllık ücretli izinlerini kullanmak isteyen işçilerin taleplerini gerçekleştirilmelerinin önünde herhangi bir engel yoktur.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent: “COVID-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, Çimento İşveren, 34(3), 2020, s.16-71.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- AKYİĞİT, Ercan: Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2020. (Kısaltma: İş Hukuku)
- AKYİĞİT, Ercan: “Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 24(1-2), 2012, s.1-41. (Kısaltma: Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin)
- AKYİĞİT, Ercan: “Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.299-352. (Kısaltma: Deniz İş Kanunu)
- AKYİĞİT, Ercan: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (29), 2011, s.117-140. (Kısaltma: Türk Borçlar Kanunu)
- AKYİĞİT, Ercan: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (24), 2011, s.55-73. (Kısaltma: Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin)
- AKYİĞİT, Ercan: “Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (21), 2011, s.25-39. (Kısaltma: Yeni Borçlar Kanunu)
- AKYİĞİT, Ercan: “Kullandırılmayan Yıllık İzin Ücretinde Gecikme Faizi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 20(3), 2006, s.1-16. (Kısaltma: Gecikme Faizi)
- AKYİĞİT, Ercan: “Yıllık İzin Ücreti Mirasçıya Geçmez mi?”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 15-16(6-1), 1999-2000, s.12-23. (Kısaltma: Mirasçı)
- ALPAGUT, Gülsevil: “7244 Sayılı Kanun’la Getirilen Düzenlemeler ve İnşaat Sektöründe Uygulama Sorunları”, İnşaat Sektöründe Salgın Dönemi Çalışma Hayatı Uygulamaları (Hukuk-İdari Uygulamalar), İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara 2020, s.79-104.
- ALPAGUT, Gülsevil: “Pandemi’nin İş Sözleşmesine Etkisi Ücretsiz İzin Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden”, in Alpaut, Gülsevil (ed.), Pandemi Sürecinde İş Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.61-98. (Kısaltma: Pandeminin İş Sözleşmesine Etkisi)
- AYDEMİR, Murteza: “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının İş Sözleşmelerine Etkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, 15(164), 2020, s.791-804.
- BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap: İş Hukuku. 5.B., Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- BAYCIK, Gaye: “Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri”, 2020, <http://gayebaycik.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-VI%CC%87RU%CC%88S-SALGINININ-I%CC%87S%CC%A7I%CC%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%CC%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2021).
- BAYREUTHER, Frank: “Einseitige Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber und Urlaub während der Kurzarbeit, Nicht nur aber auch mit Blick auf den Lockdown während der Pandemie”, NZA, 2020, H. 16, s.1057-1063.
- BİNGÖL, Serkan: Yıllık Ücretli İzin, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen: “İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullandırılmamasının Sonuçları”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.1144-1174.
- CENTEL, Tankut: “Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (43), 2020, s.11-29.
- CORTOT, Julie: “Ordonnance coronavirus concernant les jours de repos du salarié, de quoi parle-t-on?”, Dalloz actualité, 2020, dalloz.fr, (Erişim Tarihi: 01.08.2020).
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- ÇİL, Şahin: Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2020. (Kısaltma: Salgının Etkileri)
- ÇİL, Şahin: “7244 Sayılı Kanun’la Getirilen Düzenlemeler ve İnşaat Sektöründe Uygulama Sorunları”, İnşaat Sektöründe Salgın Dönemi Çalışma Hayatı Uygulamaları (Hukuk-İdari Uygulamalar), İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara 2020, s.27-64.
- ÇUBUKCU, Erdoğan: “Karar İncelemesi: Yıllık Ücretli İznin Kullanılma Zamanı-İşçinin Kullanmadığı Yıllık İzne Ait Ücret Alacağı Hakkının Doğumu-Yıllık İzin Ücretinde Zaman Aşımı Başlangıcı”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 15-16(6-1), 1999-2000, s.61-67. (Kısaltma: Karar İncelemesi)
- ÇUBUKCU, Erdoğan: “4857 sayılı Yeni İş Kanunu Açısından İşçinin Yıllık Ücretli İzni Hakkında Düşünceler”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 21(4), 2008, s.1-7.
- DECHRISTELE, Caroline: “Coronavirus : mesures d’urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos”, 2020, dalloz.fr, (Erişim Tarihi: 01.08.2020).
- DEĞER ERMUMCU, Senem/İZMİRLİOĞLU, Ayça: “4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Yıllık Ücretli İzin Uygulaması ve Avans İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (44), 2020, s.96-117.
- DUMAN, Barış: 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- DURSUN ATEŞ, Sevgi: İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- EKİN, Ali: “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.1385-1408.

- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- ERDEMİR, M. Aymelek: İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- EYRENCİ, Öner: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal Yayınevi, İstanbul 2014, s.150-187.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- FISCHINGER, Philipp /HENGSTBERGER, Silas: “Arbeitsrechtliche Fragen in der Corona-Krise”, JA, H. 8, 2020, s.561-569.
- GÖKTAŞ, Seracettin/ÖNDER, Nurcan: “Salgın Hastalık Döneminde Fesih Yasakları, Ücretsiz İzin Uygulamaları ve İş Hukukundan Doğan Sorunlar”, İnşaat Sektöründe Salgın Dönemi Çalışma Hayatı Uygulamaları (Hukuk-İdari Uygulamalar), İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara 2020, s.11-26.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (20), 2010, s.28-50.
- GÜNER, Erol: “Hak Kazanmadığı Yıllık Ücretli İznini Kullanan İşçi İşyerinden Ayrılsa İşveren İşçiden İzin Ücreti Talep Edilebilir mi?”, Mali Çözüm Dergisi, (103), 2011, s.279-287.
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2020.
- HOHENSTATT, Klaus-Stefan/KROÏS, Christopher: “Lohnrisiko und Entgeltfortzahlung während der Corona-Pandemie”, NZA, H. 7, 2020, s.413-418.
- ILO: Concept Note, COVID-19 and the World of Work Building a better future of work 1-2 and 7-9 July 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/meetingdocument/wcms_747931.pdf, (Erişim Tarihi: 01.08.2020).
- ILO: ILO Standards and COVID-19 (coronavirus), 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/genericdocument/wcms_739937.pdf, (Erişim Tarihi: 18.03.2021).
- KESER, Hakan: “Korona Virüs (Covid 19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 17(65), 2020, s.23-94.
- KIRKICI, Hıdır: “Koronavirüs Pandemisi Karşısında İş Hukukunun Durumu”, İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, 2020, s.52-57.
- KOH, David/GOH, Hui Poh: “Occupational health responses to COVID-19: What lessons can we learn from SARS?”, Journal of Occupational Health, 2020, 62(1), <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/1348-9585.12128>, (Erişim Tarihi: 01.08.2020).
- KURT, Resul: 250 Soruda Koronavirüs (Covid-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2020. (Kısaltma: Koronavirüs)
- KURT, Resul: “Yıllık Ücreti İzin Uygulamasında Özellikli Durumlar ve İzin Satılmazlığı”, Mali Çözüm Dergisi, (143), 2017, s.46-68.
- LÖWISCH, Manfred: Arbeitsrecht, 8. Auflage, Werner Verlag, Köln 2007.
- MANAV ÖZDEMİR, Eda: “Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (43), 2020, s.126-157.
- MAZEAUD, Antoine: Droit du travail. 7e édition, Lextenso, Paris 2010.
- Ministère du Travail, de l’Emploi et de l’Insertion: Précisions sur l’ordonnance portant mesures d’urgence en matière de congés payés, de durée de travail et de jours de repos, 2020, <https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/precisions-sur-l-ordonnance-portant-mesures-d-urgence-en-matiere-de-conges>, (Erişim Tarihi: 04.04.2021).
- Ministère du Travail, de l’Emploi et de l’Insertion: Les congés payés, <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/les-conges-payes-et-les-conges-pour-projets-pro-et-perso/article/les-conges-payes>, (Erişim Tarihi: 04.04.2021).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt: 1: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2020.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- ÖKSÜZ, Ömer: “Yıllık Ücretli İzin”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (11), 2006, s.853-865.
- ÖZEN, Turgay: “Yıllık Ücretli İzin ve Avans İzin Kullanımı”, 2013, <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/turgay/032/>, (Erişim Tarihi: 24.03.2021).
- ÖZTÜRK, Mehmet Onat: “Kullanılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler”, Çalışma ve Toplum, (35), 2012, s.73-98.
- ÖZVERİ, Murat: “Pandemi Sürecinin İş Hukukuna Yansımaları”, İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, 2020, s.25-38. (Kısaltma: Pandemi)

- ÖZVERİ, Murat: “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (15), 2007, s.922-942.
- PELISSIER, Jean/AUZERO, Gilles/DOCKES, Emmanuel: Droit du travail, 27e édition, Dalloz, Paris 2013.
- RAY, Jean-Emmanuel: Droit du travail droit vivant 2010/2011, 19e édition, Editions Liaisons, Paris 2010.
- SAGAN, Adam/BROCKFELD, Marius: “Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie”, NJW, H. 16, 2020, s.1112-1117.
- Salgının İş Yaşamına ve Hukukuna Etkileri Raporu, 2020, https://makinebirlik.com/docs/06_COVID_RAPOR_SEC.pdf, (Erişim Tarihi: 01.03.2021).
- SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz/KAYIRGAN, Hasan: “Covid-19 Pandemisi Döneminde Ücretsiz İzin ve Kısa Çalışma Uygulamaları”, in Şenocak, Kemal (ed.), COVID-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.307-393.
- SENYEN KAPLAN, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
- SEVİMLİ, Ahmet: “Yıllık Ücretli İznin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (18), 2010, s.40-47.
- SÜMER, Haluk Hadi: “COVID-19 Küresel Salgınının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Meydana Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TÜBA COVID-19 KÜRESEL SALGINI: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, Ankara 2020, s.95-110. (Kısaltma: Rapor)
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- SÜMER, Haluk Hadi/KAYIRGAN, Hasan: İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- SÜZEK, Sarper: “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (14), 2009, s.5-28. (Kısaltma: Bireysel İş Hukuku)
- ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü: Covid-19 (SARS-CoV-2 Enfeksiyonu) Genel Bilgiler, Epidemioloji ve Tanı, Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması, 2020, https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/rehberler/covid-19-rehberi/COVID19_REHBERI_GENEL_BILGILER_EPIDEMIOLOJI_VE_TANI.pdf, (Erişim Tarihi: 01.08.2020).
- TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, met/er matbaası, İstanbul 1981.
- TUGAY, Mustafa: “Yıllık Ücretli İzin”, Yaşar Hukuk Dergisi, 1(2), 2019, s.205-247.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- UYANIK, Murat/KORKMAZ, Çağlar: “Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve İş Hukuku Bakımından Etkileri”, in Özekes, Muhammet (ed.), Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.729-737.
- UZUNKAYA, Cafer: “Salgın Hastalık Döneminde Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği”, İnşaat Sektöründe Salgın Dönemi Çalışma Hayatı Uygulamaları (Hukuk-İdari Uygulamalar), İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, Ankara 2020, s.131-136.
- VERNAC, Stéphane: “Urgence sanitaire : quelle est la portée des dérogations aux règles de congés et de durée du travail ? ”, Recueil Dalloz, p.1032.
- YÜREKLİ, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, (38), 2020, s.34-61.
- YÜREKLİ, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri”, Rapor Korona Virüs (COVID 19) Salgınının Hukukî İlişkilere Etkisi (Özellikle Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, İş Hukuku, Medenî Usul ve İcra Hukuku Alanlarına İlişkin Bir İnceleme), İstanbul 2020, s.65-95. (Kısaltma: Rapor)
- ZEYBEKOĞLU, Pınar: İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İtiraz Edilebilir İş Kavramı, Legal Yayınevi, İstanbul 2018.

İnternet kaynakları:

<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66935/genel-koronavirus-tablosu.html>

<https://www.augsburger-allgemeine.de/geld-leben/Betriebsferien-wegen-Corona-Kostet-das-Urlaubstage-id58775636.html>

<https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/betriebsurlaub-wegen-corona-diese-rechte-haben-arbeitnehmer,SJRzcsV>

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312436,fr:NO

https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312277

<https://www.legifrance.gouv.fr>

**TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA HALİNDE ORTAK VELÂYETE
HÜKMEDİLİP HÜKMEDİLEMeyeCEĞİ SORUNU*****THE QUESTION OF WHETHER JOINT CUSTODY CAN BE RULED
IN THE CASE OF DIVORCE IN TURKISH LAW**H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL**  **Makale Bilgi**Gönderi: 07/07/2021
Kabul : 09/12/2021**Anahtar Kelimeler**Velâyet,
Ortak (Birlikte)
Velâyet,
Boşanma.**Özet**<https://doi.org/10.21492/inuhfd.963579> 

Velâyet, kural olarak küçüklerin ve istisnai olarak kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanabilmesi için, şahıs ve malları üstünde ana-babalarının sahip oldukları yükümlülük ve hakların bütünüdür. Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesine göre evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanır (f. 1). Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olur (f. 3). Ancak evliliğin boşanma ile sona erdiği hallerde de aynen evlilik devam ederken olduğu gibi, ana ve babanın velâyeti ortak bir şekilde kullanmalarının mümkün olup olmadığı son dönemlerde yoğun şekilde tartışılan bir konu haline gelmiştir. Avrupa'da yapılan bilimsel çalışmalarda, sağlıklı biçimde yürütülebilecek olması durumunda, ortak velâyetin, ana-babadan sadece biri tarafından yürütülen (tek başına) velâyete nazaran çocuğun menfaatine daha uygun olduğu tespit edilmiştir. Bu çalışmalar, Avrupa ülkelerinin büyük bir kısmında boşanma halinde ortak velâyetin de bir velâyet türü olarak kabul edilmesine yol açmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda henüz bu yönde açık bir düzenleme yapılmış değilse de, Türk öğretisinde mevcut düzenlemeler çerçevesinde ortak velâyete hükmedilebilmesi için bir zemin oluşturulmaya çalışılmaktadır. Uygulamada da çeşitli gerekçelerle ortak velâyete hükmedilmeye başlandığı ve bu yöndeki mahkeme hükümlerinin sayısının gün geçtikçe arttığı görülmektedir. Ancak uygulamada birliğin sağlanabilmesi adına bu önemli meselenin tüm hüküm ve sonuçları itibarıyla kanunda düzenlenmesinin gerekli olduğu da açıktır.

Article InfoReceived: 07/07/2021
Accepted: 09/12/2021**Keywords**Custody,
Joint Custody,
Divorce.**Abstract**

Custody, as a rule, is the rights and obligations of mothers and fathers on a person and his/her properties to ensure the care and protection of the minors and exceptionally the restricted people. According to article 336 of the Turkish Civil Code, the mother and father share the legal custody as long as the marriage continues (s. 1). The right of custody passes to the survivor in case of death of one of the parents and in case of divorce, it belongs to the parent who is awarded with the right of custody (s. 3). It has become a highly debated topic whether parents can have joint custody when their marriage ends with divorce as if they are still married. Studies conducted in Europe identifies that if parents can carry it out successfully, joint custody is better for child's benefits than the sole custody which is carried out by only one parent. In line with these studies, in the majority of European countries, joint custody is also accepted as a type of custody in case of divorce. Although the Turkish Civil Code has not yet made a clear regulation in this direction, it is tried to establish a basis for the common custody to be ruled within the framework of the existing regulations in Turkish doctrine. In practice, it is observed that joint custody has started to be ruled for various reasons and the number of such decisions is increasing day by day. However, it is clear that this important issue must be regulated by law in accordance with all its decisions and consequences in order to ensure a unity in practice.

 Bu eser [Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Bu çalışma, Tüm Yönleriyle Velayet Sempozyumu'nda (Atatürk Üniversitesi/ERZURUM) 1 Kasım 2019 tarihinde yapılan sözlü bildirinin güncelleştirilip, genişletilmiş tam metnidir.

** Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ERCOŞKUN ŞENOL H. Kübra, "Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyete Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu", İnÜHFD, 12(2), 2021, s.754-765. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

Custody, as a rule, is the rights and obligations of mothers and fathers on a person and his/her properties to ensure the care and protection of the minors and exceptionally the restricted people. According to article 336 of the Turkish Civil Code, the mother and father share the legal custody as long as the marriage continues (s. 1). The right of custody passes to the survivor in case of death of one of the parents and in case of divorce, it belongs to the parent who is awarded with the right of custody (s. 3). Whether it is possible for the parents to jointly use custody in cases where the marriage ends with a divorce, just as it is during the marriage, has become an intensely debated issue in Turkey recently. This issue has come to the fore long before Turkey, thanks to the changes brought about by the industrial revolution in social life in Europe. The prevailing view in the society was that women, who had little place in the society and business life before the industrial revolution, had a duty to take care of the child, while men had enough to pay for the care of the child. For this reason, in case of divorce, the custody of the child was mostly left to the mother and the father was ordered to cover the child's care expenses. However, as women began to take their place beside men in society and in business life, both men and women began to cover both the care of the child and the costs of care together; This situation has led to the idea that joint custody can be ruled even in case of divorce. In the scientific studies conducted in Europe, it has been determined that if it can be carried out in a healthy way, joint custody is more suitable for the interests of the child than the custody carried out by only one of the parents (alone). These studies have led to the acceptance of joint custody as a type of custody in case of divorce in most of the European countries. Given the fact that women start to take part in business life later in Turkey compared to European countries is one of the most important reasons why no regulation has been made in Turkish law regarding this issue until now. However, the factors such as roles of women and men in social life, the change in the socio-economic status of women, and especially the demands of divorced persons to rule on joint custody require that this issue is to be regulated in Turkish law nowadays.

While discussing whether joint custody is possible in the event of a divorce, the provisions such as 336/3 are discussed in Turkish law. According to TCC art. 336/3, the right of custody belongs to the parent who is awarded with the right of custody. It is debatable in the doctrine whether this provision obliges the judge to give custody to one of the parents in case of divorce. According to a minority opinion, TCC art. 336/3 is a regulation that allows only sole custody in other words allows one parent to have custody in case of divorce, and excludes joint custody. Some of the authors of this opinion say that joint custody is not in the best interests of the child, as it may cause the divorced persons to continue their conflicts over the child; therefore, they argue that the regulation of TCC art. 336/3, which allows only sole custody in case of divorce, is correct. On the other hand, some authors argue that the regulation of TCC art. 336/3 is not correct. According to the prevailing opinion, TCC art. 336/3 is not a regulation that prevents the joint custody of the parents in case of divorce. However, it is rightly argued in the doctrine that a clear legal arrangement which allows joint custody could be made. Among the authors who hold this view, it is debatable whether joint custody or sole custody should be the rule, or whether there is a need to introduce a rule and an exception with adding a clear provision to the TCC.

In this study, it is aimed to contribute to the civil law literature by considering the subject in line with both the regulations in Turkish law and comparative law and the views in the doctrine, furthermore prevail an opinion on how a legal regulation should be made about joint custody.

Although, after the decision of the Court of Cassation, based on Protocol No. 7 Supplementary to The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, that the practice of joint custody outside the marriage union is not contrary to the Turkish public order, the Regional Courts of Justice decided to grant joint custody in case of divorce. Although decisions have started to be made to ensure that there is unity in practice, this important issue should be clearly regulated in a law (preferably in the TCC, which is the basic law) in terms of all its provisions and consequences. Although the United Nations Convention on the Rights of the Child, in addition to the aforementioned Protocol, can be cited as an example of international agreements that allow joint custody in case of divorce, it is obvious that they do not contain the necessary details on the subject and therefore do not have the ability to be applied directly to a concrete event. However, it is clear that these international agreements have a great importance in terms of guiding the legislator in the arrangement to be made with the basic principles they bring, especially the best interests of the child and equality between spouses. Since each concrete case has its own characteristics, it would be appropriate to give the judge a wide discretion when making arrangements on this issue and not to create a rule-exception relationship between sole custody and joint custody. Because whether the child's superior interest, which is the most basic principle to be taken as a basis here, requires sole or joint custody is a matter that can only be determined by evaluating all the conditions in the concrete case.

I. GİRİŞ

Velâyet, kural olarak küçüklerin ve istisnai olarak kısıtlıların¹ bakım ve korunmalarının sağlanabilmesi için, şahıs ve malları üstünde ana-babalarının² sahip oldukları yükümlülük ve hakların bütünüdür³. Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanır (m.336/1). Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olur (m.336/3). Evliliğin boşanma ile sona erdiği hallerde ana-babanın aynen evlilik devam ederken olduğu gibi, velâyeti ortak bir şekilde kullanmalarının mümkün olup olmadığı son dönemlerde yoğun bir şekilde tartışılan bir konu haline gelmiştir⁴.

Bu konunun gündeme gelmesinin temel nedenlerinden birinin de sanayi devriminin toplumsal yaşamda meydana getirdiği değişiklikler olduğu belirtilmektedir⁵. Gerçekten de sanayi devriminden önce iş hayatında çok az yeri olan kadınların, evde çocuğun bakımını sağlama görevlerinin bulunduğu, buna karşılık erkeklerin ise çocuğun bakım masraflarını karşılamalarının yeterli olduğu toplumda hâkim olan görüştü. Bu nedenle boşanma halinde çocuğun velâyeti çoğunlukla anneye bırakılmakta ve babanın çocuğun bakım masraflarını karşılamasına hükmedilmekteydi. Sanayi devrimiyle birlikte kadının toplumda ve iş hayatında erkeğin yanında yer almaya başlamasıyla birlikte, hem kadın hem de erkek, gerek çocuğun bakımını ve gerekse de bakım masraflarını birlikte karşılamaya başlamış; bu durum ise boşanma halinde bile ortak velâyete hükmedilebileceği düşüncesini doğurmuştur.

Avrupa'da yapılan bilimsel çalışmalarda, sağlıklı biçimde yürütülebilecek olması durumunda, ortak velâyetin, ana-babadan sadece biri tarafından yürütülen (tek başına) velâyete nazaran çocuğun menfaatine daha uygun olduğu tespit edilmiştir⁶. Bu çalışmalar, Avrupa ülkelerinin büyük bir kısmında boşanma halinde ortak velâyetin de bir velâyet türü olarak kabul edilmesine yol açmıştır⁷. Türk öğretisi ve uygulamasının da bu çalışmalardan ve düzenlemelerden etkilenerek sorunu kendi perspektifinden ele alması kaçınılmaz bir hale gelmiştir.

II. BOŞANMA HALİNDE ORTAK VELÂYETE HÜKMEDİLEBİLİR Mİ?

A. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

1. İsviçre Hukuku

Kaynak Kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nda (Schweizerisches Zivilgesetzbuch - ZGB) 2000 yılına kadar, boşanma halinde ortak velâyete hükmedilebileceğine ilişkin açık bir kanuni düzenleme mevcut değildi. Boşanma halinde ortak velâyete hükmedilemeyeceği de uygulamadaki hâkim görüştü⁸. Ancak ortak velâyet konusunda ZGB'de 2000, 2014 ve 2017 yıllarında çeşitli

¹ Ergin olmayan çocuk, ana-babasının velâyeti altındadır ve hâkim tarafından vasi atanmasına gerek görülmedikçe, kısıtlanmış ergin çocuklar da ana ve/veya babasının velâyeti altında kalır (TMK m.335).

² Evlat edinmede ana-babaya ait hak ve yükümlülükler evlât edinene geçmektedir (TMK m.314/1).

³ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul 1986 s.497; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.503-504; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.245; ÇETİNER, Selma: "Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s.42.

⁴ Evliliğin butlanına ilişkin TMK m.157/2'ye göre çocuklarla ana-babaları arasındaki ilişkilere boşanmaya dair hükümler uygulanır. Buna göre bu çalışmada ortak velâyet ile ilgili olarak belirtilen hususlar, evliliğin butlanı bakımından da geçerlidir. Ortak velâyetin evlilik dışı dünyaya gelen ve TMK m.337/1'e göre velâyeti anaya ait olan çocuklar bakımından uygulanabilir olup olmadığı da tartışmalı olmakla beraber, buradaki dinamikler boşanma halinden farklı olduğundan, boşanmadaki durumun bu konudan ayrı olarak ele alınması daha isabetlidir.

⁵ ERLÜLE, Fulya: İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin, Ankara 2019, s.98; USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2016, s.2, 118; SERDAR, İlknur: "Birlikte Velâyet", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), 2008, s.170; İNCE, Nurten: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 9(34), 2018, s.157.

⁶ SCHWENZER, Ingeborg: "Gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung (BGE 123 III 445 ff.)", Recht, 16, https://edoc.unibas.ch/17187/3/20110927154219_4e81d2bbd3481PDF17.pdf, (Erişim Tarihi: 29.08.2019), s.212-218, s. 214; KİREMİTÇİ ÖZTÜRK, Müge: "Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı", in Elçin, Evgen Gülçin/Genç Arıdemir, Arzu (ed.) Çocuk Hakları Çalışmaları - I, On İki Levha, İstanbul 2017, s.109. Bu çalışmalar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz.: ERLÜLE, s.122 vd.

⁷ SHWENZER, s.214-215; ERLÜLE, s.158 vd.

⁸ BGE 117 II 523, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F117-II-523%3Ade&lang=de&type=show_document, (Erişim Tarihi: 07.09.2019); BGE 123 III 445, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F123-III-445%3Ade&lang=de&type=show_document, (Erişim Tarihi: 07.09.2019). Ancak İsviçre Federal Mahkemesinin boşanma halinde ana-babanın ortak velâyetine hükmedilemeyeceğine ilişkin istikrarlı içtihatlarına rağmen, bazı kanton mahkemeleri ana-babanın ortak velâyetine hükmetmekteydi. Bu hususta bkz.: TUOR, Peter/SCHNYDER,

düzenlemeler yapılmıştır. 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren ilk düzenlemeye göre boşanma halinde mahkeme, velâyeti ana-babadan birine vererek diğerinin çocukla kişisel ilişkisini ve nafakayı düzenler (Art. 133 Abs. 1). Ancak mahkeme, ana-babanın birlikte talep etmeleri, çocuğun bakımı ve bakım masraflarına katılma konusunda anlaşmaları ve çocuğun menfaatine uygun olma koşullarının gerçekleşmesi halinde ortak velâyete hükmetme yetkisine de sahiptir (Art. 133 Abs. 3). Anlaşılacağı üzere bu düzenlemede boşanma halinde tek başına velâyetin kural, ortak velâyetin ise istisnai bir velayet çeşidi olduğu kabul edilmişti⁹. Ancak 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemelerle bu esastan vazgeçilmiştir. Nitekim ZGB Art. 298 Abs. 1’de mahkemenin boşanma davasında çocuğun menfaati gerektiriyorsa velâyeti ana-babadan birine verebileceği hükme bağlanmıştır. ZGB Art. 296 Abs. 2’de ise çocuğun, ergin olana kadar ana ve babasının ortak velâyeti altında olduğu belirtilmiştir. Bu iki hüküm bir arada değerlendirildiğinde, artık İsviçre hukukunda boşanma halinde ortak velâyetin kural, tek başına velâyetin ise sadece çocuğun menfaatinin gerektirdiği hallerde başvurulabilen istisnai bir velâyet çeşidi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır^{10,11}. Ancak mahkeme, her somut olayda durumu inceleyerek hükmedeceği velâyet modelini belirlemek zorundadır. Diğer bir deyişle ortak velâyet kural olmakla birlikte kendiliğinden gerçekleşmemekte, buna mahkeme tarafından hükmedilmesi gerekmektedir¹². Nitekim ZGB Art. 133 Abs. 1-2’ye göre mahkeme, boşanma halinde çocuğun velâyetini; çocuğun menfaatinin, ana ve babanın ortak teklifini ve mümkünse çocuğun görüşünü dikkate alarak düzenlemelidir. Nihayet 2017 yılında yürürlüğe giren düzenlemelerle ortak velâyet kurumu iyice şekillendirilmiştir.

2. Alman Hukuku

Alman Medeni Kanunu’na göre (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) ortak velâyete sahip olan ve sürekli olarak ayrı yaşayan ebeveynlerden her biri, velâyetin tümüyle veya kısmen kendisine verilmesini aile mahkemesinden talep edebilir. Bu talebin kabul edilebilmesi için ya diğer ebeveynin bu durumu kabul etmesi ve şayet çocuk on dört yaşını doldurmuşsa onun bu duruma itiraz etmemesi ya da ortak velâyetin kaldırılarak talepte bulunanın tek başına velâyetine hükmedilmesinin çocuğun menfaati bakımından en uygun durum olması gerekir (§ Art 167 Abs. 1). Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda da boşanma halinde ortak velâyet kural,

Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor, 13. Auflage, Schulthess, Zürich 2010, s.494, dn.3.

⁹ HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgestzbuches, 4. Auflage, Stämpfli, Bern 2010, s.152-153, 297; ÖCAL APAYDIN, Bahar: “İsviçre Medeni Kanunu’nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(145-146), 2016, s.641-642; BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 2016, s.154; UZUN KAZMACI, Özge: “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 2018, s.178; KURT, Leyla Müjde: “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.162; GÜNEŞ, Zeynep Naz: “Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (150), 2020, s.163; ERLÜLE, s.172, 207, 215, 216, 217, 229; SERDAR, s.170.

¹⁰ MARANTA, Luca: OFK - Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (hrsg.) 3. Auflage, Orell Füssli, Zürich 2016, Art. 298 ZGB, N.2; DEDE, İsmail: Çocuğun Velayet İlişkisinde Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha, İstanbul 2019, s.34-35; AYBAY, Erdem/ŞEN, Bülent: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, 15(1), 2016, s.593; YILMAZ, Canan: “Birlikte Velayet Çerçevesinde “Alternatif (Dönüşümlü) Himaye”, in Tuzcuoğlu, Tuğçe/Cihan, A. Hulki (ed.) Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, Ed., On İki Levha, İstanbul 2019, s.213; ÇELEBİ, Özgün: “Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79(1), 2021, s.50; ERLÜLE, s.216, 217, 218, 230, 232, 234, 250, 251, 257, 288; ÖCAL APAYDIN, s.642-643; KURT, s.163; İNCE, s.204-205, 212-213; UZUN-KAZMACI, s.178; GÜNEŞ, s.164; Bu yönde: BGer, 30.3.2017, 5A 499/2016, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F30-03-2017-5A_499-2016&lang=de&type=show_document&zoom=YES&, (Erişim Tarihi: 01.07.2021); BGer, 13.2.2017, 5A_609/2016,

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F13-02-2017-5A_609-2016&lang=de&type=show_document&zoom=YES&, (Erişim Tarihi: 01.07.2021); BGer, 17.11.2016, 5A_345/2016,

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F17-11-2016-5A_345-2016&lang=de&type=show_document&zoom=YES&, (Erişim Tarihi: 01.07.2021).

¹¹ İsviçre hukukunda boşanmada tek başına velâyet veya ortak velâyet modellerinden birine üstünlük tanınmadığı görüşünde: APAYDIN, Eylem: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(1), 2018, s.469; BİRİNCİ UZUN, s.155.

¹² KURT, s.163; ÖCAL APAYDIN, s.649; ÇELEBİ, s.50; ERLÜLE, s.217-218, 230-231, 232-233, 234, 251, 288. Karş.: ERLÜLE, s.178. Elbette mahkemenin velâyeti tamamen kaldırarak çocuğa vasi atama yetkisi de mevcuttur (ZGB Art. 298 Abs. 3, Art. 311). MARANTA, OFK, Art. 298 ZGB, N.1.

tek başına velâyet ise istisnai bir velâyet çeşididir¹³. Ancak bu hukuk sisteminde boşanma gerçekleşikten sonra, mahkeme tarafından ortak velâyete hükmedilmesi gerekmemektedir. Zira kural olan ortak velâyet kendiliğinden gündeme gelmektedir¹⁴

B. Türk Hukukundaki Durum

Boşanmanın gerçekleşmesi halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı tartışılırken Türk hukukunda üzerinde durulan hükümler TMK m.182/2 c. 1 ve 336/3 hükümleridir¹⁵. TMK m.182/2 c. 1'e göre velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararı esas tutulur. Ancak öğretide haklı olarak, bu hükümde yer alan “*velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş*” şeklindeki ifadeden, ortak velâyetin mümkün olmadığı sonucunun çıkarılamayacağı ileri sürülmektedir¹⁶. Gerçekten de bu hüküm sadece velâyet ana veya babadan birine verildiği takdirde diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesine ilişkindir.

Boşanma halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı hususunda üzerinde durulan asıl hüküm ise TMK m.336/3'dür. Buna göre boşanmada velâyet çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olur.

1. Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Boşanmanın gerçekleşmesi halinde ortak velâyetin mümkün olup olmadığı hususunda öğretide ileri sürülen bir görüşe göre TMK m.336/3, boşanma halinde ana-babadan sadece birinin velâyete sahip olmasına, diğer bir deyişle tek başına velâyete izin veren, ortak velâyeti ise dışlayan bir düzenlemedir¹⁷. Bu görüşteki yazarların bir kısmı¹⁸, ortak velâyetin boşanmış kişilerin çocuk üzerinden çekişmelerini sürdürmelerine neden olabileceği için, çocuğun menfaatlerine uygun

¹³ SERDAR, s.170; KURT, s.163; BİRİNCİ UZUN, s.155. Ortak ve tek başına velâyet arasında bir kural-istisna ilişkisinin olmadığı görüşünde: GÖTZ, Isabell: Beck'iche Kurz Kommentare Band 7, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, C.H. Beck, München 2014, § Art. 1671, BGB, N.13. Ayrıca bkz. ve karşı: ÇELEBİ, s.53-54.

¹⁴ ERLÜLE, s.178, 179-180. Ayrıca bkz.: GÜVEN, Kudret: “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 2018, s.24.

¹⁵ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku (Aile Hukuku), 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2015, s.782; AKYÜZ Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 3. Bası, Pegem Akademi, Ankara 2013, s.219; KOÇİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.95; YÜCEL, Yeliz: Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha, İstanbul 2018, s.123; ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Velayetin Tevdi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turgut Önen'e Armağan, 1(2), 2016, s.475; SÜZEN, Begüm: “Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(133-134), 2015, s.31; ARKAN SERİM, Azra: “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, 14(167), 2016, s.6085; DURAK, Yasemin: “Gemeinsames Sorgerecht”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIV(4), 2020, s.107; ERLÜLE, s.149-150, 270, 283; SERDAR, s.174-175; APAYDIN, s.460; KURT, s.166; AYBAYŞEN, s.594-595.

¹⁶ GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2017, s.171; DÖNMEZ, Ünsal/BARIN, Taylan: “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 9(35), 2018, s.185; ÖZTAN, Aile Hukuku, s.782; ERLÜLE, s.284, 322; AKYÜZ, s.219; KOÇİSARLIOĞLU, s.104-105; KURT, s.166; AYBAYŞEN, s.594-595; APAYDIN s.460; SERDAR, s.174-175. Karşı: ÖZTAN/ÖZTAN, s.475-476. Bu hükmün tek başına velâyetin asıl olduğu izlenimi verdiği görüşünde: BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2010, s.268.

¹⁷ HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 4. Bası, On İki Levha, İstanbul 2014, s.186; DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.140; YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, Savaş, Ankara 2014, s.86, 153; ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, On İki Levha, İstanbul 2017, s.444; SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku (Çocuk Hukuku), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s.255; SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler” (Soybağı), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.772; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Public and Private International Law Bulletin, 35(1), 2015, s.39-40; GENÇCAN, Ömer Uğur: “Ortak Velayet”, İzmir Barosu Bülten, 27(Özel Sayı), 2017, s.26; GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu”, in Elçin, Evgen Gülçin/Genç Aridemir, Arzu (ed.) Çocuk Hakları Çalışmaları - I, On İki Levha, İstanbul 2017, s.147; ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: “Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler”, Public and Private International Law Bulletin, 35(2), 2015, s.120; YILMAZ, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Public and Private International Law Bulletin, 35(1), 2015, s.109; ŞEKER, Hilmi: “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, Adalet Dergisi, 95(17), 2003, s.124; KURT, s.172; BİRİNCİ UZUN, s.147; BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin, Ankara 2000, s.48. Karşı: BAKTİR ÇETİNER, s.108-109.

¹⁸ HATEMİ/KALKAN-OĞUZTÜRK, s.129.

olmadığını¹⁹; bu nedenle TMK m.336/3'ün boşanma halinde sadece tek başına velâyete hükmedilmesine izin veren düzenlemesinin isabetli olduğunu ileri sürmektedirler²⁰. Ancak TMK m.336/3'ün boşanmada tek başına velâyete hükmedilmesini gerektiren düzenlemesinin isabetli olmadığını savunan yazarlar²¹ da mevcuttur. Bu görüştekiler TMK m.336/3'ün anayasal güvence altındaki ana-baba hakkına, çocuğun kişiliğini oluşturup-geliştirme ve ana-babasından ayrı tutulmama haklarına, ve velâyet genellikle anneye verildiği için kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırı olduğuna dikkat çekmekte ve bu hükmün Anayasa Mahkemesinde bir iptal davası açılarak iptal ettirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

Öğretideki bir diğer görüşe göre ise TMK m.336/3, boşanma halinde ana-babanın ortak velâyetine hükmedilmesini engelleyen bir düzenleme değildir. Bu görüşteki bazı yazarlara²² göre hükmün “*Velâyet..., boşanmada ise taraf veya taraflara ait olur*” şeklinde kaleme alınması üslup bakımından uygun olmayacağı için, kanun koyucu sadece “*taraf*” ifadesini kullanmıştır. Bir diğer deyişle, hükümde yer alan taraf kelimesinin, ana-babanın ortak velâyetini de ifade edecek şekilde “*taraf veya taraflar*” olarak anlaşılabilmesi mümkündür²³. Hatta bir an için hükmün lafzının açık olduğu ve boşanma halinde ortak velâyete izin verilmediği kabul edilse bile, kanuna aykırı bir yorumla yine de ortak velâyete izin verilmelidir²⁴.

Yine ne TMK m.336'da ne de gerekçesinde boşanma halinde çocuğun velâyetinin mutlaka ana veya babadan birine verilmesinin şart olduğu, ortak velâyetin ise mümkün olmadığı şeklinde bir ifadenin yer almadığı da vurgulanmaktadır²⁵. Benzer şekilde, TMK m.336/3'de boşanma halinde ortak velâyete hükmedilmesi açıkça yasaklanmadığından, çocuğun menfaatine uygun düştüğü görüldükten sonra hâkimin boşanma halinde ortak velâyete hükmedebileceği de savunulmaktadır²⁶.

Boşanma halinde ortak velâyete hükmedilip hükmedilemeyeceği tespit edilirken, sadece TMK m.336/3 hükmündeki ifadelerden yola çıkarak kesin bir sonuca ulaşmanın zor olduğunu ileri süren bazı yazarlar²⁷ da mevcuttur. Bu görüştekilere göre gerektiğinde üçüncü bir kişiyi vasi olarak atama yetkisine sahip olan (TMK m.348/2, 349) ve daima çocuğun menfaatlerini nazara almak zorunda olan hâkimin, ana ve babanın velâyeti ortak kullanmalarına hükmedemeyeceğini söylemek kanunun amacı ile bağdaşmadığı gibi²⁸, bu söylem kanunun sistematığı ile de bağdaşmaz²⁹.

TMK m.336/3'de örtülü bir boşluk bulunduğu da ileri sürülmektedir³⁰. Bu görüşteki bazı yazarlar³¹, kanun koyucunun bu hükmü getirmekteki amacının boşanmada çocukların menfaatlerinin en iyi şekilde korunması olduğunu, ancak hükmün boşanma durumunda hiçbir

¹⁹ Karş.: Ortak velâyetin başarılı bir şekilde işletildiğinde herkes için bir kazan-kazan durumu olduğu görüşünde: YELMEN, Adem: “Birlikte (Ortak) Velâyete Yönelik İsviçre Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 2020, s.320.

²⁰ Bu görüşün bir benzeri olarak, evlilik dışı dünyaya geldikleri için velâyetleri analarına ait olan çocukların (TMK m.337/1), ana ve babalarının ortak velâyetine tabi tutulmamaları gerektiği de ileri sürülmektedir. AYİTER, Nuşin: “Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkındaki Görüşler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(1), 1973, s.158. Bu görüşe karşı, evlilik dışı dünyaya gelen çocuklar bakımından ortak velâyetin gündeme gelebilmesinin isabetli olabileceği de savunulmaktadır. GÜVEN s.47 vd.; ERLÜLE, s.343-344; SEROZAN, Çocuk Hukuku, s.255; SEROZAN, Soybağı, s.772; AKYÜZ, s.222; SERDAR, s.186 vd.; BİRİNCİ UZUN, s.150, 162-163. ZGB Art 298a'da da evli olmayan ana-babaların belirli şartlar altında birlikte velâyeti talep edebilecekleri hükme bağlanmıştır.

²¹ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s.255-256; SEROZAN, Soybağı, s.772-773; KURT, s.172-174.

²² KOÇHİSARLIOĞLU, s.105-106; SERDAR, s.175. Karş.: KURT, s.172.

²³ Hükümde yer alan taraf kelimesinin tekil olmasından hareketle, hukukumuzda boşanmadan sonra velâyetin mutlaka sadece anaya veya babaya bırakılmasının gerekli olduğu şeklinde bir sonuca varılmayacağı görüşünde: ERLÜLE, s.286.

²⁴ KOÇHİSARLIOĞLU, s.229 vd. Karş.: KURT, s.172-173. Kanaatimizce de kanuna aykırı bir yorumla kanun hükmünün düzeltilmesi mümkün değildir. Zira tatmin edici olmayan bir kanun hükmünü değiştirmek hâkim görevi değildir. Fakat sonradan yaşanan gelişmeler nedeniyle tatmin edici olmaktan uzaklaşan bir hükmün somut olaya uygulanması hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse, hâkimin bu hükmü uygulamayarak ortaya çıkan örtülü boşluğu TMK m.1/2 doğrultusunda doldurabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Örtülü boşluk ile ilgili olarak bkz.: OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s.109.

²⁵ ARKAN SERİM, s.6085. Yazara göre TMK 336 tüm fıkralarıyla birlikte değerlendirildiğinde aslolanın ortak velâyet olduğu ve boşanma halinde ancak hâkimin takdirine bağlı olarak velâyetin ana veya babadan birine verilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılabilir.

²⁶ ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin, Ankara 2018, s.171-172.

²⁷ SERDAR, s.175.

²⁸ SERDAR, s.180 vd. Benzer görüşte; ERLÜLE, s.291; SÜZEN, s.34.

²⁹ SERDAR, s.178-180.

³⁰ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1090; ERLÜLE, s.292, 323; AKYÜZ, s.219; GÜLGÖSTEREN, s.179. Karş.: DURAK, s.108.

³¹ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.782, 1090-1091; ERLÜLE, s.292-293, 324-325, 327-328.

şekilde ortak velâyete izin vermediğinin kabul edilmesi halinde bu amaca hizmet edemeyeceğini savunmaktadırlar. Buna göre hükmün amacına uygun bir şekilde sınırlandırılması yoluyla, özellikle de anlaşmalı boşanma hallerinde çocuğun menfaatine olacaksa ve ana-baba bu hususta anlaşmışsa hâkim ortak velâyete hükmetmelidir³².

Kanun koyucunun bu hükmü ihdas ettiği tarihte ortak velâyetin varlığını bilmediği için hükmü bu şekilde düzenlediği, bu nedenle burada gerçek bir boşluğun söz konusu olduğunu ileri süren yazarlar³³ da mevcuttur. Bu görüştekilere göre bu gerçek boşluğu hâkim, TMK m.1/2 uyarınca doldurarak boşanma halinde ortak velâyete hükmedebilmelidir.

Nihayet Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası antlaşmalar çerçevesinde boşanma halinde ortak velâyete hükmedilebilmesinin Türk hukukuna girmiş olduğu da belirtilmektedir³⁴. Zira Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Boşanma halinde ortak velâyete hükmedilebilmesine imkân tanıyan uluslararası antlaşmalara Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme³⁵ örnek gösterilmektedir³⁶. Burada yasama organları, idari makamlar, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşlarının yanı sıra mahkemeler tarafından gerçekleştirilen ve çocukları ilgilendiren tüm eylemlerde, çocuğun menfaatinin temel düşünce olması gerektiği belirtilmiştir (m.3/1). Ayrıca mümkün olduğu sürece çocuğun ana ve babası tarafından bakılma hakkını haiz olduğu da belirtilmiştir (m.7/1). Yine Sözleşmede Taraf Devletlerin, çocukların yetiştirilmelerinde ve gelişmelerinin temininde ana ve babalarının ortak sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için, her türlü çabayı göstereceklerinin altı çizilmiştir (m.18/1 c. 1). Boşanma halinde ortak velâyete hükmedilebilmesine imkân tanıyan uluslararası antlaşmalara Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 7 Numaralı Protokol'ü³⁷ de örnek olarak gösterilmektedir³⁸. Bu Protokolün 5. maddesi, “Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir.” hükmünü içermektedir³⁹.

Daha önce değinildiği üzere, boşanma halinde ortak velâyete nazaran tek başına velâyetin çocuğun menfaatine daha uygun olduğunu ileri sürenler bulunduğu gibi, ortak velâyete olanak veren açık kanuni bir düzenlemenin yapılması gerektiğini savunanlar da mevcuttur⁴⁰. Bu görüşteki

³² Anlaşmalı boşanmalarda ortak velâyetin mümkün olması gerektiği görüşünde: ELÇİN, Evgen Gülçin: “Türk Medeni Kanunu’nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler”, Public and Private International Law Bulletin, 35(1), 2015, s.98; BAYGIN, s.268; YÜCEL, s.131; GÜLGÖSTEREN, s.172; UZUN-KAZMACI, s.184. Çekişmeli boşanmalarda da belirli koşullar altında ortak velâyete hükmedilebileceği görüşünde: GÜVEN, s.45-46.

³³ APAYDIN, s.457-460, 471. Karş.: DURAK, s.108; KURT, s.172 ve dn.47. KURT’a göre kanun koyucunun ortak velâyetten haberdar olmaması 1926 yılında kabul edilen Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi açısından söz konusu olabilirse de, 2001 yılında kabul edilen TMK açısından söz konusu olamaz. Gerçekten de o tarihte yürürlükte olan mehzaz kanunda ortak velâyet kurumu tanınmış ve gerekli düzenleme yapılmıştı (ZGB Art. 133 Abs. 3).

³⁴ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt, Aile Hukuku, 20. Bası, Beta, Ankara 2017, s.313, 409; ÖZTAN, Bilge: “Boşanmada Birlikte Velayet” (Boşanmada Birlikte Velayet), İzmir Medeni Hukuk Günleri - II, Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri, 27-28 Nisan 2018, İzmir, s.13; ERDEM, s.172; GÜVEN, s.43; İNCE, s.221; GENÇCAN, s.26; KURT, s.174; UZUN-KAZMACI, s.184; ÇELEBİ, s.63; GÜNEŞ, s.173-174.

³⁵ Sözleşme Türkiye tarafından 14 Eylül 1990’de imzalanmış, 9 Aralık 1994 tarih ve 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşme’nin Türkiye’de yürürlüğe girdiği tarih 4 Mayıs 1995’tir.

³⁶ KOÇHİSARLIOĞLU, s.196; İNCE, s.21; AYBAY/ŞEN, s.596; DÖNMEZ/BARIN, s.188, 205; GÜLGÖSTEREN, s.167-168, 175-176; KURT, s.174.

³⁷ Ek 7 Numaralı Protokol, Türkiye tarafından 10 Mart 2016 tarihinde 6684 sayılı Kanunla uygun bulunarak onaylanmıştır. Protokol’ün Türkiye’de yürürlüğe girdiği tarih ise 1 Ağustos 2016’dır.

³⁸ ULUSU KARATAŞ, Ayşe Elif: “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, Public and Private International Law Bulletin, 37(2), 2017, s.975-976; ABUGALI, Gulden: “Türk ve Rus Hukukunda Çocuğun Velâyeti”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26(3), 2018, s.374-375; AKINTÜRK/ATEŞ, s.313, 409; ERDEM, s.172; ÖZTAN, Boşanmada Birlikte Velayet, s.13; DÖNMEZ/BARIN, s.191, 205; GENÇCAN, s.26; İNCE, s.221; KURT, s.174; GÜVEN, s.37.

³⁹ Anılan hükümden çıkarılması gereken sonucun, ulusal yasaların cinsiyete dayalı bir ayırım yapmaksızın eşlere eşit davranması olduğu; hükümde ortak velâyete ilişkin bir emir veya yasaklamanın bulunmadığı; eşler arasında cinsiyete dayalı bir ayırım yapmayan TMK m.336’nın da anılan hükme aykırı olmadığı görüşünde: APAYDIN, s.467. Ek 7 Numaralı Protokol’ün 5. maddesi ile TMK m.336/3 arasında bir çatışmanın söz konusu olmadığı görüşünde: ERLÜLE, s.314-317, 335.

⁴⁰ KÖSEOĞLU, Bilâl/KOCAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin, Bursa 2011, s.444; KÖKSAL, Mehmet: “Çocuğun Menfaati” Konusunda Türk Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, 17-18-19-20 Şubat 2016, I. Cilt, Yetkin, Ankara 2017, s.366-367; RUHİ, Ahmet Cemal: “Türk Hukukunda Velayet ve Velayet ile

yazarlar arasında da ortak velâyetin mi tek başına velâyetin mi kural olması gerektiği, yoksa burada bir kural ve istisna getirmeye gerek olup olmadığı tartışmalıdır.

Bu husustaki bir görüşe göre boşanmada ortak velâyet kural, tek başına velâyet ise istisnai bir velâyet çeşidi olarak kabul edilmelidir⁴¹. Bunun tam aksi yöndeki görüşe göre ise tek başına velâyet kural olmalı, çocuğun menfaatinin gerekli kıldığı durumlarda ise hâkime ortak velâyet hükmetme hususunda takdir yetkisi tanınmalıdır⁴². Ayrıca ortak velâyetin kural olarak kabulünün, toplum yapısı nazara alındığında boşanmadan sonra yaratabileceği olumsuzluklar nedeniyle uygun olmadığı, seçimlik bir hak olarak düzenlenmesinin gerekli olduğu da ileri sürülmektedir⁴³. Nihayet ortak velâyet ve tek başına velâyet arasında bir kural-istisna ilişkisinin kurulmasının gerekli olmadığı, somut olayda hangi velâyet modeli çocuğun menfaatine uygun düşüyorsa hâkimin buna hükmetmesi gerektiği de savunulmaktadır⁴⁴. Bu son görüşteki bazı yazarlara⁴⁵ göre hâkim velâyet modelini belirlerken, ana-babanın ve ayırt etme gücü varsa çocuğun görüşlerini almalı⁴⁶, ancak ana-babanın bu konuda anlaşarak birlikte talepte bulunmaları şartı aranmamalıdır⁴⁷. Bazı yazarlara⁴⁸ göre ise bu süreçte mutlaka uzman görüşünün alınması zorunlu hale getirilmelidir.

Öğretide boşanma halinde ortak velâyete hükmedilmemesini gerektiren hâllere de değinilmektedir. Buna göre ana-babanın en azından biri için velâyetin kaldırılması nedenlerinin bulunması⁴⁹, ana-baba arasında sürekli bir çatışmanın mevcut olması⁵⁰, ana-babanın birbirleri ile iletişim kurma ve işbirliğinde bulunmaya yönelik istek veya yeteneklerinin bulunmaması⁵¹ ve ana-babanın ısrarla ortak velâyeti reddetmeleri⁵² hâllerinde hâkim ortak velâyete hükmetmekten kaçınmalıdır. Bu hâllerde duruma göre ya ana-babadan birinin tek başına velâyete sahip olmasına veya velâyetin her iki ebeveyn için de kaldırılarak çocuğa vasi atanmasına hükmedilebilir.

İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi”, Terazi Hukuk Dergisi, 9(90), 2014, s.29; ERLÜLE, s.338; BAYGIN, s.268, 378; YÜCEL, s.123, 132; ŞEKER, s.124, dn.10; SERDAR, s.194; İNCE, s.220, 223; APAYDIN, s.449, 466-467, 468, 471, 472; AKYÜZ, s.219-220; KURT, s.174; DURAK, s.113; GÜNEŞ, s.174. OKTAY ÖZDEMİR'e göre de ana-babanın rızasına ve hâkimin de uygun bulmasına bağlı olarak gündeme gelebilecek ortak velâyetin düzenlenmemiş olması ciddi bir eksikliklerdir. OKTAY ÖZDEMİR, s.40.

⁴¹ KAHRAMAN, Süheyla: Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, On İki Levha, İstanbul 2019, s.72; ERLÜLE, s.338-341; SERDAR, s.194; GENÇCAN, s.27, 30; APAYDIN, s.472; GÜNEŞ, s.174.

⁴² KÖSEOĞLU/KOCAĞA, s.444; Ayrıca bkz.: BAYGIN, s.268. İlk etapta tek başına velâyetin kural olarak kabul edilmesi gerektiği, ortak velâyete re'sen karar verilirken verilemeyeceğinin bu süreçte oluşacak tecrübeler ışığında belirlenmesi gerektiği görüşünde: ÇELEBİ, s.63.

⁴³ AYBAY/ŞEN, s.597. DÖNMEZ ve BARIN'a göre Ek 7 Numaralı Protokol'ün 5. maddesinin Türkiye tarafından onaylanması ve uygun bulunmasının ardından, ortak velâyetin kural, tek başına velâyetin ise istisna olduğu sonucuna varılamaz. Hâkimin velâyet ile ilgili bir davayı yürütürken yapması gereken, sadece çocuğun menfaatinin gözetmektir. Yazarlara göre olması gereken hukuk bakımından da ortak velâyet taraflara en azından seçimlik bir hak olarak tanınmalıdır. DÖNMEZ/BARIN, s.206.

⁴⁴ KURT, s.175.

⁴⁵ KURT, s.177; BİRİNCİ-UZUN, s.157-158.

⁴⁶ Ayırt etme gücüne sahip çocuğun mutlaka dinlenilmesi ve şartlar uygunsa çocuğun isteklerinin nazara alınması gerektiği görüşünde olan diğer yazarlar: ERLÜLE, s.329-333; GÜVEN, s.47; GENÇCAN, s.27.

⁴⁷ Boşanma halinde ana-babanın bir talebi olmasa bile hâkimin re'sen ortak velâyete hükmedebileceği görüşünde olan diğer yazarlar: SERDAR, s.185; KOÇHİSARLIOĞLU, s.175. Hatta KOÇHİSARLIOĞLU, ana veya babadan biri açıkça karşı çıkarsa dahi, yine de ortak velâyete hükmedilebileceğini savunmaktadır. Bu görüşe karşı, ortak velâyetin gönüllülük esasına dayalı olduğu da ileri sürülmektedir. GENÇCAN, s.27, 30; İNCE, s.222; GÜVEN, s.46.

⁴⁸ BİRİNCİ UZUN, s.159. Ayrıca bkz.: POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin: “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (118), 2015.

⁴⁹ MARANTA, OFK, Art. 298 ZGB, N.3; ERLÜLE, s.259-260, 289; KURT, s.178-179; APAYDIN, s.473. “Velâyetin kaldırılması” başlıklı TMK m.348/1: “Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınmaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir:

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.” hükmünü içermektedir.

⁵⁰ ERLÜLE, s.260 vd., 289; KURT, s.179-180. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında ana-baba arasındaki ağır ve sürekli çatışmanın tek başına velâyete hükmedilmesini haklı kılabileceğini belirtmiştir. BGE 141 III 472, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-472%3Ade&lang=de&type=show_document, (Erişim Tarihi: 28.08.2019). Ayrıca bkz.: MARANTA, OFK, Art. 298 ZGB, N.3.

⁵¹ ERLÜLE, s.262 vd.; KURT, s.180-181. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında ana-baba arasında ağır ve kronik bir iletişim veya işbirliği yeteneği olmamasının tek başına velâyete hükmedilmesini haklı kılabileceğini belirtmiştir. BGE 141 III 472, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-472%3Ade&lang=de&type=show_document, (Erişim Tarihi: 28.08.2019). Ayrıca bkz.: MARANTA, OFK, Art. 298 ZGB, N.3.

⁵² ERLÜLE, s.264-265; KURT, s.181-182.

2. Konu İle İlgili Yargısal İçtihatlar

Türk hukukunda ortak velâyete ilişkin ilk mahkeme kararı İzmir 4. Aile Mahkemesi tarafından 27 Mayıs 2009 tarihinde anlaşmalı bir boşanma davasında verilmiştir⁵³. Ana-babanın ortak velâyete hükmedilmesi talebinde buldukları bu davada Mahkeme, somut olayda ortak velâyetin çocuğun üstün menfaatine uygun olduğu gerekçesiyle ortak velâyete hükmetmiştir.

Yargıtay, ortak velâyete ilişkin meselelerle yabancılık unsurunun söz konusu olduğu davalarda karşılaşmıştır. Bu davalarda ya ortak velâyete açıkça izin veren yabancı ülke hukukunun uygulanması talep edilmiş veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen ortak velâyete ilişkin kararların tenfiz edilmesi talep edilmiştir. Yargıtay 2017 yılına kadar verdiği kararlarda velâyete ilişkin düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğunu ve TMK'nın ortak velâyete izin vermediğini belirterek bu talepleri reddetmiştir⁵⁴⁻⁵⁵. Ancak 20 Şubat 2017 tarihli kararında⁵⁶ Birleşik Krallık vatandaşı bir babanın, evlilik dışı dünyaya gelen çocuğunun velâyetinin annesinin yanı sıra kendisine de verilmesini talep ettiği bir davada, ortak velâyetin, Türk kamu düzenine aykırı düşüğünü ya da Türk toplumunun yapısını ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Yine 4 Aralık 2017 tarihinde boşandıktan sonra tarafların ortak çocukları üzerinde ortak velâyete sahip olduklarına hükmeden yabancı mahkeme kararının tanınması ile ilgili bir davada da aynı ifadelere yer vermiştir⁵⁷. Bu kararlarda Ek 7 Numaralı Protokol'ün "*Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir.*" hükmünü içeren 5. maddesinin iç hukukumuzun bir parçası olduğu da özellikle vurgulanmıştır.

Yargıtayın ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığını belirten kararlarından sonra Bölge Adliye Mahkemeleri de yabancılık unsurunun söz konusu olmadığı, diğer bir deyişle salt Türk hukukunun uygulanmasını gerektiren davalarda bile çocuğun menfaatine uygun olması koşuluyla boşanma halinde ortak velâyete hükmedilebileceğine yönelik kararlar vermeye başlamıştır⁵⁸. Bu kararların bazılarında ortak velâyete hükmedebilmesi için hem ananın hem de babanın rızasının bulunmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır⁵⁹.

III. ÖNERİLER

Velâyet ile ilgili TMK hükümleri incelendiğinde, boşanma halinde ortak velâyetin gündeme gelmesine imkân tanıyan açık bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Zaten ortak velâyet de Türkiye'de son zamanlarda üzerinde durulan bir konu haline gelmiştir.

Daha önce de değinildiği üzere, bu mesele Türkiye'den çok daha önce Avrupa'da sanayi devriminin toplumsal yaşamda meydana getirdiği değişiklikler sayesinde gündeme gelmiştir. Sanayi devriminden önce iş hayatında çok az yeri olan kadınların, çocuğun bakımını sağlama görevlerinin bulunduğu, buna karşılık erkeklerin ise çocuğun bakım masraflarını karşılamalarının yeterli olduğu toplumda hâkim olan görüştü. Bu nedenle boşanma halinde çocuğun velâyeti çoğunlukla anneye bırakılmakta ve babanın çocuğun bakım masraflarını karşılamasına hükmedilmekteydi. Ancak kadının toplumda ve iş hayatında erkeğin yanında yer almaya

⁵³ E: 2009/448, K: 2009/470. Karar için bkz.: SERDAR, s.171, dn.59.

⁵⁴ Örneğin, 2. HD, T: 10.10.2006, E: 2006/6824, K: 2006/13638; 2. HD, T: 19.03.2013, E: 2012/21186, K: 2013/7440, Kararlar için bkz.: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, (Erişim Tarihi: 26.08.2019).

⁵⁵ Bu kararlara yönelik eleştiriler için bkz.: TARMAN, Zeynep Derya: "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler", Public and Private International Law Bulletin, 37(2), 2017, s.812; ÖZTEKİN GELGEL, s.120 vd.; ŞENSÖZ MALKOÇ, s.443 vd.; KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s.444; SÜZEN, s.41 vd.; UZUN-KAZMACI, s.184.

⁵⁶ 2. HD, E: 2016/15771, K: 2017/1737, Karar için bkz.: LEXPERA, (Erişim Tarihi: 26.08.2019).

⁵⁷ 2. HD, E: 2016/18674, K: 2017/13800, Karar için bkz.: LEXPERA, (Erişim Tarihi: 26.08.2019).

⁵⁸ Birçok karar içinden örnek niteliğinde olmak üzere: Ankara BAM 1. HD, T: 10.05.2017, E: 2017/121, K: 2017/601: "*Ek 7 Nolu Protokolün 6684 Sayılı kanun ile yürürlüğe girmesiyle birlikte usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda Milletlerarası Andlaşma hükümler esas alınacağından (T.C Anayasa 90.maddesi) ortak velayeti engelleyen Türk Medeni Kanununun hükümleri örtülü olarak ortadan kaldırılmıştır. Bu sebeplerle, çocuğun güvenine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında herhangi bir iddia ve delil bulunmaması da gözetilerek çocuğun üstün yararı gereğince ortak velayete hükmedilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır...*". Karar için bkz.: APAYDIN, s.463-465. Ek 7 Numaralı Protokol'ün 5. maddesinin TMK m.336/3'ü örtülü olarak yürürlükten kaldırdığını kabul etmenin yerinde olmadığı görüşünde: ERLÜLE, s.306 vd.

⁵⁹ Birçok karar içinden örnek niteliğinde olmak üzere: ANKARA BAM 2. HD, T: 05.02.2019, E: 2018/3530, K: 2019/158: "*...Dosya kapsamında davacı annenin ortak velayete ilişkin rızası bulunmayıp tam aksine müşterek çocuğun velâyetinin kendisine verilmesini istemektedir. O halde ortak velâyet koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez. Buna göre ortak çocukların velâyetlerinin davacı anneye verilmesi doğrudur...*". Karar için bkz.: LEXPERA, (Erişim Tarihi: 28.08.2019).

başlamasıyla birlikte, hem kadın hem de erkek, gerek çocuğun bakımını ve gerekse de bakım masraflarını birlikte karşılamaya başlamış; bu durum ise boşanma halinde bile ortak velâyete hükmedilebileceği düşüncesini doğurmuştur. Türkiye’de kadınların Avrupa ülkelerine göre iş hayatında daha geç yer almaya başlamasının, Türk hukukunda bugüne kadar konuya yönelik bir düzenlenme yapılmamasının en önemli sebeplerinden birini oluşturduğu söylenebilir. Ancak kadın ve erkeğin toplumsal yaşamdaki rolleri, kadının sosyo-ekonomik durumundaki değişim ve özellikle de boşanmak isteyen kişilerin ortak velâyete hükmedilmesine yönelik talepleri artık Türk hukukunda da konuya ilişkin yasal bir düzenleme yapılmasını gerektirmektedir.

Her ne kadar Yargıtay tarafından Ek 7 Numaralı Protokol’e dayanarak evlilik birliği dışında ortak velâyetin uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırı olmadığına dair kararlar verildikten sonra, Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından boşanma halinde ortak velayete hükmedilebileceğine dair kararlar verilmeye başlanmış olsa da, bu önemli konunun tüm hüküm ve sonuçları itibarıyla bir kanunda (tercihan temel kanun olan TMK’da) açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Zira anılan Protokol’ün yanı sıra Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi de boşanma halinde ortak velâyete hükmedilebilmesine imkân tanıyan uluslararası anlaşmalara örnek olarak gösterilebilseler de, bunların konu ile ilgili gerekli ayrıntıları içermedikleri ve bu nedenle somut bir olaya doğrudan uygulanma kabiliyeti taşımadıkları da ortadadır. Ancak bu uluslararası anlaşmaların, başta çocuğun üstün menfaati ve eşler arası eşitlik olmak üzere, getirdikleri temel ilkeler⁶⁰ ile yapılacak düzenlemede kanun koyucuya yol göstermesi bakımından büyük bir öneme sahip oldukları açıktır. Her somut olay kendine has özellikler taşıdığından, bu hususta düzenleme yapılırken hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınması ve tek başına velâyete ortak velâyet arasında bir kural-istisna ilişkisinin yaratılmaması isabetli olacaktır. Zira burada esas alınması gereken en temel ilke olan çocuğun üstün menfaatinin⁶¹ tek başına mı yoksa ortak velâyete mi gerektirdiği ancak somut olaydaki tüm koşulların değerlendirilmesi ile tespit edilebilecek bir husustur.

KAYNAKÇA

- ABUGALI, Gulden: “Türk ve Rus Hukukunda Çocuğun Velâyeti”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26(3), 2018, s.331-392.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt, Aile Hukuku, 20. Bası, Beta, Ankara 2017.
- AKYÜZ Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 3. Bası, Pegem Akademi, Ankara 2013.
- APAYDIN, Eylem: “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(1), 2018, s.445-476.
- ARKAN SERİM, Azra: “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, 14(167), 2016, s.6075-6088.
- AYBAY, Erdem/ŞEN, Bülent: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, 15(1), 2016, s.589-615.
- AYİTER, Nuşin: “Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gereğesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkındaki Görüşler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(1), 1973, s.145-167.
- BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin, Ankara 2000.
- BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2010.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 2016, s.135-166.
- ÇELEBİ, Özgün: “Cinsiyet Eşitliği ve Çocuğun Üstün Yararının Kesişim Noktası Olarak Boşanmada Velayetin Düzenlenmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79(1), 2021, s.27-77.
- ÇETİNER, Selma: “Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s.25-46.
- DEDE, İsmail: Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha, İstanbul 2019.
- DÖNMEZ, Ünsal/BARIN, Taylan: “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 9(35), 2018, s.175-210.

⁶⁰ Ortak velâyetin bu ilkelerle ne ölçüde bağdaştığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇELEBİ, s.44 vd.

⁶¹ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.1076; DURAK, s.109; GÜNEŞ, s.158. Ayrıca bkz.: BİRİNCİ UZUN, s.156.

- DURAK, Yasemin: “Gemeinsames Sorgerecht”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIV(4), 2020, s.101-117.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- ELÇİN, Evgen Gülçin: “Türk Medeni Kanunu’nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler”, Public and Private International Law Bulletin, 35(1), 2015, s.97-102.
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin, Ankara 2018.
- ERLÜLE, Fulya: İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin, Ankara 2019.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu”, in Elçin, Evgen Gülçin/Genç Arıdemir, Arzu (ed.) Çocuk Hakları Çalışmaları - I, On İki Levha, İstanbul 2017, s.139-154.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: “Ortak Velayet”, İzmir Barosu Bülten, 27(Özel Sayı), 2017, s.24-30.
- GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2017, s.157-180.
- GÖTZ, Isabell: Beck’iche Kurz Kommentare Band 7, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, C.H. Beck, München 2014.
- GÜNEŞ, Zeynep Naz: “Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (150), 2020, s.157-178.
- GÜVEN, Kudret: “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 2018, s.11-64.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 4. Bası, On İki Levha, İstanbul 2014.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Stämpfli, Bern 2010.
- İNCE, Nurten: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 9(34), 2018, s.189-229.
- KAHRAMAN, Süheyla: Türk Milletlerarası Aile Hukukunda Ortak Velayet, On İki Levha, İstanbul 2019.
- KİREMİTÇİ ÖZTÜRK, Müge: “Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı”, in Elçin, Evgen Gülçin/Genç Arıdemir, Arzu (ed.) Çocuk Hakları Çalışmaları - I, On İki Levha, İstanbul 2017, s.59-116.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KÖKSAL, Mehmet: ““Çocuğun Menfaati” Konusunda Türk Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, 17-18-19-20 Şubat 2016, I. Cilt, Yetkin, Ankara 2017, s.354-368.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- KÖSEOĞLU, Bilâl/KOCAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin, Bursa 2011.
- KURT, Leyla Müjde: “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s.157-186.
- MARANTA, Luca: OFK - Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (hrsg.) 3. Auflage, Orell Füssli, Zürich 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Public and Private International Law Bulletin, 35(1), 2015, s.29-46.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: “İsviçre Medeni Kanunu’nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(145-146), 2016, s.631-658.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku (Aile Hukuku), 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- ÖZTAN, Bilge: “Boşanmada Birlikte Velayet” (Boşanmada Birlikte Velayet), İzmir Medeni Hukuk Günleri - II, Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri, 27-28 Nisan 2018, İzmir, s.12-14.
- ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Velayetin Tevdii”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turgut Önen’e Armağan, 1(2), 2016, s.473-495.
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: “Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler”, Public and Private International Law Bulletin, 35(2), 2015, s.107-138.
- POLAT, Oğuz/GÜLDOĞAN, Evin: “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (118), 2015, s.243-254.

- RUHİ, Ahmet Cemal: “Türk Hukukunda Velayet ve Velayet ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizi”, Terazi Hukuk Dergisi, 9(90), 2014, s.14-38.
- SCHWENZER, Ingeborg: “Gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung (BGE 123 III 445 ff.)”, Recht, 16, https://edoc.unibas.ch/17187/3/20110927154219_4e81d2bbd3481PDFA17.pdf, (Erişim Tarihi: 29.08.2019), s.212-218.
- SERDAR, İlknur: “Birlikte Velâyet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1), 2008, s.155-197.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku (Çocuk Hukuku), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler” (Soybağı), Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.759-777.
- SÜZEN, Begüm: “Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(133-134), 2015, s.27-52.
- ŞEKER, Hilmi: “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, Adalet Dergisi, 95(17), 2003, s.114-129.
- ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, On İki Levha, İstanbul 2017.
- TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler”, Public and Private International Law Bulletin, 37(2), 2017, s.798-820.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul 1986.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor, 13. Auflage, Schulthess, Zürich 2010.
- ULUSU KARATAŞ, Ayşe Elif: “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, Public and Private International Law Bulletin, 37(2), 2017, s.911-1003.
- USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2016.
- UZUN KAZMACI, Özge: “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 2018, s.171-186.
- YELMEN, Adem: “Birlikte (Ortak) Velayete Yönelik İsviçre Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 2020, s.315-325.
- YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, Savaş, Ankara 2014.
- YILMAZ, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Public and Private International Law Bulletin, 35(1), 2015, s.103-141.
- YILMAZ, Canan: “Birlikte Velayet Çerçevesinde “Alternatif (Dönüşümlü) Himaye”, in Tuzcuoğlu, Tuğçe/Cihan, A. Hulki (ed.) Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri, Ed., On İki Levha, İstanbul 2019, s.213-240.
- YÜCEL, Yeliz: Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha, İstanbul 2018.

**LEGAL STATUS OF WORKERS WORKING
IN THE BORDER ZONES OF NEIGHBORING COUNTRIES****KOMŞU ÜLKELERİN SINIR BÖLGELERİNDE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN HUKUKİ STATÜSÜ**M. Halit KORKUSUZ* **Makale Bilgi**

Gönderi: 11/07/2021
Kabul : 09/12/2021

Anahtar Kelimeler


*Sınır İşçilerinin Standartları,
Sınır Ticaretinin Katkısı,
Eşit Davranma Borcu,
Ayrımcılık Yasağı.*

Article Info

Received: 11/07/2021
Accepted: 09/12/2021

Keywords

*Border Workers Standarts,
The Contribution of Border Trade,
Obligation of Equal Treatment,
Prohibition of Discrimination.*

Özet<https://doi.org/10.21492/inuhfd.969771> 

Dünyada son zamanlarda sınır bölgelerinde ya da sınırın diğer tarafında yaşama veya ekonomik olarak daha gelişmiş komşu ülkelerde çalışma eğilimi artmaya devam etmektedir. Dünyada sınır ticaretinin artması sonucunda hem sınırlı ekonomiye sahip ülkelerin işçileri, hem de daha gelişmiş sınır ülkelerinin vatandaşları için ek istihdam imkanlarının olduğu tartışma dışıdır. Bu durum ekonomik olarak daha gelişmiş olan sınırdaş ülkeler için artmaya devam etmektedir. Nitekim sınır bölgelerinde bulunan işyerlerinin de daha dezavantajlı komşu ülkelere gelen ve ekonomik imkânları daha sınırlı olan ülkelerin çalışanlarına katkı sağlaması çok önemlidir. Ancak bu çalışanların çalışmakta oldukları ülkenin vatandaşı olmadıkları için uygulamada çeşitli mağduriyetlerle karşılaşmakta oldukları bir gerçektir. Öte yandan dünyada sınır ticaretindeki yükselişin bir sonucu olarak, özellikle daha gelişmiş ülkelerin vatandaşları için ilave istihdam imkanları olduğu da tartışılmaz bir gerçektir. İstihdam sağlamak için önemli bir imkan olan sınır ticaretinin çok sayıda insanın malların nakliyesi, otel, restoran, depolama merkezi gibi işletmelerin işletilmesi gibi alanlarda iş bulmasını sağladığı açıktır. Komşu ülkede geçici süreyle de olsa çalışma hakkı bulunan yabancı işçiler bakımından; işverenler "eşit muamele yükümlülüğü" ve "ayrımcılık yasağı" ve diğer ILO standartlarına uymak zorundadır. Aksi durum, son yüzyılda elde edilen ve uluslararası sözleşmelerle sağlanan haklara zarar verebilecektir.

Abstract

In the world, recently, the tendency to live in border regions, on the other side of the border and work in more economically developed neighbouring countries continues to increase. On the other hand, as a result of the increase in the border trade in the world, it is indisputable that there are additional employment opportunities, especially for the citizens of more developed countries. This situation for economically more developed neighbouring countries continues to increase. It is a fact that these workers suffer in practice because they are not citizens of the country they are working in. On the other hand, as a result of the increase in the border trade in the world, it is indisputable that there are additional employment opportunities, especially for the citizens of more developed countries. It is clear that border trade, which is a good advantage in providing employment, leads to employment of a large number of people due to the transportation of goods, or to run the businesses of hotels, restaurants, storage centres and customs establishments. Among the workers who have the right to work in the neighbouring country, even temporarily, on the grounds of foreignness; employers must comply with the "obligation of equal treatment" and "prohibition of discrimination" and other ILO standards. Otherwise, it may harm the universal gains of the employees achieved in the last century and provided by international agreements.

 Bu eser [Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Lawyer, PhD, İstanbul 2. Bar Association.

Atf Şekli | **Cite As:** KORKUSUZ Mustafa Halit, "Legal Status of Workers Working in the Border Zones of Neighboring Countries", InÜHFD, 12(2), 2021, s.766-773. **İntihal:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. **Plagiarism:** This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

I. INTRODUCTION TO BORDER ZONES WORKS

Throughout history, humanity has seen trade as one of its main sources of livelihood. Trade -in the form of exchange of goods- is first developed between neighbouring tribes and cities, as in the form of border trade. In the XIXth century, the volume of international trade increased exponentially and increased even more after the Second World War. These two booms in international trade volume are associated with the age of exploration and trade liberalization, respectively. However, the increase in the volume of international trade has not led to a directly proportional increase in border trade. In contrast, the relative importance of overseas trade seems to have exceeded border trade's relative importance. On the other hand, in the XXth century, we must say that border trade has been developed all over the world, and border trade has come to a level that benefits both sides of borders.

Access to international markets is crucial to economic development. In today's world, many different efforts are put forward to increase trade. In other words, increasing the market share as well as reducing the commercial transaction costs has gained importance. For small traders, logistics and freight costs, customs administrative issues and border costs have become more works than before. While the importance of small and medium-sized enterprises (SMEs) in the overall economy is widely acknowledged, until recently those enterprises were largely absent from trade facilities.

In the development of trade, World War II was an important milestone. Subsequent trade agreements, combined with tremendous advances in transport and communication technology, have resulted in unprecedented growth in international trade. For example, between 1996 and 2013, global trade in goods grew at an average annual rate of 7.6%¹.

Undoubtedly, with the development of trade between neighbouring countries, it is a fact to argue that workers, who are more economically weak, prefer neighbouring countries with more job opportunities and more economic opportunities.

II. EMPLOYMENT OPPORTUNITIES IN BORDERING COUNTRIES

A. Benefits of Trading and Investing in the Border Areas of Neighbouring Countries

It is possible to determine for the investments and commercial targets in the border regions as follows:

- 1- Increasing investments and production for the export industrial goods,
- 2- By bringing new dimensions to international trade: It is related to foreign trade and investments. With the removal or reduction of bureaucracy, imports are cheap and easy realization,
- 3- With the increase in investment and production, new job opportunities increase employment,
- 4- With the technology and knowledge transfer brought by foreign capital, the host country contributing to the development of workforce qualifications and production technology,
- 5- Increasing foreign exchange inflow to the host country by developing foreign trade,
- 6- More than banking and financing opportunities in international trade use,
- 7- Contributing to the competitiveness of domestic producers in international markets,
- 8- Reexport (re-export) and the advantages of transit trade transactions: It has many purposes, such as the use of facilities. Undoubtedly, in addition to the abovementioned advantages regarding all private trade areas (including free trade zones), it is possible to say that doing business in border countries has the following advantages:
 - Freely determined commercial activity according to the market needs and conditions of the neighbouring country opportunity,
 - Access to all domestic and foreign markets,
 - Reduced bureaucratic procedure and dynamic business management,
 - Strategic advantage,
 - Possibility of affordable infrastructure for all kinds of commercial and industrial activities,
 - Ease of benefiting from supply chain opportunities,
 - Trade facility opportunity

¹ FERRO, Cécile et al.: "Trading Across Borders: A New Approach to Measuring Trade Processes Across Borders", <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB16-Chapters/DB16-CS-TAB.pdf>, (Date of Access: 05.05.2021), p.6.

- Opportunity to benefit from the labour force of the neighbouring country, which has a more limited capacity, especially economically².

B. Contribution of Border Trade to Employment

One of the important effects of border trade is its contribution to employment. Even adopting simple (but often still costly) proposals such as automating trade and customs processes can reduce costs for these income groups by 2.8–3.6%³. A study finds that introducing new technologies, such as an electronic single window, that limit the number of interactions between firms and border agencies is associated with both an increase in the number of firms and the volume of exports of user firms. In measuring the time and cost associated with border and documentary compliance across 190 economies, OECD supports more efficient regulatory practices for trading across borders⁴.

The contribution of border trade to the economy is that border trade meets the needs of people living in border provinces in a cheaper and easier way. The most important contribution of border trade to the economy is its contribution to the employment. In this way, the welfare level of the people increases in the regions where border trade is carried out, contributing to the development of the entrepreneurial spirit of the local people. Furthermore, due to the lack of bureaucratic delays, it also contributes to the development of the country's foreign trade volume. One of the advantages of border trade is that products, especially products that cannot be produced in one border country, can easily be brought from the other border countries and bottlenecks can be overcome.

There is a large mass of people in the border trade that lives by transportation. The earnings of this segment are constantly falling due to the competition they face and their distance to the major cities that are the centre of employment.

In general, the socio-economic status of the provinces where border trade is carried out is low. A significant part of the people living in these provinces work in the primary sector and earn their living from this sector. In particular, the frequent visits of citizens of the two border countries to the neighbouring border regions make a very important contribution to the economies of traders (hotel, restaurant, cafe owners and wholesale shoppers), and to the creation of new employment opportunities –especially in the form of SMEs. On the other hand, where the exchange rate and volume is high, large-scale businesses may be started. Bigger enterprises offer more employment opportunities for the citizens of both border States.

In order for the border trade to induce employment on both sides of the border, it is very important that there is no discrimination against the citizens of the other border State. In this regard, there are many principles that the International Labour Organization (ILO) has adopted.

C. Labour Migration Between Border Countries

In practice, agreements can be made between bordering countries and regarding border regions, for the Exchange of goods or short-term visits. If there is such an agreement, the citizens of the two sides residing in the border regions can enter and leave the designated border regions of the other country and can also Exchange goods, provided that it does not exceed a certain amount.

If bordering countries; if they have a special agreement on the free passage of goods and services; In this case, the rules for both the passage of goods and the passage of workers are determined. Both parties know the rules and know how to act. In practice, agreements are generally made between bordering countries regarding goods transit. However, the desire to work in a workplace established in the border region of the neighbouring country, coming from the economically weaker country, is not generally met with sympathy. In other words, for the development of goods and trade, it is not possible for the citizens of both sides to visit the other side by agreement, even for limited areas, and for the workforce of the economically weaker country to cross over to the other side and find the opportunity to work there.

Essentially, while making evaluations about the sovereignty of each state; The fact that the domestic workforce is following a policy of protection is of the most encountered problems in practice. In this case, the neighbouring country, which is economically stronger, is not very willing

² This information relates to the benefits of free trade and investment in general, but also to trade in border areas in particular (KARADUMAN, Naci/YILDIZ, Zafer: “Serbest Bölge Uygulamalarının Dış Ticarete ve Yabancı Sermayeye Katkıları”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 7(1), 2002, p.136-137).

³ OECD, 2018, “Trade Facilitation and the Global Economy”, OECD Publishing, Paris, Word Bank, <https://www.oecd.org/publications/trade-facilitation-and-the-global-economy-9789264277571-en.htm>, (Date of Access: 24.04.2021).

⁴ FERRO, p.8.

to accept new workers, which will reduce its labour market. Problems start after this point. In general, a legal passport and other legal actions (visa, etc.) are required for workers who come to work. Even after the worker's arrival, in general, the legal right to work without a work permit is not recognized. On the other hand, apart from all kinds of legal permissions of the worker who came to a more prosperous country; There is no social security Premium or tax liability. All these require additional effort. It can even be said that the employment of such workers is tied to much more limited and much stricter conditions than a normal domestic worker.

III. BORDER WORKERS STANDARDS ACCORDING TO ILO

A. General Labour Standards According to ILO

Workers of neighbouring countries may have the opportunity to work in the neighbouring country. The opportunity is closely related to the economic situation of the neighbouring country. In other words, workers of the country with lower economic power will naturally have more opportunities to work in the country with more economic opportunities.

This is obviously a great advantage at first sight. However, employers may also take advantage of the workers of neighbouring countries, by offering them lower labour standards or lower wage. If they are to work with the same labour standards and with the same wage, employers then would prefer their own citizens. In this regard, ILO states that the following issues should be taken seriously.

It is known that global and regional labour forces positively affect cross-border recruitment. Those forces include demographic and economic inequalities, advancements in communications, transportation, and labour rights. We see that trend in European countries. Of course, like Austria, the high wage levels in the neighbouring country make it an attractive labour market for labour residing in neighbouring states⁵.

Unfortunately, foreign workers continue to do primarily "blue collar" jobs, and many of them require a lot of effort. They work in jobs that require more physical strength. In particular, there is a high proportion of foreign workers with lower incomes in neighboring countries.

Sectors of the economy affected by the crisis. As mentioned earlier, the dominant part the foreign workforce is still employed in the processing trade. It is undisputed that it is also reflected in the wage levels of the labor force⁶.

It is necessary to understand the current structure of the labour market. There are several actors involved in regulating the market that have so far gone unnoticed. Given the growing presence of mobile workers, most studies focus on the supply side, their motivation and expectations, their skills, their use of social networks, or how they form their identity. The aim of this study is to shed light on the role of bordering country citizens in employment in border countries.

Different labour mobility patterns between regions have led to significant changes in employment structures. From a sociological perspective, the consequences on the local labour market are particularly important in terms of social inequality. Mobility can negatively impact workforce arrangements, dividing workers along national, ethnic, linguistic, and cultural lines⁷.

B. Non-Discrimination Between Local and Foreign Workers

The principle of "equal treatment" and "non-discrimination" among people has many dimensions. Domestic, foreign, male, female, white and black. The discrimination and distinction between race and different ethnicities, between citizens and non-citizens, as well as distinctions such as poor and rich, are classifications that are not generally accepted by legal systems. This prohibition is an issue that is included in many international conventions. On the other hand, the principle of non-discrimination between domestic and foreign workers is also included in the following international conventions. At this point, the main factor is whether the workers working in another country enter that country legally. If the worker, who is a citizen of a foreign border country, lives in the more prosperous country (or in the border region) and also has the right to work, the right to equality can be claimed much more strongly. From now on, there will be no difference in terms of labour rights, social security rights, employer's observance of workers,

⁵ WIESBÖCK, Laura: "A preferred workforce? Employment practices of East–West cross-border labour commuters in the Central European Region", <https://link.springer.com/article/10.1007/s11614-016-0245-3>, (Date of Access: 22.04.2021).

⁶ ILO, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms201039.pdf, (Date of Access: 22.05.2021).

⁷ WIESBÖCK, p.21.

workers' occupational health and safety rights, obtaining workers' receivables, and when necessary, asserting and defending their rights before legal authorities. It shouldn't be. These are the international conventions and rules we have mentioned; warns both the employer and the relevant state authorities not to make any distinctions⁸.

These scientific theories are derived from the "Universal Declaration of Human Rights" that it basically rejected the violation of equality (Article 2). On the other hand, it is a fundamental principle that is present in all international conventions and western constitutions adopted immediately in relation to the university⁹. In this regard, it is possible to say that there is an agreement on the functioning of the European Union with the revised European Social Charter (the agreement that replaces the basic agreement establishing the European community), article 10¹⁰. Apart from these international fundamental treaties, we must specify the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted by the United Nations¹¹. As it has been explained in article 3 "The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights set forth in the present Covenant." The prohibition of discrimination in this main text also covers domestic workers and workers from neighbouring countries.

Within the framework of the general principles of the ILO, a person who has the right to work in any bordering country and citizen of other side country living in worse conditions; discrimination and discrimination among employees will constitute a violation of universal labour law principles.

ILO standards on equality provide facilities to eliminate discrimination in all parts of work and in society in general. It refers to the principle of equality in all conventions and recommendations of the ILO. These two contracts are the most basic contracts in this regard: C100 - Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100) and Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111).

When talking about inequality and discrimination, treating a person worse than another person in the same position and especially in working relations; it is used in the sense of making a distinction between locals and foreigners among those doing the same job, but they have different facilities and salaries¹².

Even if the reasons such as a different ethnicity, nationality or religion are not directly cited as the justification for the discrimination applied, it would be contrary to the "discrimination or equal treatment debt". Undoubtedly, employers' application of different wages to workers who work in different situations without such discrimination, at their own working discretion, will not be contrary to equal treatment debt.

If a threatening, hostile, or humiliating environment is created among border workers in the employer's practice, despite the fact that they have the right to work, it will be accepted that it is "contrary to the employer's obligation to treat them equally" and the existence of discrimination claims will be accepted¹³.

The new job opportunities provided by the border trade and the new job opportunities that arise with the use of opportunities are very beneficial for the employees. There does not appear to be any discussion on this issue. However, possible and probable domestic-foreign (citizen of neighbouring country) distinctions among employees may cause major problems in the long run, if not in the short run¹⁴.

According to article 10 of the Constitution of Turkey, which is entitled as "equality before the law", states that everyone is equal before the law without distinction as to language, race, colour,

⁸ SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku (Labour Law)*, 17th Ed., İstanbul 2019, p.396.

⁹ DANKA, Victor/FLINTERMAN, Cees/LECKIE, Scott: "Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights Report", *Human Rights Quarterly*, (20), 1998, (Date of Access: 04.05.2021), p.5.

¹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı*, C.1, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, LYKEION Yayınları, Ankara 2019, p.26.

¹¹ TUNCAY, Aziz Can: *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul 1982, p.150; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, p.194.

¹² ILO, <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/equality-of-opportunity-and-treatment/lang--en/index.htm>, (Date of Access: 11.05.2021)

¹³ EKMEKÇI, Ömer/KORKUSUZ, M. Refik/UGUR, Ömer: *Turkish Individual Labour Law*, On İki Levha Publishing, İstanbul 2020, p.73.

¹⁴ ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri (Labour Law Courses)*, 31st Ed., İstanbul 2018, p.401; EKMEKÇI/KORKUSUZ/UGUR, p.74.

sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such grounds. Although there is no explicit provision on equal treatment in general, it is accepted that the said article of the Constitution regulates not only prohibition of discrimination but also the principle of equal treatment¹⁵.

In consequence of the principle of equal treatment, it is expecting from employers to treat equally to between employees who are working at the same workplace, working at the same time period and subject to a collective implementation. Employers cannot treat all of their employees (specially between citizen workers and foreign workers) in complete equality. Duty of equal treatment applies to the citizens and foreign employees who are working under the same or similar conditions. Hence, employers may implement different working conditions to different employees due to the fact that there are objective reasons¹⁶.

C. Other Rights of Foreign Workers According to ILO Standards

In addition to the above-mentioned "equal treatment" and "non-discrimination" obligation, workers who are citizens of the neighbouring and bordering state holding the title of foreign worker also have the following rights of workers legally working in the country. The points that should not be differentiated in any way between domestic and foreign workers can be determined as follows: Duty of care, protection of personality, protection against abuses, protection of personal data, occupational health and safety and social security rights.

1. Duty of Care

Employer's duty of care is the reflection of employee's duty of loyalty. Since the employment contract establishes a personal relationship between the parties, the employer shall protect and supervise the employees while employees behave for the benefit of the employer and to avoid behaviours that would harm him/her¹⁷.

2. Protection of Personality

The provision that directly aims to protect the personality of employees takes place under the Article 417 of TCO. Accordingly, in an employment relationship, the employer shall protect and respect the personality of the employee and organize the workplace in accordance with the principle of good faith; and especially take necessary measures to prevent employees to face psychological and sexual abuses and to get more damage if one is faced such abuses. So that, the employee will have a comfortable and peaceful environment to work.

3. Protection Against Abuses

Abuse is defined in the international labour standards as any act of intimidation, degrading, humiliating or embarrassing behaviour that is intended to violate human dignity or give rise to such a result including psychological and sexual types. The source of psychological or sexual abuse is not important. It may be the employer, other employees, or someone outside of the workplace. In any case, the employer is under the duty to prevent the abuse or to prevent the employee to get more damage if the abuse has already been occurred.

4. Protection of Personal Data

Protection of the personal data of the employees is also one of the aims of the employer's duty to care. Personal data of an employee is considered as a part of the right of privacy. Privacy of private life is regulated under the article 20 of the Constitution of Turkey, addition to international labour standards. Accordingly, everyone has the right to demand respect for his/her private and family life; and right to request the protection of his/her personal data. This right includes being informed of, having access to and requesting the correction and deletion of his/her personal data, and to be informed whether these are used in consistency with envisaged objectives. Personal data can be processed only in cases envisaged by law or by the person's explicit consent.

5. Occupational Health and Safety

The employer shall take all necessary precautions to ensure the occupational health and safety in the workplace and provide tools and materials completely (Art. 417/2 of TCO). Duties of employers regarding the occupational health and safety may be listed as follows:

¹⁵ EKMEKÇİ/KORKUSUZ/UĞUR, p.74; SÜZEK, p.451; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, p.401; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri (Individual Labour Law Courses), On İki Levha, İstanbul, 2020, p.276.

¹⁶ SÜZEK, p.453-454; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, p.403; SENYEN-KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku (Individual Labour Law) 9th Ed., Gazi Kitabevi, Ankara 2018, p.237.

¹⁷ SÜZEK, p.399.

- Duty to monitor and supervise.
 - Duty to train and inform.
 - Duty to perform risk assessment.
 - Duty to perform healthcare surveillance.
 - Duty to report work accident and to keep record.
 - Duty to prepare emergency plan and to evacuate.
 - Duty to establish committee of occupational health and safety.
- Duty to employ occupational health and safety professionals¹⁸.

6. Social Security Rights

Apart from the labour rights, workers have social security rights to be protected too. The main problem about the social security rights of the workers working in the border zones of neighboring countries is that their social security premiums are paid to another country's social security system. Therefore, they may face problems when they want these premiums to be taken into account in their home countries. There are indeed some solutions to overcome these problems. One of these solutions is to have social security agreements between the neighboring countries. Contracting states may regulate the situation of these workers¹⁹. It is seen in the numerous social security agreements that the works conducted in the other contracting party are regarded as the works conducted in the home country. By this way, workers can fulfill the requirements to receive social security benefits. Another solution can be allowing workers to pay the premiums to the social security institution of the home country for the periods where the worker conducted his/her works in foreign countries. As a result of this payment, the social security institution of the home country can take these works conducted in a foreign country as they were conducted in the home country²⁰. Lastly, countries should allow workers working in the border zones of neighboring countries to join voluntary social insurance. So that they can pay their premiums by themselves and fulfill the requirements of receiving social security benefits. Besides all these, workers must have the opportunity to transfer the social security premiums paid in the neighboring country to their home country. They may overcome the problem of paying double premiums in two different countries for the same period of time with the transfer of the premiums. However, this can only be possible if two countries have an agreement on this transaction.

IV. CONCLUSION AND ASSESMENT

As a result of the increase in border trade in the world, it is indisputable that there are additional employment opportunities, especially for citizens of more developed countries.

It is obvious that border trade, which is a good advantage in providing jobs and employment, leads to the employment of a large number of people due to goods transportation, hotels, restaurants, storage centres and customs enterprises.

But it is a fact that employees of countries who are more disadvantaged receive different treatment in the employment in developed countries. International conventions, which prohibit all kinds of discrimination, as well as discrimination between domestic and foreign workers, constitute the clearest international sources on this subject. In order to eliminate this bad treatment, the employment strategies identified by the ILO should be taken into consideration and discrimination between employees should be removed. Even if the reasons such as a different local or foreign, ethnicity or religion are not directly cited as the justification for the discrimination applied, it would be contrary to the discrimination or equal treatment debt for the employers. Other points that should not be differentiated in any way between domestic and foreign workers can be determined as follows: Duty of care, protection of personality, protection against abuses, protection of personal data, occupational health and safety.

Apart from the rights of the workers regarding the individual labour law, their social security rights have to be protected too. As it was mentioned with more details above, the necessary measures has to be taken to allow these workers to meet the requirements of receiving the social security benefits. This can be achieved by entering into a social security agreement with neighboring countries or by allowing them to accumulate social security premiums in their home countries

¹⁸ EKMEKÇİ/KORKUSUZ/UĞUR, p.77-78; SÜZEK, p.400.

¹⁹ GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nürşen: Sosyal Güvenlik Hukuku (Social Security Law), Beta, İstanbul, 2020, p.46

²⁰ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, p.539; TUNCA, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (Social Security Law Courses), Beta, İstanbul, 2019, p.722.

during their work in the border zones of the neighboring countries. These methods can be combined too. Transfer of the premiums between these countries is also another important issue to protect the rights of these workers.

Within the framework of the general principles of the ILO and other international agreements, a person, who has the right to work in any bordering country and who is a citizen of a poorer country and living in worse conditions, deserves to be treated as an honourable worker. There should also be more international materials on the protection of the rights of the workers working in the border zones of the neighboring countries.

REFERENCES

- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri (Labour Law Courses), 31st Ed., İstanbul, 2018.
- DANKA, Victor/FLINTERMAN, Cees/LECKIE, Scott: “Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights Report”, Human Rights Quarterly, (20), 1998, (Date of Access: 04.05.2021)
- EKMEKÇİ, Ömer/KORKUSUZ, M. Refik/UGUR, Ömer: Turkish Individual Labour Law, On İki Levha Publishing, İstanbul, 2020.
- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri (Individual Labour Law Courses), On İki Levha, İstanbul, 2020.
- FERRO, Cécile et al.: “Trading Across Borders: A New Approach to Measuring Trade Processes Across Borders”, <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB16-Chapters/DB16-CS-TAB.pdf>, (Date of Access: 05.05.2021)
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku (Social Security Law), Beta, İstanbul, 2020.
- ILO, <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/equality-of-opportunity-and-treatment/lang--en/index.htm>, (Date of Access: 11.05.2021)
- ILO, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/migrant/documents/publication/wcms_201039.pdf, (Date of Access: 22.05.2021).
- KARADUMAN, Naci/ YILDIZ, Zafer: “Serbest Bölge Uygulamalarının Dış Ticarete ve Yabancı Sermayeye Katkıları”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 7(1), 2002.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C.1, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, LYKEION Yayınları, Ankara, 2019.
- OECD, 2018, “Trade Facilitation and the Global Economy”, OECD Publishing, Paris, Word Bank, <https://www.oecd.org/publications/trade-facilitation-and-the-global-economy-9789264277571-en.htm>, (Date of Access: 24.04.2021).
- SENYEN-KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku (Individual Labour Law) 9th Ed., Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku (Labour Law), 17th Ed., İstanbul, 2019.
- TUNCAY, Aziz Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982.
- TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (Social Security Law Courses), Beta, İstanbul, 2019.
- WIESBÖCK, Laura: “A preferred workforce? Employment practices of East–West cross-border labour commuters in the Central European Region”, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11614-016-0245-3>, (Date of Access: 22.04.2021).

ÖZEL ESASLARA İLİŞKİN UYGULAMA VE YARGI KARARLARI PERSPEKTİFİNDEN VERGİ HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI BİR İŞLEMEN HUKUKA UYGUN BİR TARHİYAT ÇIKIP ÇIKMAYACAĞI SORUNU

FROM THE PERSPECTIVE OF IMPLEMENTATION AND JUDICIAL DECISION ON THE
EXCEPTIONAL PROCEDURE, THE PROBLEM OF WHETHER A LEGAL ASSESSMENT CAN BE
MADE BASED ON AN UNLAWFUL ACT IN TAX LAW OR NOT

Yıldırım TAYLAR*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.995908> 

Makale Bilgi

Gönderi: 15/09/2021
Kabul : 13/12/2021

Anahtar Kelimeler

Vergi Hukuku,
Özel Esaslar,
Kanunilik İlkesi,
Hukuk Devleti,
Düzeltilme
Beyanamesi,
İhtirazi Kayıt.

Article Info

Received: 15/09/2021
Accepted: 13/12/2021

Keywords

Tax Law,
The Exceptional
Procedures,
Legality Principle,
Rule of Law,
Correction Declaration,
Objection Annotation.

Özet

Özel esaslar, katma değer vergisi iadesinde yapılması muhtemel hukuka aykırılıkların önüne geçmek için getirilmiş bir uygulama olarak tasarlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Uygulanan yüksek ve hatta ölçülü denilemeyecek cezalara rağmen sahte belge düzenleme ve kullanma fiillerinde bir azalma görülmemesi, bu fiillerle mücadele konusunda yeni arayışları hep gündemde tutmuştur. Özel esaslar, kendi içinde oluşturmuş olduğu bir sınıflandırma ile bu mücadeleye katkı sunmak amacıyla olsa da yasal dayanağı bulunmadığından temel hak ve özgürlükler bakımından sorunlu bir müessese haline gelmiştir. Yasal bir dayanağı olmamasına rağmen uygulanmasına devam edilen özel esaslar kapsamında mükelleflere ihtar yazıları gönderilmekte, gerekli düzeltmenin yapılmaması durumunda özel esaslar kapsamına alınacakları ihtar edilmektedir. Özel esaslar kapsamına girmek istemeyen ve ihtirazi kayıpla beyanname veren mükelleflerin açmış oldukları davalarda; hak arama özgürlüğü ve ispat yükü bakımından önemli sorunlar yaşanmaktadır. Çalışma, hukuka aykırı bir işlem olan özel esaslar ihtirazi ile başlayan tarh, tahakkuk ve ceza kesme işlemlerinin hukuka uygun olduğu yönünde bir karar ile sonuçlanmasının mümkün olup olmadığı sorusuna, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde bir cevap aramaktadır.

Abstract

The exceptional procedures term has been designed and enter into effect as a practice to prevent possible illegalities in value added tax refund. Despite the high and even non-proportional penalties, the fact that there is no decrease in the acts of using or issuing misleading documents always keeps new searches on the agenda in the fight against these acts. Although the notion of exceptional procedures aims to contribute to this struggle with a classification that it has created within itself, it has become a problematic institution in terms of fundamental rights and freedoms since it has no legal basis. Although it has not a legal basis, warning letters are still sent to taxpayers within the scope of the exceptional procedures. There are important problems in terms of the right to legal remedies and burden of proof in lawsuits that filed by taxpayers who do not want to be a part of the exceptional procedures and thus declare a tax statement with an objection annotation. The study seeks an answer within the framework of the rule of law to the question of whether it is possible to consider the tax assessment and tax accrual as lawful, which have started with a warning letter of exceptional procedures.

 Bu eser [Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** TAYLAR Yıldırım, “Özel Esaslara İlişkin Uygulama ve Yargı Kararları Perspektifinden Vergi Hukukunda Hukuka Aykırı Bir İşlemden Hukuka Uygun Bir Tarhiyat Çıkıp Çıkmayacağı Sorunu”, İnÜHFD, 12(2), 2021, s.774-790. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

It is stated that the application of the exceptional procedures was created mainly for the purpose of preventing the unfair value added tax refund and thus the loss of the treasury. The State has a broad authority to make regulation within the framework of the generality of the legislative power to ensure the security of the tax, which is the most important public revenue, and to reveal the true nature of the tax. The important point is that: this authority should be used within the framework of the principles and rules of the state of law. Although it is an institution that has started to be implemented for value added tax refund, the scope of exceptional procedures has expanded greatly in current practice. Taxpayers who do not have a return request, who do not have a report about using or issuing misleading documents, the partners and legal representatives of the companies that have a report about using or issuing misleading documents, are taken into the scope of the exceptional procedures. It is obligatory to have a legal basis for an issue that has such a broad scope and that concerns (even restricts) the right and freedom to work.

The principle of legality of the administration and the principle of legality of tax are required a legal basis in this regard. Since 2001, when it came into force, the implementation of exceptional procedures has been carried out with administrative regulations without a legal basis. In the lawsuits filed against the process of being taken to exceptional procedures, decisions are made in favor of the taxpayers since the institution has no legal basis. However, in the case of filing a lawsuit against the tax declarations given based on the exceptional procedures letter, the fact that the exceptional procedures itself is against the law, is ignored. If an administrative process itself is illegal, is it possible to be get a legal sub-process arise from that process? The study seeks an answer to this question within the framework of the rule of law. In this context, whether there is a legal basis of the implementation of the exceptional procedures and the place of the institute in the tax law systematics are discussed. And finally, the latest developments about judiciary procedures and case law about the tax statement given with an objection annotation upon the letter of the exceptional procedures are evaluated.

Tax law is a field of law where has an intense interference with fundamental rights and freedoms. It is clear that every tax or liability imposed restricts the taxpayer's many fundamental rights and freedoms, especially the right of property and work. Although it is possible to impose obligations on taxpayers due to the need for public revenue, rules and the practices carried out according to these rules must comply with the constitutional taxation principles. Since the notion of the exceptional procedures does not have a constitutional and legal basis, the administrative acts depended on this notion are also unlawful. It is not possible for a legal sub-process (tax assessment or penalty) to emerge from a process that is itself illegal. For this reason, in jurisdiction process the courts should take into account that the implementation of exceptional procedures itself is illegal. A contrary interpretation would be contrary to the rule of law.

It has also been a matter of debate whether the tax statement declarations with an objection annotation, declared due to the exceptional procedures letter, give right to sue or not. After the Constitutional Court's decision of violation of rights in Arbay Petrol's decision, the discussions on this issue came to an end. On the other hand, although the right to file a lawsuit is accepted, there are contradictions among the judicial decisions about examining procedures. In the final decisions of the Council of State, it is stated that a decision should be made within the scope of ex officio research principle by examining the reports of companies that accused to use or issue to misleading document and the information and documents submitted by taxpayers. In our opinion, there is no need to carry out such an examination since there is no legal basis of the notion of exceptional procedures. In addition, the issue of an examination not carried out by the tax administration, carried out by the judicial authority is contrary to the provisions of the rules of law that limit of administrative jurisdiction. The principle of ex officio investigation does not mean that the judiciary can replace the administration and carry out all kinds of investigations.

I. GİRİŞ

Katma değer vergisinin önemli özelliklerinden birisi de vergide indirim ve iade olanağının bulunmasıdır. Katma Değer Vergisi Kanunu'nda sistem, vergiden vergi indirimi esasına dayanmakta olup, vergi indirimi yükümlülüğe bağlı bir görev ve hak olarak nitelendirilmektedir¹. Mükellefler, gerçekleştirdikleri vergiye tâbi işlemler nedeniyle hesaplanan katma değer vergisinden yüklenmiş oldukları katma değer vergisini indirebilmekte, indirim konusu yapılamayan katma değer vergisi ise Kanun'da yazısı usul ve esaslara göre iade edilmektedir. Tanınan iade hakkının, çeşitli gerekçelerle hukuka aykırı bir şekilde kullanılması ve böylece haksız yere vergi iadesi alınması sebebiyle, iadeyi doğuran olayların gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılabilmesi için bazı usuller geliştirilmiştir. Bu usullerden birisi de çalışmanın konusunu oluşturan özel esaslar uygulamasıdır.

Özel esaslar konusu, Katma Değer Vergisi Kanunu'nda veya herhangi bir vergi kanununda düzenlenmemiş olup, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan katma değer vergisi genel tebliğleri ile süreç yürütülmektedir. İlk olarak 84 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği ile uygulanmaya başlanan özel esaslar müessesesi, şu anda Katma Değer Vergisi Kanunu Genel Uygulama Tebliği hükümlerine göre uygulanmaktadır. Zaman ilerledikçe özel esaslar müessesesinin hem kapsamı genişlemiş hem de uygulanmasında önemli değişiklikler gözlemlenmiştir. Uygulanan haliyle özel esasların, katma değer vergisinde iade konusu aşan bir uygulama haline geldiği, uygulama ve yargı kararlarına bakıldığında konunun mükellef hakları bakımından hassas olduğu ifade edilebilir.

Çalışma, yasal dayanağı olmadan yürütülen özel esaslara ilişkin uygulama ve yargı kararları çerçevesinde, müesseseyi, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu çerçevede özel esaslar uygulamasının hukuki dayanağı, özel esaslara ilişkin uygulamaların vergi hukukundaki yeri, özel esaslar yazısı üzerine mükellefler tarafından ihtirazi kayıtla yapılan düzeltme işlemleri ile yargı yoluna başvuru hususunda yaşanan gelişmeler ve gelinen son nokta, Danıştay tarafından verilen kararlar arasındaki çelişkiler ele alınmaktadır. Özellikle yerleşik yargı uygulaması ile hukuka aykırı olduğu kabul edilen özel esaslar işleminden, hukuka uygun bir vergi tahakkuku ve ceza kesme işlemi çıkıp çıkmayacağı sorusuna, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde bir cevap aranmaktadır.

II. ÖZEL ESASLAR UYGULAMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Özel esaslar uygulamasının, daha farklı bir kullanımı ile olumsuz mükellefler listesinin, idarenin yapmış olduğu tespitler doğrultusunda şüpheli gördüğü vergi mükelleflerine yönelik bir tür fişleme olduğu ifade edilmiştir². Uygulama, mevcut hukuki durumda, Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği³ hükümlerine göre yürütülmektedir. Tebliğ'in "*KDV İadesinde Ortak Hususlar*" başlıklı IV. Kısımının (E) başlığı altında düzenlenmiş olan özel esaslar, esas itibarıyla katma değer vergisinde iade uygulaması ile bağlantılı bir konu olarak ele alınmış ve düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Tebliğde, özel esaslar uygulamasının amacı,

"Tebliğ'in bu bölümünde yer alan düzenlemeler, iade edilecek KDV tutarının gerçek olup olmadığına tespit edilmesi suretiyle, Hazine'ye intikal etmemiş ve/veya hayali olarak oluşturulmuş, gerçek bir yüklenime dayanmayan tutarların KDV iadesi çatsısı altında yolsuz olarak iadesini önlemeyi amaçlamaktadır."

şeklinde ifade edilmiştir. Bu açıklama ile uygulamanın, indirim mekanizması yoluyla giderilemeyen ve iadeye konu edilebilen katma değer vergisinin hukuka aykırı yol ve yöntemlerle iade alınmasının önüne geçmek amacıyla geliştirildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle özel esasların, katma değer vergisinde iade uygulaması bakımından bir güvence önlemi niteliği taşıdığı ifade edilebilir⁴.

¹ YALTI, Billur: Hizmet İşlemlerinde Katma Değer Vergisi - Bir Karşılaştırmalı Hukuk Denemesi, (Katma Değer Vergisi), Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1998, s.287.

² YALTI, Billur: "Kod Listelerinden KDV İadesi Risk Analiz Sistemine Geçiş: KDV İndirim Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Değerlendirmeler", (Kod Listeleri), Vergi Sorunları Dergisi, 258(10), 2010, s.24.

³ RG: 26.04.2014 – 28983.

⁴ Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 2010 yılında hayata geçirilen Katma Değer Vergisi Risk Analizi Projesi ile sahte belge kullanma ve düzenleme fiillerine ilişkin denetimler daha etkin hale gelmiştir. Bu sistem sayesinde çapraz kontrol yapılarak mükelleflerin beyanname verip vermedikleri, Ba-Bs formlarını verip vermedikleri, hasılat beyan edilip edilmediği gibi konular tespit edilmekte ve inceleme elemanlarına rehberlik edilmektedir. (ÇAKMAKÇI, Ali/KÖSEER Semra: Sahte Belge ve Vergi Kaçakçılık Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.272).

Yansıtma yoluyla işleyen katma değer vergisi sisteminin ulusal ve uluslararası hukukta çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçların temel noktasının ödenmesi gereken verginin ulusal hazinelere aktarılması olduğu söylenmektedir. Bu nedenle kaçakçılık konusu, taşıdığı ekonomik ağırlık nedeniyle, sadece Türkiye’de değil, diğer ulusal ve/veya uluslararası hukuklarda tartışılmaktadır⁵. Örneğin, Avrupa Birliği Hukuku’nda kaçakçılıkla mücadelede önleyici risk analiz sistemine başvurulduğu, bunu gerçekleştirmek için mükellefler hakkında, faaliyette buldukları sektör dâhil, finans ve öz kaynak durumları, geçmiş ödemeleri, beyanları ve katma değer vergisi iadeleri hakkında mikro ve makro bilgileri içeren yazılımların ve elektronik veritabanlarının kullanıldığı görülmektedir⁶.

Özel esaslar uygulamasının, vergi idaresine karşı yükümlülüklerini yerine getirmeyen mükellefleri engellemek, bu mükellefler ile ticari ilişkisi olanlar üzerinden kendilerini sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek ve kullanmaktan vazgeçirmek amacıyla, vergi geliri hedeflenerek yürürlüğe konulduğu da ifade edilmektedir⁷.

Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği’nde, hangi mükellef ve/veya kişiler hakkında özel esaslar hükümlerinin uygulanacağı sayma yolu ile belirtilmiştir. Buna göre;

“- 213 sayılı Kanunun (153/A) maddesi kapsamına giren mükellefler,

- Sahte belge veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme fiiline iştirak eden mükellefler de dâhil olmak üzere sahte belge veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme ya da kullanma konusunda haklarında “olumsuz rapor” veya “olumsuz tespit” bulunan mükellefler,

- Sahte belge veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme konusunda haklarında “olumsuz rapor” bulunan mükelleflerin raporun ait olduğu dönemdeki ortakları, kanuni temsilcileri, bunların kurdukları veya ortak oldukları mükellefler ile kanuni temsilcisi oldukları mükellefler,

- Haklarında beyanname vermeme, defter ve belge ibraz etmeme ve adresinde bulunamama konusunda tespit bulunan mükellefler,

- Haklarında KDV yönünden ihtiyati tahakkuk veya ihtiyati haciz uygulanan mükellefler,

- Doğrudan mal veya hizmet temin ettikleri mükellefler hakkında olumsuz rapor veya tespit bulunanlar”

hakkında özel esaslar uygulanmakta ve iade talepleri, Tebliğ’de belirtilen esaslar çerçevesinde yerine getirilmektedir. Bu noktada iade işlemlerinin gerçekleştirilmesinin veya özel esaslardan genel esaslara alınmanın sıkı şartlara tabi tutulduğunu (teminat, yargı kararı veya vergi incelemesi gibi), özel esaslara alınabilecek mükellef veya kişilerin kapsamının geniş olduğunu, ayrıca ifade etmek gerekmektedir. Mükellefler, katma değer vergisi üretim zincirinin birden fazla halkasını kavrayacak şekilde gruplandırılmıştır⁸. Örnek vermek gerekirse, kendisi hakkında sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma raporu ya da tespiti bulunmayanlar, mal veya hizmet temin ettikleri mükellefler hakkında bu tür rapor ya da tespit bulunması nedeniyle özel esaslar kapsamına alınmaktadır. Böylece hakkında bir rapor ya da tespit bulunan mükelleften mal veya hizmet satın alan, sayısı yüzlerle ifade edilebilecek mükellef, özel esaslar kapsamına alınmakta, bu olumsuz durum domino taşı etkisi yaratarak çok sayıda mükellefi ilgilendirir hale gelmektedir⁹. Dolayısıyla konunun, kamu gelirlerini usulüne uygun bir şekilde tarh ve tahsil etmekle ve bu arada haksız avantajlardan yararlanmak isteyenleri engellemekle görevli ve yetkili gelir idaresi ile özel esaslar uygulaması yoluyla birçok yönden temel hak müdahalesine maruz kalan mükellefler açısından oldukça hassas bir noktada olduğu söylenmelidir.

⁵ ÖZGENÇ, A. Selçuk: “Avrupa Birliği İçtihadı ve Türk İçtihadı Açısından Katma Değer Vergisinde Mütessesil Sorumluluk”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2017, s.84.

⁶ YALTI, Kod Listeleri, s.22.

⁷ ER, Selami: “Varlık Barışı Kanunu ve Kod Listesi Vergi Adaleti ve Uyumuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 11(2), 2018, s.273-274.

⁸ YALTI, Kod Listeleri, s.25.

⁹ Kötü niyetli ve dürüst olmayan mükellefleri engelleme amaçlı getirildiği ifade edilen bu uygulama ile iyiniyetli ve dürüst mükelleflerin cezalandırılır bir duruma geldiği yönünde bkz. ER, s.274-275.

III. ÖZEL ESASLAR UYGULAMASININ HUKUKİ DAYANAĞININ OLUP OLMADIĞI SORUNU

A. Genel Açıklama

Vergilendirme yetkisi, Devlet adına Devlet kurumları tarafından veya kanunun açıkça vermiş olduğu yetki çerçevesinde diğer kamu tüzel kişileri tarafından kullanılan bir yetkidir¹⁰. Devlet adına kullanılacak olan bu yetkinin anayasal ve yasal dayanağının bulunması zorunludur. Anayasa'nın "Egemenlik" başlıklı 6'ncı maddesi, egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olduğu, Millete ait olan bu yetkinin Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağını belirttiğinden sonra, 3'üncü fıkrasının son cümlesinde "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*" düzenlemesine yer vermiştir. Bu hükme göre, vergilendirme alanı da dâhil olmak üzere, hiçbir kişi, kurum veya merci dayanağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamayacaktır.

Anayasa'nın vergiye ilişkin temel düzenlemeler içeren 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ve kaldırılacağı düzenlemesine yer vermektedir. Verginin kanuniliği olarak ifade edilen bu düzenleme verginin anayasal dayanağını oluşturmada, verginin bütün temel unsurlarının (Cumhurbaşkanına verilen değişiklik yapma yetkisi hariç) kanunlarla belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Buna göre verginin mükellefi, konusu, matrahı, oranı, sorumlusu, vergiyi doğuran olay, tarh ve tahsil zamanları, zamanaşımı gibi unsurlarının kanunlarla düzenlenmesi gerekmektedir¹¹. Verginin bahsedilen bu temel unsurları konusunda vergi idaresinin düzenleme yapma yetkisi bulunmadığından, böyle bir yetki kullanımı verginin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Verginin kanuniliği ilkesi, vergi hukukunda iade ve indirim hakkını doğuran olaylar açısından da geçerlidir. Bu nedenle, katma değer vergisinde vergi iadesine ilişkin bir güvence önlemi olarak düzenlenen özel esaslar uygulamasının yukarıda bahsedilen ilkeler çerçevesinde bir dayanağının bulunması gerekmektedir. Çalışmanın bu kısmında, vergi hukukuna hâkim olan ilkeler çerçevesinde özel esaslar uygulamasının hukuki dayanağının bulunup bulunmadığı tartışması yapılmaktadır. Uygulamanın hukuki dayanağının olup olmadığı hususu, özel esaslar çerçevesinde gerçekleştirilen bireysel vergilendirme işlemlerinin (vergi tarhiyatı, ceza kesilmesi) hukuka uygunluğu noktasında bir referans işlevi görecektir.

B. Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinin (Özel Esaslar Hükümleri Bakımından) Hukuki Niteliği

Vergi hukukunun önemli kaynaklardan birisi Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan genel tebliğlerdir. Genel tebliğlerin sözü edilen önemi, vergi hukukunun asli veya bağlayıcı kaynağı olmalarından değil, Bakanlık tarafından vergi kanunlarının uygulanmasında ve yorumlanmasında sıkça başvurulan bir kaynak olmalarından kaynaklanmaktadır. Çıkarılan genel tebliğler, vergi idaresinin bu husustaki görüşünü ve uygulamasını yansıttığından mükellefler bakımından da takip edilmesi gereken önemli bir kaynak haline gelmiştir.

Genel tebliğlerin vergi hukuku açısından kaynak değeri iki şekilde ele alınmaktadır. Bunlardan *birincisi*, genel tebliğlerin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na vergi kanunlarıyla verilen yetkiler çerçevesinde çıkarılmış olmasıdır. Bu çerçevede verilen yetkinin yasal bir dayanağı bulunmakta, bu yetki kullanımı çerçevesinde genel tebliğler çıkarılmakta ve çıkarılan bu tebliğler vergi hukukunun bağlayıcı kaynakları arasında yer almaktadır. Yasal bir dayanak gerektirecek şekilde çıkarılan bu genel tebliğler, Bakanlık düzenleyici işlemi olarak Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesi gereğince Danıştay nezdinde hukuka uygunluk denetimine tâbi tutulabilmektedir¹². *İkinci* kategoride yer alan genel tebliğler ise kanunun verdiği bir düzenleme

¹⁰ ÖNCEL, Muallâ/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami/GÖKER Cenker: Vergi Hukuku, 29.B., Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s.38.

¹¹ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s.39; KANETİ, Selim/EKMEKÇİ Esra/GÜNEŞ Gülsen/KAŞIKCI Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s.56; SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 10.B., Beta Basım, İstanbul 2020, s.44-45; ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE Mehmet/GERÇEK Adnan: Vergi Hukuku, 12.B., Ekin Basım, Bursa 2021, s.32; BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, 51.B., Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s.14; BAHÇECİ, Banış: Vergisel Düzenleyici İşlemlerin Hukuksal Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.107. "...Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin kanunlarla belirlenmesi gerekir..." AYM, 14.02.2018 gün ve E. 2017/19, K.2018/11, (RG: 23.03.2018 – 30369); Ayrıca bkz. AYM, Bireysel Başvuru Kararı, 03.11.2020, Paragraf 64, Bireysel Başvuru No: 2016/3675, (RG: 05.03.2021 – 31414).

¹² Bu hususta bkz. ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.38; TAŞKAN, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku, 2.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.64.

yapma yetkisi çerçevesinde çıkarılmamakta, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın idari yorum olarak vergi kanunlarını yorumlaması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde çıkarılan genel tebliğler açıklayıcı-yorumlayıcı genel tebliğler olarak vergi hukukunun yardımcı kaynakları arasında yer almaktadır¹³. Vergi hukukunda genel tebliğler esas itibarıyla bu kategoride yardımcı kaynaklar arasında yer almaktadır¹⁴. Bu nedenle yorumlayıcı genel tebliğler kural olarak iptal davasına konu olamamaktadır. İptal davasına konu olamamaları kural olmakla birlikte, bu tür tebliğlerde yorumun ötesine geçilerek vergi ödevlileri ile ilgili bazı düzenlemeler yapılması, kanunilik ilkesi ile çelişen bazı uygulamalara yer verilmesi durumunda menfaati ihlâl edilenler tarafından iptal davası açılması hukuken mümkündür¹⁵. Normlar hiyerarşisi çerçevesinde alt bir norm olan genel tebliğin, üst norm olan Anayasa ve kanunlara (eş değerde bulunan milletlerarası antlaşmalara) aykırı hükümler içermesi mümkün olmadığından, yapılacak idari yargı denetiminin öncelikle bu hususta yapılması gerekmektedir.

Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin özel esaslara ilişkin bölümünün, vergi hukukunun bağlayıcı kaynakları arasında mı yoksa yardımcı kaynakları arasında mı yer aldığı hususunun belirlenmesi, özel esaslar konusunda Bakanlığa yetki verilip verilmediğinin tespitine bağlıdır. Genel Tebliğ'de,

“...3065 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin ikinci fıkrasında Bakanlığımızın; mükellefiyet süresi, çalışan sayısı, aktif ve özsermaye büyüklüğü, ödenen vergi tutarı, vergisel ödevlerin zamanında yerine getirilip getirilmediği, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma yönünde olumsuz rapor ya da tespit bulunup bulunmadığı gibi kriterleri esas alarak mükelleflerin vergisel uyum seviyeleri ve bu uyum seviyelerine göre farklı iade yöntemleri tespit etmeye, iade alacağının mahsup edileceği vergi borçları ile iadeye ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, Tebliğin bu bölümü 3065 sayılı Kanunun 9, 11, 29, 32, 36 ve iadeyi düzenleyen diğer maddelerinde yer alan yetkilere istinaden, gerçekte iadesi gereken KDV'nin tespitine yönelik olarak düzenlenmiştir.”

şeklinde bir gerekçe ile yetkilendirmenin var olduğu varsayılarak düzenlemeler yapılmıştır. Kanaatimizce, Tebliğ'de ifade edilen maddelerin hiçbirisi, özel esaslar uygulaması konusunda Hazine ve Maliye Bakanlığı'na düzenleme yapma yetkisi vermemektedir. Mükelleflerin, bu şekilde sınıflandırılmalarına, kapsamı çok geniş bir şekilde özel esaslar kapsamına alınmalarına, haklarında herhangi bir sahte belge düzenleme veya kullanma raporu olmadığı halde özel esaslar kapsamında değerlendirilmelerine, üstelik bir vergi iadesi talebi bulunmadığı halde özel esaslar uygulaması ile muhatap olmalarına olanak veren bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Genel olarak iade ile ilgili usul ve esasları belirleme yetkisi (ki böyle bir yetkilendirmenin de kanunilik ilkesine uygunluğu tartışmalıdır), vergi idaresine uygun gördüğü her türlü düzenlemeyi yapma yetkisi vermemektedir. Bu nedenle Genel Tebliğ'de dayarılan kanun hükümlerinin konuya ilişkin gerçek bir yetkilendirme içermediği, Genel Tebliğ'in özel esaslara ilişkin hükümlerinin bağlayıcı bir vergi hukuku kaynağı olmadığı, ancak mükelleflerin hukuki durumlarını etkileyen düzenlemeler içermesi nedeniyle iptal davasına konu edilebileceği düşüncesindeyiz. Açılacak olan dava, Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesinin açık düzenlemesi gereğince Danıştay'da açılmalıdır. Buna karşılık, bireysel bir işlemle özel esaslar kapsamına alınan bir vergi ödevlisinin, bu işlemle birlikte Genel Tebliğ'e karşı değil de sadece bireysel işleme karşı dava açmak istemesi durumunda görevli mahkeme- vergi mahkemesi olacaktır¹⁶.

¹³ Bu hususta bkz. ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.42; TAŞKAN, s.65.

¹⁴ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s.19; KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku (Ders Kitabı), 2.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.98; SOLAK-AKMAN, İnci: “Türk Vergi Hukukunda Norm Koyma ve Normun Uygulanmasında Kronikleşmiş Yetkilendirme Sorununa Bir Örnek: Elektronik Ortamda Tebliğ Usulüne İlişkin Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2016, s.275.

¹⁵ Bu hususta bkz. ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.42-43; KARAKOÇ, s.99; TAŞKAN, s.65-66.

¹⁶ Vergi idaresinin, özel esaslar uygulamasının iade uygulamasına ilişkin olarak idarenin bir iç işlemi olduğu, bu nedenle kesin ve yürütülebilir işlem olmadığından idari davaya konu olamayacağı yönündeki iddiasına, Danıştay tarafından “...Yarattığı hukuki sonuçlar dikkate alındığında, davacı hakkında tesis edilen işlem kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliindedir. /...Dolayısıyla, yasal dayanağı olmadan, hukuka aykırı bir biçimde idarenin kendi içerisinde oluşturduğu bir sınıflandırma ile davacının adına sözü edilen listede yer verilmiş olması sebebiyle bu liste davacı açısından kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğini kazanmıştır.”(Danıştay 3.D., 13.05.2015 gün ve E. 2014/11851, K. 2015/3173, www.kazanci.com.tr) şeklinde karar verilerek itibar edilmemiştir. Benzer yönde bkz. Danıştay VDDK. 03.05.2018 gün ve E. 2018/134, K. 2018/255, www.kazanci.com.tr; Danıştay 3.D., 07.06.2016 gün ve E. 2016/6359, K. 2016/4136, www.kazanci.com.tr. Ayrıca bu yönde bkz. ÇİTİL, Bünyamin: Vergi Hukukunda Sahte Fatura Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.278-279.

C. Özel Esaslar Uygulamasının Anayasal ve Yasal Dayanağının Olup Olmadığı

Vergi hukukunda vergi ödevine ilişkin temel düzenlemelerin Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince kanunlarla yapılması gerekmektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu ilke, hem verginin temel unsurlarına yönelik belirlemelerin kanunla yapılması zorunluluğuna işaret etmekte hem de yürütmenin anayasal vergilendirme ilkelerine uygun bir yetkilendirme yapılmadan vergi alanında düzenleme yapma yetkisine sahip olmadığını göstermektedir. Bu nedenle yürütme içerisinde yer alan Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın özel esaslar konusunda yapmış olduğu düzenlemelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi, bu hususta Bakanlığa verilmiş açık bir kanuni düzenlemeyi gerektirmektedir.

Kaynağını Anayasa'dan alan verginin kanuniliği ilkesi ile yasal idare ilkesi (idarenin kanuniliği ilkesi)¹⁷, idarenin hukuka bağlılığını, idarenin tesis edeceği her türlü eylem ve işlemin yasal dayanağa sahip olmasını gerektirmektedir¹⁸. Diğer bir ifadeyle idarenin kanuniliği, idarenin teşkilatına ve faaliyetlerine kanunun hâkim olması, idarenin kanunlara uyması, böylece yönetilenlerin idarenin keyfi eylem ve işlemlerinden korunması anlamına gelmektedir¹⁹. Yürütme yetkisini kullanan idare, kanunun tanıdığı bir yetkiye dayanmadıkça işlem tesis edemez ve/veya eylemde bulunamaz. Kaldı ki kanunlarda genel ifadeli düzenlemelerin bulunması idarenin düzenleyici kural koyabilmesi için yeterli kabul edilmemektedir²⁰.

Vergi hukukunda kanuni idare ilkesi, vergilendirme yetkisinin kullanılmasını açık bir biçimde kanuni yetki ile sınırlandırmaktadır²¹. Özel esaslar uygulaması, vergi kanunlarında herhangi bir şekilde düzenlenmiş bir konu değildir. Vergilendirme alanında bağlı yetkiye sahip olan vergi idaresine²², yukarıda ifade edildiği üzere, mükellefleri bu şekilde kategorize etme yetkisi veren herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu çerçevede değerlendirildiğinde Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın, Gelir İdaresi Başkanlığı'nın ve idareyi temsilen işlem tesis edebilen yerel vergi dairelerinin, mükellefleri özel esaslara tâbi mükellef şeklinde kategorize etme ve bu şekilde çalışma hayatının düzenini bozacak işlemler tesis etme yetkisi bulunmamaktadır. Vergi kanunlarıyla verilmiş, içeriği ve sınırları belli olan herhangi bir yetki bulunmadığından, idareye genel olarak usul ve esasları belirleme yetkisi verildiği gerekçesiyle düzenleyici işlem yapılması mümkün değildir. Bu nedenle Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği ile getirilen özel esaslar düzenlemesi hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir²³.

Danıştay özel esaslar kapsamına alınma işlemlerine karşı açılan davalarda vermiş olduğu kararlarında, mükelleflerin özel esaslara tâbi mükellefler listesine alınmasının hukuki bir dayanağının olmadığı yönünde kararlar vermektedir. Bir kararında Danıştay²⁴,

“...Davacı mal ve hizmet alımlarıyla ilgili olarak aldığı ve kayıtlarına yansıtıldığı faturaları düzenleyen kişi hakkındaki tespitlerden hareketle özel esaslara tabi mükellefler listesine alınmış ise de; gerek davalı idarenin, gerek bağlı bulunduğu hiyerarşik üst makamların mükellefleri bu şekilde kategorize edebilmelerine olanak sağlayan hiçbir yasal düzenleme bulunmadığı gibi, Anayasa'da

¹⁷ Anayasa'nın 8'inc maddesindeki “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”; 123'üncü maddenin 1'inci ve 3'üncü fıkralarındaki “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. ... Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur” hükümleri, idarenin kanuniliği ilkesini ifade etmektedir. Dolayısıyla idare, her türlü eylem ve işleminde kanuna dayanmak ve kanuna uygun davranmak zorundadır.

¹⁸ AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, 9.B., Der Kitabevi, İstanbul 2021, s.76; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku; 12.B., Savaş Yayınevi, Ankara 2020, s.113; ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, 2.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.1158; SANCAKDAR, Oğuz/US Eser/KASAPOĞLU-TURHAN Mine/ÖNÜT Lale Burcu/SEYHAN, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayın, Ankara 2018, s.49.

¹⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.113.

²⁰ KARAHANOGULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 2.B., Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.68.

²¹ ÇAĞAN, Nami: Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982, s.146. Doktrin ve Anayasa Mahkemesi'nin yasama ve yürütmenin düzenleme alanındaki sınırları belirlemeye yönelik çabalarının ortak yönü, kaynağını Anayasa'nın 13'üncü maddesi hükmünden alan, yürütme organının düzenleyici vergisel işlemlerle temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale edemeyeceği kuralıdır. (BAHÇECİ, s.107).

²² ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s.39.

²³ Uygulamanın hukuka aykırı olduğu yönünde bkz. YALTI, Kod Listeleri, s.26-27; BAYKARA, Bekir: “Özel Esaslar veya Kod Listesi Kavramı ve Hukuka Aykırılığı Üzerine - Tebliğ Taslağına İlişkin Görüş ve Önerilerle Birlikte-”, Yaklaşım, 244(4), 2013, s.273; ÇAKMAKÇI/KÖSEER, s.273; ERGİN, Numan Emre: “İzaha Davete Özel Esaslara Alma Yetkisi”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/izaha-davete-ozel-esaslara-alma-yetkisi/611726> (Erişim Tarihi: 27.08.2021). Uygulamanın, idarenin düzenleyici fonksiyonunun bir sonucu olduğu ve hukuka aykırı olmadığı yönünde aksi görüş için bkz. ÖZEL, İlyas: “Özel Esaslara Alınma Uygulamasının Anayasa Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, 398(10), 2014, s.116-117.

²⁴ Danıştay 3.D., 13.05.2015 gün ve E. 2014/11851, K. 2015/3173, (www.kazanci.com.tr)

da buna izin veren bir hüküm yer almamaktadır. Bu şekilde yasal dayanağı olmadan yapılacak bir sınıflandırma, vergi barışını bozucu etki yaratacağı gibi, Anayasa'da güvence altına alınan temel kişi hak ve hürriyetlerine de aykırılık teşkil eder.”

şeklinde karar vererek, bu hususu vurgulamıştır.

Özel esaslar kapsamına alınmaya ilişkin işlemler hakkında verilen kararlar, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46.maddesi kapsamında temyiz edilebilen kararlar arasında yer almadığından işlemin iptaline karşı açılan davalarda, istinaf mercilerinin kararları kesin karar niteliği taşımaktadır. Bölge İdare Mahkemelerinin de vermiş olduğu kararlarda özel esaslar uygulamasının yasal bir dayanağının bulunmadığı, işlemin vergi düzenini ve çalışma barışını bozduğu, hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir²⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre çelişkili mevzuat, belirlilik koşulunu ortadan kaldıran bir durumdur. Mahkeme (Schokin v. Ukraine kararında), aynı anda yürürlükte olan ve dolayısıyla keyfi ve seçmece uygulama olanağı veren, birbiri ile açıkça çelişkili, birbirine açık aykırılık taşıyan hükümlerin, Sözleşme'nin aradığı anlamda “kanun” niteliğinde olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle vergi mükelleflerinin, kanun-kararname çatışması veya tebliğ-sirküler – kanun/kararname çatışması hallerinde çelişik mevzuatın yarattığı belirsizlik çerçevesinde, “kanun” niteliğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde tartışması ve bir koruma alanı talep etmesi mümkündür²⁶.

Vergi hukukunda böylesine önemli bir müessesenin vergi kanunlarında doğrudan düzenlenmemesi, kanaatimizce önemli bir eksikliklerdir. Vergi mevzuatının oldukça ayrıntılı olduğu, ikincil düzenlemelere bırakılması gereken bir çok konunun bile vergi kanunlarıyla düzenlendiği dikkate alındığında; özel esaslar gibi vergi mükellefleri üzerinde çok önemli etkiler bırakan bir müessesenin (eğer iade uygulaması bakımından devamında lüzum görülüyorsa) mutlaka yasal düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Yasama yetkisinin genelliği çerçevesinde yasama organının yapacağı bir düzenleme, hem bu husustaki tartışmaları sona erdirecek hem de düzenlemenin anayasal vergilendirme ilkelerine uygunluğu yönünden anayasa yargısı denetimine tâbi olmasını sağlayacaktır.

D. Mükellef Hakları Bakımından Özel Esaslar Uygulaması

Vergilendirme yetkisi, vergi ödevlisinin birçok temel hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilgili olup; bu hakların başında çalışma hakkı, mülkiyet hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı gelmektedir²⁷. Buna karşılık özel esaslar uygulamasının yasal bir dayanağı bulunmadığından, özel esaslar uygulaması yoluyla vergi mükellef ve sorumlularının temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalelerde bulunması gereken kanunla düzenlenme şartı gerçekleşmemektedir. Bilindiği üzere Anayasa'nın 13'üncü maddesi,

“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.”

düzenlemesini içermektedir. Düzenleme gereğince temel hak ve özgürlükler, Anayasa'da belirtilen sınırlama sebeplerine de uyularak ve ancak kanunla sınırlanabilmektedir. Bu haliyle özel esaslar uygulamasına ilişkin hükümler, yasal bir dayanağa sahip olmadığından, temel hak ve özgürlükleri etkileyen bu vergisel müdahale hukuka aykırı nitelik taşımaktadır²⁸.

Özel esaslar uygulamasının etkilediği en önemli hak şüphesiz çalışma hak ve özgürlüğüdür. Özel esaslar kapsamına alınan mükelleflere uygulamada tereddütle yaklaşmakta, kendilerinden mal veya hizmet almama şeklinde bir sonuç doğabilmekte, bu durum özellikle iyiniyetli mükellefler üzerinde haksız rekabete yol açmakta, katma değer vergisinde iade taleplerinde önemli engeller ortaya çıkmakta, teminat gösterme zorunluluğu doğmakta, katma değer vergilerinin indirim konusu yapılamamasından kaynaklı özel hukuk davaları açılmaktadır. Bu hususlar, özel esaslara alınan

²⁵ Bu yönde kararlar için bkz. İzmir BİM. 3. Vergi Dava Dairesi, 25.10.2021 gün ve E. 2021/1672, K. 2021/1820, (Özel Arşiv); İzmir BİM. 3. Vergi Dava Dairesi, 16.06.2020 gün ve E. 2020/421, K. 2020/582, (Özel Arşiv).

²⁶ YALTI, Billur: “Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yeni Kararlarında Çelişik Mevzuat ve Çelişik İçtihat”, (Çelişik İçtihat), Vergi Sorunları Dergisi, 276(09), 2011, s. 12-13.

²⁷ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s.48; YALTI, Billur: Vergi Yükümlüsünün Hakları, (Yükümlü Hakları), Beta Basım, İstanbul 2006, s.1.

²⁸ Bu çerçevede katma değer vergisinde indirim ve iade hakkını sınırlayan düzenlemelerin özellikle hukuki belirlilik ve ölçülülük ilkelerine uygun olması gerektiği hem Avrupa Birliği Adalet Divanı hem de Danıştay kararlarında sıklıkla vurgulanmaktadır. (ÖZGENÇ, s. 89, 95-96)

mükellefin çalışma hak ve özgürlüğünün yasal dayanağı olmayacak şekilde sınırlandırıldığı göstermektedir²⁹.

Katma değer vergisi indirim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından “bir mal” dır (Bulves AD v. Bulgaria kararı) ve indirim hakkının reddedilmesi, mükellefin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır³⁰. Anayasa’nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35’inci maddesinde, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir” düzenlemesiyle, mülkiyet hakkına yönelen bir müdahale için kanuni bir dayanak aranmaktadır. Özel esaslar uygulamasında mükelleflere, mal veya hizmet satın aldıkları mükellefler hakkında sahte belge yönünden yapılan olumsuz bir tespit olduğu, bu nedenle bu mükelleflerden almış oldukları faturalardaki katma değer vergisini indirim listelerinden çıkarmaları, aksi takdirde vergi idaresi tarafından re’sen özel esaslar hükümlerinin uygulanacağı ihtar edilmektedir. Bu ihtar yazıları üzerine mükellefler, özel esaslara girmemek adına katma değer vergilerini düzeltme beyannamesi ile düzeltme yapmaya yönlendirilmekte, bu şekilde katma değer vergisi yükü altına girmekte, vergi aşlının yüzde ellisi oranında vergi ziyayı cezası kesilmekte, gecikme faizi ve damga vergisi tahakkuku yapılmaktadır. Diğer yandan beyanname ihtirazi kayıtla verilse bile İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27/4 maddesi gereğince tahakkuk eden vergilere ve gecikme faizine karşı dava açılması, genel vergi hukuku uygulamasından farklı olarak, yürütmeyi kendiliğinden durdurmamaktadır. Yasal dayanağı bulunmayan bir uygulama ile mükelleflerin bu şekilde mali yükümlülük altına sokulmaları, mülkiyet hakkına haksız bir müdahale oluşturmaktadır³¹.

Anayasa’nın 20’nci maddesinin son fıkrasına göre,

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”.

Bu hüküm gereğince, vergi mükellefinin kişisel veri niteliğindeki verilerinin işlenmesi ancak kanunda açıkça izin verilmesine bağlıdır. Hakkında sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlediği ya da kullandığı yönünde rapor bulunan mükelleflerin müşterilerine bu husus duyurulmakta, ya düzeltme yapılması istenmekte ya da o mükelleften alınan faturaların iade listesinden çıkarılması talep edilmektedir. Bu haliyle vergi idaresi, mükellefin “sahteci” olduğuna ilişkin bilgiyi işlemekte, kaydetmekte; mükellefin “sahteci” olduğuna ilişkin bilgi, müşterisiyle paylaşılmış olmaktadır. Kişisel veri anlamına gelen bu bilginin³², işlenmesi ve duyurulmasının yasal bir dayanak gerektirmesi nedeniyle özel esaslar uygulamasının Anayasa’nın 20’inci maddesi hükmüne aykırı olduğu söylenebilir³³. Diğer yandan vergi mahremiyeti kapsamında yer alması gereken bu bilgi, vergi mahremiyetinin Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiş istisnaları arasında yer almadığından (VUK m.5/2-3-4-5), ifşa edilmesi bir yana, vergi idaresi tarafından korunması gereken bir bilgidir.

IV. ÖZEL ESASLAR UYGULAMASI (YAZILARI) ÇERÇEVESİNDE YAPILAN TARHİYATLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Açıklama

Vergi hukukunda, vergi borcunun idare tarafından kanunen belirli matrah ve oranlar üzerinden hesaplanmasına ilişkin idari işlem olarak tanımlanan tarh işlemi (VUK m.20), kural olarak mükellefin beyan ettiği matrah üzerinden yapılmaktadır. Bu tarh usulünde, vergi matrahı

²⁹ Bu yönde bkz. TAYLAR, Yıldırım/GÖK Özgecan/DEMİRBAŞ-AKSÜT Burcu/ARTUN Emine Sevcan: Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.90-91.

³⁰ YALTI, Kod Listeleri, s.27, 38.

³¹ “63. Somut olayda Vergi İdaresinin ihtar ettiği kod listesine alınmanın -diğer mükelleflerce bilinebilir hâle geldiğinden- ticari satışların bitmesi ve tacirlerin muhasebe döngüsünü sağlama yönünden çok önemli bir unsur olan vergi idelerinin alınmaması/geç alınması gibi riskli sonuçlarının olduğu görülmektedir. Dolayısıyla başvuru sahiplerinin Vergi İdaresinden kanunda öngörülen usulü yani incelemeye sevk edilme ve vergi inceleme raporu ya da takdir komisyonu kararına dayalı olarak vergi ziyayı cezalı tarhiyat yapılmasını beklemeleri uygun olmayabilir. Kaldı ki bu hâlde başvuru sahipleri düzenlenecek vergi suçu raporu üzerine adli soruşturma ve kovuşturmayla da tabii tutulabileceklerdir. Ayrıca tarhiyat üzerine dava açılması hâlinde gecikme faizi bu davanın reddine ilişkin kararın tebliğine göre hesaplanacak ve başvuru sahipleri daha fazla gecikme faizi ödeyebileceklerdir. Bu sebeple başvuru sahipleri düzeltme beyannamesi vermeyi tercih etmektedir...” AYM, Bireysel Başvuru Kararı, 27.02.2019, Bireysel Başvuru No: 2015/15100, (RG: 03.04.2019 – 30734).

³² 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na göre, “Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi” (m.3/d) ifade etmektedir.

³³ Bu yönde bkz. BAYKARA, s.272-723.

mükellef veya sorumlu tarafından vergi kanunlarına göre tespit edilmekte ve yine vergi kanunlarında belirtilen zamanda vergi beyannamesi ile vergi dairesine bildirilmektedir. Vergi idaresi, kendisine ulaşan matrah üzerinden verginin tarhiyatını gerçekleştirmekte, tahakkuk eden vergiyi göstermek üzere bilgilendirici niteliği haiz tahakkuk fişi düzenlenmektedir (VUK m.25). Beyana dayanan tarh işleminde vergi matrahı, vergi mükellefi tarafından bildirildiğinden, bu bildirim bir itiraf niteliği taşımakta ve kural olarak mükellefin kendi beyanından kaynaklanan vergi tarhiyatına karşı bir itirazının olmayacağı düşünülmektedir³⁴.

Beyana dayanan tarh işleminin yanında, Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen şartların oluşması durumunda, verginin ikmalen tarhı (VUK m.29), re'sen vergi tarhı (VUK m.30) ve verginin idarece tarhı (VUK mük.m.30) yoluna gidilebilmekte; vergi denetim yolları sonucunda başvuru işlemleri bir nevi beyan esasının tamamlayıcısı olmaktadır.

Özel esaslar kapsamına alınan bir vergi mükellefinin vergi incelemesine tâbi tutulması durumunda, vergi incelemesi sonucunda hazırlanan vergi inceleme raporuna göre hakkında tarhiyat işlemi yapılacağı tabiidir. Bunun üzerine, genel vergi hukuku kurallarına göre mükellef, tarhiyatın tebliğinden itibaren otuz gün içinde yetkili vergi mahkemesine dava açmak suretiyle hak arama özgürlüğünü kullanmaktadır. Buna karşılık, vergi idaresinin genel uygulamasında, sahte belge düzenleme şüphesi altında bulunan mükellefler hakkında vergi incelemesi yapıldığı; sahte belge kullanma şüphesi altında bulunan mükelleflere ise özel esaslar yazısı tebliğ edilerek fatura alınan mükellef hakkında olumsuz bir rapor bulunması nedeniyle indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin on beş gün içinde düzeltilmesi talep edilmektedir. Her ne kadar fatura kullanan mükelleflere işlemin gerçekliğini ispat etme hakkı olduğu hatırlatılsa da fatura düzenleyicisi mükellef hakkında olumsuz rapor bulunması nedeniyle, mükelleflerin savunmalarına itibar edilmesi pek de olası görünmemektedir.

B. İhtirazi Kayıtlı Verilen Beyannameler ve Yargı Yoluna Başvuru

Mükelleflere, fatura almış oldukları mükellef/mükellefler hakkında sahte belge düzenleme yönünden yapılmış bir tespit olduğu, bu mükelleflerden alınan faturalardaki katma değer vergilerinin indirim konusu yapılamayacağı, yazının tebliğinden itibaren on beş gün içinde işlemin gerçekliğinin ispat edilmesi veya faturalardaki katma değer vergilerinin indirim listelerinden çıkarılarak düzeltilmesi, aksi takdirde özel esaslar hükümlerinin re'sen uygulanacağı yazı ile bildirilmektedir. Kendisine bu şekilde özel esaslar ihtarına ilişkin yazı gelen mükellefin şu şekillerde davranması mümkündür:

► Mükellef, yazıda ifade edildiği gibi, işlemin gerçekliğini elindeki bilgi ve belgelerden (ödeme belgeleri, nakil belgeleri vs.) hareketle ispat etme yolunu tercih edebilir. Ancak yukarıda ifade edildiği gibi, fatura düzenleyen mükellef hakkında olumsuz rapor bulunması nedeniyle, vergi idaresinin mükellefin açıklamalarını kabul ederek özel esaslar hükümlerini uygulamaması pek mümkün değildir.

► Mükellef, işlemin gerçek olduğunu düşündüğü için herhangi bir işlem yapmayabilir. Böyle bir durumda mükellef özel esaslar kapsamına alınmakta, hakkında vergi incelemesi başlatılmakta, vergi incelemesi sonucunda vergi ziyai cezası ile (bir kat veya şartları varsa üç kat) muhatap olabilmekte, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde düzenlenen fiil tespiti (kasten) nedeniyle suç duyurusunda bulunulabilmektedir. Bu nedenle mükellefin herhangi bir düzeltme yapmaması durumunda uğrayabileceği yaptırımlar ve zararlar artmakta³⁵, mükellefin hukuki durumu üzerinde ciddi bir belirsizlik oluşmaktadır.

► Özel esaslar kapsamına girmek istemeyen mükellef ise fatura kullandığı dönemlere ilişkin katma değer vergisini düzeltmekte, buna ilişkin katma değer vergisi düzeltme beyannamesi vermekte; düzeltme üzerine katma değer vergisi, gecikme faizi ve damga vergisi tahakkuku

³⁴ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s.100; KARAKOÇ, s.209.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, "63. ... Dolayısıyla başvuru sahiplerinin ... vergi ziyai cezalı tarhiyat yapılmasını beklemeleri uygun olmayabilir. Kaldı ki bu hâlde başvuru sahipleri düzenlenecek vergi suçu raporu üzerine adli soruşturma ve kovuşturmayla da tabii tutulabileceklerdir. Ayrıca tarhiyat üzerine dava açılması hâlinde gecikme faizi bu davanın reddine ilişkin kararın tebliğine göre hesaplanacak ve başvuru sahipleri daha fazla gecikme faizi ödeyebileceklerdir..."

64. Diğer taraftan resen yapılacak vergi incelemesinin, matrah takdirinin ve buna bağlı olarak vergi tarhiyatının ne zaman yapılacağı da belirli olmayıp başvuru sahiplerinin buna dayalı olarak başlatılacak idari ve yargısal süreç boyunca cezalı vergiyi ödeme baskısıyla karşılaşacakları da açıktır." (AYM, Bireysel Başvuru Kararı, 27.02.2019, Bireysel Başvuru No: 2015/15100, RG: 03.04.2019 – 30734) şeklindeki değerlendirme ile mükellefin düzeltme yapmaması durumunda karşılaşabileceği riskleri ifade etmiştir.

yapılmakta, vergi ziyayı cezası (yüzde elli oranında) kesilmektedir³⁶. Bu şekilde işlem yapan mükellef özel esaslar kapsamına alınmamakta, buna karşılık vergi borcu ve cezası ile muhatap olmaktadır. Düzeltme yapması durumunda vergi ziyayı cezası yüzde elli oranında kesileceğinden, mükellefin daha az ceza ile muhatap olması sonucu doğmaktadır. Bu sonucun mükellef lehine olduğu açık olmakla birlikte, aynı durumda olan ve özel esaslar yazısı iletilmemiş mükelleflerle aralarında bulunması gereken eşitlik zarar görmektedir.

Mükelleflerin kendi beyanlarına ve kendi beyanlarından kaynaklanan vergi tarhiyatına karşı dava açamayacakları yönündeki kuralın (VUK m.378/2) iki istisnası bulunmaktadır. Buna göre mükellefler, ihtirazi kayıtla beyanname vermeleri durumunda veya beyan üzerine yapılan vergilendirmede vergi hatası bulunması durumunda, kendi beyanlarından kaynaklanan tarhiyata karşı dava açabilmektedir³⁷. İhtirazi kayıtla beyan, mükellefin vermiş olduğu beyannameye bir çekince koyarak, bir açıklama veya not ile dava açma veya diğer hukuki yollara başvurma hakkını saklı tutması anlamına gelmektedir³⁸. Böylece mükellefler, verecekleri beyannamelere ihtirazi kayıt koymak suretiyle haklarını saklı tutabilmekte, ardından konuyu hak arama özgürlüğü çerçevesinde yargı organları önüne taşıyabilmektedir.

Özel esaslar yazısı tebliğ edilen mükellefler, düzeltme yapmak istemeleri durumunda yargı yoluna başvuru hakkının saklı tutulması için ihtirazi kayıt ile beyanname vermek zorundadır. Aksi halde, beyana karşı dava açılmayacağı kuralından hareketle, ihtirazi kayıt konulmadan verilen beyannamelerden kaynaklı tarhiyat ve cezalara karşı açılan davalar esasa girilmeden reddedilebilmektedir. Bu durumda mükellef, özel esaslar yazısında belirtilen mükellef/mükelleflerden almış olduğu katma değer vergilerini düzeltme beyanname ile düzeltirken; işlemlerin gerçek olduğu, katma değer vergilerinin gerçekten yüklenildiği, özel esaslar kapsamına girmemek için beyanname verildiği, özel esaslar uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı, dava açma hakkının kullanılabilmesi gerekçeleriyle ihtirazi kayıt koyabilmektedir. Aslında, özel esaslar kapsamına girmek istemeyen mükellefin, Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl kararında belirttiği üzere, ihtirazi kayıt koymak dışında bir seçeneği kalmamaktadır³⁹.

Mükelleflerin özel esaslar yazısına istinaden vermiş oldukları beyannamelere ihtirazi kayıt koyup koyamayacakları, konulan ihtirazi kaydın dava açma hakkı verip vermediği tartışma konusu olmuştur. Danıştay'ın daire kararları⁴⁰ ile Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararında⁴¹, ihtirazi kaydın ancak zamanında verilen beyannamelere konulabileceği, kanuni süresi geçtikten sonra verilen beyannamelere konulan ihtirazi kaydın dava açma hakkı vermediği yönünde kararlar verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru sonucu vermiş olduğu kararda,

“66. Sonuç olarak başvuru, mülkiyet haklarına müdahale teşkil eden vergilendirme işlemlerinin yargı yoluyla denetlenebilmesi imkânına sahip olamamışlardır. Dolayısıyla derece mahkemelerinin 213 sayılı Kanun'un 378. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hukuk kuralını, düzeltme beyannameye ihtirazi kayıt konulmasının dava açma hakkı vermeyeceği şeklinde yorumlaması -sürecin bütününe bakıldığında- başvuru, müdahalenin hukuka aykırı olduğuna yönelik olarak iddia ve itirazlarını etkin bir biçimde sunamaması sonucuna yol açmıştır. Buna göre somut olayda mülkiyet hakkının öngördüğü usul güvencelerinin sağlanamamasından dolayı müdahalenin başvuru, şahsi olarak aşırı bir külfet yüklediği, başvuru, mülkiyet hakkının korunması ile müdahalenin kamu yararı amacı arasında olması gereken adil dengenin

³⁶ VUK m.344/3 gereğince.

³⁷ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s.100; KANETİ/EKMEKÇİ/GÜNEŞ/KAŞIKCI, s.169-170; KARAKOÇ, s.209.

³⁸ ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.191.

³⁹ “62. Başvuruların somut olayda alımlarına konu faturaların sahte olmadığı ve bu nedenle de söz konusu indirim unsurlarının gerçek olduğu düşüncesiyle bu durumu vergi mahkemeleri önünde tartışma konusu yapabilmeleri için düzeltme beyanına ihtirazi kayıt koyma hukuki imkânı dışında bir seçenekleri bulunmamaktadır...” AYM, Bireysel Başvuru Kararı, 27.02.2019, Bireysel Başvuru No: 2015/15100, (RG: 03.04.2019 – 30734).

⁴⁰ Danıştay 4.D., 24.10.2018 gün ve E. 2015/70, K. 2018/14703 Sayılı Kararı, (<https://karararama.danistay.gov.tr>). Karara, Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 11.03.2020 gün ve E. 2020/191, K. 2020/259 Sayılı karar içeriğinden ulaşılmıştır. Aynı yönde karar için bkz. Danıştay 3.D., 19.12.2017 gün ve E. 2016/11344, K. 2017/10730, (<https://karararama.danistay.gov.tr>). Karara, Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 03.07.2019 gün ve E. 2019/285, K. 2019/453 Sayılı karar içeriğinden ulaşılmıştır).

⁴¹ “...Bu nedenle ihtirazi kayıt ancak beyanname verme süresinde verilen beyannamelere konulabilir.

Beyan üzerinden alınan vergilere ait matrahın ihtirazi kayıtla beyanı, beyannamenin vergi kanunlarında öngörülen zamanlarda verilmesi koşuluna bağlıdır. Beyanname verme süresi geçtikten sonra verilen beyannameye konulan ihtirazi kayıt, beyanname üzerinden yapılan tahakkuka etkisi olmadığı gibi dava açma hakkı vermesi de mümkün değildir.” Danıştay VDDK. 25.05.2015 gün ve E. 2014/1164, K. 2015/20 (Karara, Anayasa Mahkemesi'nin 2015/15100 Başvuru Numaralı karar içeriğinden ulaşılmıştır).

başvurucular aleyhine bozulduğu sonucuna ulaşılmıştır. Başvurucuların mülkiyet haklarına yapılan müdahale ölçüsüzdür.”

şeklinde karar vererek, bu hususta dava açma hakkının tanınmamasının hak ihlali olduğuna hükmetmiştir⁴².

Dava açma hakkının tanınması gerektiğine yönelik bu ihlâl kararının ardından Danıştay içtihatları da değişmiş; bu yönde açılan davaların incelenmeksizin reddedilemeyeceği, davaların esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır⁴³. Geline nokta vergi mükellefleri, özel esaslar yazısına istinaden vermiş oldukları düzeltme beyannamelerine ihtirazi kayıt koyabilmekte, ardından konuyu yargı organları önüne taşıyabilmektedir. Kanaatimizce de varılan bu sonuç, hem hak arama özgürlüğünün gerçekleşmesine hem de mülkiyet hakkının korunmasına hizmet etmektedir. Aksi halde, özel esaslara girmemek için beyanname vermek durumunda kalan bir mükellefin tarh edilen vergiye ve kesilen cezaya karşı dava açamaması ve böylece vergi/cezanın dava açılmadan kesinleşmesi gibi bir sonuç doğar ki bu sonucun bir hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir.

C. İhtirazi Kayıtlarla Verilen Beyannamelere Karşı Açılan Davalarda Verilen Kararlar Arasındaki Çelişki

Dava açma hakkı yönündeki çelişkili ve sonradan çözüme kavuşturulan husus yanında, davanın esası incelendiğinde nasıl bir karar verilmesi gerektiği hususu da farklı kararlara konu olmuştur. Bu konuda işin esasına giren bazı daire kararlarında, sahte belge düzenleme veya kullanma eylemlerinin Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesinde suç olarak düzenlendiği, özellikle sahte belge kullanma yönündeki eylemlerin tespitinin Vergi Usul Kanunu'nun 134'üncü maddesi bağlamında vergi incelemesini gerektirdiği, sahte belge düzenleyicisi ile sahte belge kullanıcısı arasındaki ilişkilerin vergi incelemesine tabi tutulması sonrasında tarhiyat yapılabileceği, faturaların sahteliğinin fatura düzenleyen ve kullanan mükellefler nezdinde yapılacak bir vergi incelemesiyle somut olarak ortaya konulması gerektiği, Vergi Usul Kanunu'nun inceleme ve tarhiyata ilişkin hükümleri dikkate alınmadan gönderilen özel esaslar yazısı sonucu ihtirazi kayıtlarla verilen beyannamelerden kaynaklı vergi ve cezaların bu nedenle hukuka aykırı olduğu yönünde kararlar verilmiştir⁴⁴. Kararlarda, katma değer vergisi indirim hakkını doğuran işlemin gerçek olmadığını kod listelerinden doğan varsayımlarla değil, her mükellef nezdinde ve başlı başına ortaya konulması gerektiği ifade edilerek, Avrupa Birliği Adalet Mahkemesi (Divanı) kararlarında yer alan sonuçlara paralel değerlendirmeler yapılmıştır⁴⁵. Buna karşılık işin esasına girilerek karar verilmesi gerektiği yönündeki bazı kararlarda ise vergi incelemesi yapılması gerektiğine ilişkin

⁴² AYM, Bireysel Başvuru Kararı, 27.02.2019, Bireysel Başvuru No: 2015/15100, (RG: 03.04.2019 – 30734).

⁴³ "...Davalı idarenin davacının beyanlarının düzeltilmesine ilişkin müeyyideli yazısına istinaden davacı tarafından verilen beyannameye konulan ihtirazi kayıt dava açma hakkı vereceğinden, aksi yöndeki mahkeme kararının davanın esası incelenerek bir karar verilmek üzere bozulması gerekmektedir.", Danıştay VDDK. 13.11.2019 gün ve E. 2019/796, K. 2019/956, (www.kazanci.com.tr). Bu yönde bkz. Danıştay 9.D., 07.04.2021 gün ve E. 2019/255, K. 2021/2603, (https://karararama.danistay.gov.tr); Danıştay 4.D., 27.02.2020 gün ve 2019/7410, K. 2020/1086, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁴ Danıştay 9.D., 29.12.2017 gün ve E. 2017/2738, K. 2017/11357, (Özel Arşiv); Danıştay 9.D., 21.11.2018 gün ve E. 2018/3023, K. 2018/8097, (Özel Arşiv). "...Davalı idarece, davacının indirim veya iade konusu yaptığı bazı faturaların sahte olduğunun ileri sürüldüğü durumlarda, bu hususun 213 sayılı Yasa'nın 134. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde vergi incelemesine konu yapılarak açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Olayda ise davalı idarece 213 sayılı Yasa'da belirtilen tarhiyat şekilleri ve vergi incelemesine ilişkin hükümler göz ardı edilmiş olup, davacının kod listesine girmemek amacıyla düzeltme beyannameyi vermek durumunda bırakıldığı anlaşılmaktadır. / Bu durumda davacı hakkında bir inceleme yapılmadan ve kullandığı faturaların gerçek olup olmadığı, kendisi ve fatura düzenleyicileri hakkında her yönüyle incelenerek ortaya konulmadan, kod listesine girmemek amacıyla verilen düzeltme beyannameleri üzerine yapılan tahakkukta ve kesilen vergi ziyai cezasında yasal isabet görülmemiştir...", Danıştay 9.D., 13.12.2012 gün ve E. 2010/4896, K. 2012/9474, (www.kazanci.com.tr); Benzer yönde kararlar için bkz. Danıştay 9.D., 27.03.2014 gün ve E. 2011/6478, K. 2014/1243 ve Danıştay 9.D., 29.12.2009 gün ve E. 2009/7171, K. 2009/5341, (Bu kararlara ise Anayasa Mahkemesi'nin 2015/15100 Başvuru Numaralı karar içeriğinden ulaşılmıştır). Bu çerçevede, sahte belge düzenlediğine dair hakkında rapor bulunan bir vergi mükellefinin bu raporunun yargı sürecinden geçerek kesinleşmesi gerektiği, bu durum sözkonusu olmaksızın indirim hakkından yararlanma olanağının bulunmadığı yönündeki idari görüşün Vergi Usul Kanunu'nun 3/B maddesi hükmüne aykırı olduğu, indirime ilişkin hususların her iki mükellef nezdinde yapılacak vergi incelemeleri ile somut olarak ortaya konulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. ATEŞAĞAOĞLU, Erdem: Vergi Usul Kanunu Md.3/B Hükmü Çerçevesinde KDV İndirimi Uygulamasının Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX(1), 2016, s.257-259.

⁴⁵ YALTI, Kod Listeleri, s.28. Örneğin, Mahkeme, Optigen-Fulcrum-Bond House davasında, "...bir vergi mükellefinin yüklediği KDV'yi indirim hakkı, bu işlemlerin, vergi mükellefinin bilmediği veya bilmesinin mümkün olmadığı, tedarik zincirindeki önceki veya sonraki bir işlemin KDV kaçaklığı oluşturduğu gerçeğinden etkilenmez..." şeklinde karar vermiştir. (YALTI, Kod Listeleri, s.35).

görüŖünün dikkate alınmadığı, ihtirazi kayıtla verilen beyan üzerine açılan davalarda mükelleflerin esasa yönelik iddialarının incelenmesi gerektiği, bunun için re’sen araştırma ilkesi kapsamında, fatura düzenleyen firma hakkında yapılan tespitlere ilişkin vergi raporları ile mükelleflerin mahkemeye ibraz ettiği belgeler (ödeme belgeleri, mal hareketine ilişkin belgeler vs.) incelenerek bir karar verilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁶. Verilen kararlarda Anayasa Mahkemesi’nin hak ihlâli kararının etkisinin olduğu, işin esasına girilmesi gerektiği kabul edilmekle birlikte bu esasa yönelik incelemenin hangi hususlarda yapılacağı noktasında geçmiş dönem içtihatlarından farklı sonuçlara ulaşıldığı, özel esaslar uygulamasının bizatihi kendisinin hukuka aykırı olduğu yönündeki genel kabulün esas incelemesinde doğrudan dikkate alınmadığı, sahte belge düzenleme ve kullanma eylemlerine ilişkin iddiaların vergi incelemesini gerektirdiği yönündeki görüşün genel olarak kabul görmediği, fatura düzenleyen mükellefler hakkındaki tespitler ile kullanan mükelleflerin savunması dikkate alınarak bir karar verilmesi gerektiği, bu hususun re’sen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirildiği, böylece görülmekte olan davalardaki incelemenin re’sen tarhiyata karşı açılmış davalardaki inceleme usulüne yakınlaştırıldığı görülmektedir.

D. Hukuk Devleti İlkesi Çerçevesinde Değerlendirme

Hukuk devleti, genel olarak hukukun egemen olduğu ve vatandaşların hukuki güvenliği sahip olduğu bir devlet olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. Daha geniş bir tanımlama ile hukuk devleti,

“...insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağılı sayan, yargı denetimine açık olan devlet...”

olarak ifade edilebilir⁴⁸. Hukuk devleti ilkesi çok geniş bir kavram olmakla birlikte; kanuni idare ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi, kazanılmış haklara saygı ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, idarenin eylem işlemlerinin yargı denetimine tâbi olması ile devletin mali sorumluluğu gibi konular hukuk devletinin nitelikleri arasında değerlendirilmektedir⁴⁹. Bu açıdan, hukuka ve kanuna bağlılık, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, devlet yetkilerinin yasal sınırlar içinde kullanılması, yönetilenlerin hukuki güvenliğinin sağlanması gibi gerekliliklerden taviz verilmesi anlamına gelen her türlü uygulamanın hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı ifade edilmelidir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanan özel esaslara ilişkin düzenleme ve uygulamaların, hukuk devleti ilkesi ile birçok yönden çeliştiği görülmektedir. Çelişen yönleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

► Özel esaslar uygulamasının yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Hukuk devletinde idare, tüm düzenleyici işlemlerinin temelini kanunlara dayandırmak zorundadır⁵⁰. Vergi mükelleflerinin temel hak ve özgürlüklerine bu denli müdahale niteliği taşıyan bir uygulamanın yasal dayanağının bulunmaması, Anayasa’nın 13’üncü maddesine, kanuni idare ilkesine, verginin kanuniliği ilkesine

⁴⁶ “...davacı tarafından kanuni süresinden sonra verilen ve dava konusu yapılan cezalı vergilendirmenin de dayanağı olan düzeltme beyannamesine konulan ihtirazi kayıt beyanları da dikkate alınarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. maddesinde öngörülen inceleme ve araştırma yetkisi çerçevesinde; davacının katma değer vergisi indirimlerini düzeltme beyannamesi ile beyanlarından çıkardığı faturaları düzenleyerek davacıya veren ... Kimya Mad. Yağ. Tic. Ltd. Şti. hakkında, düzeltme beyannamesi verilmeden ya da davacının düzeltme beyannamesi vermeye zorlandığı, idarenin müeyyideli yazısından önce, vergi idaresince ne gibi işlemler yapıldığı, bu firma hakkında, düzenlediği faturalarla ilgili yapılmış bir inceleme ve buna bağlanmış bir inceleme raporu ile vergi tekniği raporunun ve bunlara dayanak alınan tespit, tutanak ve diğer delillerin bulunup bulunmadığı, yine adı geçen firmanın davacıya düzenlediği ileri sürülen faturalar nedeniyle, davacı hakkında yapılmış bir inceleme ya da diğer delil, tespit ve tutanak bulunup bulunmadığı hususlarının davalı idareye sorulup, idare tarafından sunulacak bilgi ve belgelere göre yine yukarıda değinilen Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere; sahte olduğu ileri sürülen faturalarda yazılı mal ve hizmetlerin gerçekten alınıp alınmadığı, yapılan işin niteliği ve büyüklüğüyle orantılı olup olmadığı araştırılarak, gerçek durum somut olarak ortaya konulmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen Vergi Mahkemesi kararına karşı davacı tarafından yapılan istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.” Danıştay 9.D., 07.04.2021 gün ve E. 2019/255, K. 2021/2603, (https://karararama.danistay.gov.tr). Bu yönde bkz. Danıştay 4.D., 27.02.2020 gün ve E. 2019/7410, K. 2020/1086, (www.kazanci.com.tr); Danıştay 4.D., 29.05.2019 gün ve E. 2019/620, K. 2019/4167, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁷ Tanım için bkz. ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 12.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.123; TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Basım, İstanbul 2016, s.108; AKGÜNER, s.68-69; ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s.43.

⁴⁸ AYM, 05.07.2018 tarih ve E. 2017/170, K. 2018/77, (RG: 16.08.2018-30511).

⁴⁹ ÖZBUDUN, s.124 vd.; AKGÜNER, s.72 vd.; ÇAĞAN, s.144; ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s.43; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.81.

⁵⁰ AKGÜNER, s.108.

aykırıdır. Özel esaslar uygulamasına devam edilmesi arzulanıyor ve katma değer vergisi sistemi için zorunlu görülüyorsa, uygulamanın anayasal vergilendirme ilkelerine uygun şekilde yasal bir zemine kavuşturulması zorunludur.

► Özel esaslar uygulamasının bir yasal dayanağı bulunmadığından, özel esaslar ihtarı sonucu ortaya çıkan vergilendirme ve ceza kesme işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığı yönünde ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır. Zira özel esasların bizatihi kendisi hukuka aykırı olup, bu husus yerleşik yargı uygulamasında da kabul edilmekte, özel esaslara alınma işlemlerine karşı açılan davalarda iptal kararı verilmektedir. O halde kendisi hukuka aykırı olan bir işlem ve uygulamadan hukuka uygun bir alt işlem çıkması mümkün değildir. Bu sonucu, ceza muhakemesi hukukunda kabul edilen “*zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir*” kuralının vergi hukukuna özgü-uyarlanmış bir hali olarak düşünmek mümkündür⁵¹. Özel esaslar uygulaması hukuka aykırı olduğuna göre, özel esaslar ihtarına ilişkin bildirimler gereğince tahakkuk eden vergi ve cezalar da hukuka aykırı kabul edilmelidir. Bu nedenle kanaatimizce, özel esaslara alınma ihtarı üzerine ihtirazi kayıtlarla verilen beyannameler üzerine tahakkuk eden vergiler ile kesilen cezalara karşı açılan davalarda, özel esaslar uygulamasının yasal dayanağı olmadığı hususu mutlaka dikkate alınmalıdır. Danıştay’ın, özel esasların hukuka aykırı olduğunu dikkate almadan; sahte belge düzenleyen mükellefler hakkındaki raporların incelenmesi ve dava açan mükellefin sunduğu bilgi ve belgeler incelenerek işin esası hakkında karar verilmesi yönündeki yaklaşımının, vergilendirmeyi ayakta tutmaya ve bu şekilde vergi alacağını korumaya yönelik olan ancak hukuka aykırı bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.

► Özel esaslar çerçevesinde gerçekleştirilen tahakkuklar ile kesilen cezalar hakkında açılan davalarda yargı kararları arasında içtihat farklılığının bulunması, bu içtihat farklılıklarının uzun süre giderilememesi, hukuki güvenlik ilkesini zedelemektedir. Yargı içtihatlarının sık değişmesi ve yerleşik içtihattan yoksunluk, vergi hukukunda hukuki güvenliğe aykırı bir uygulama olarak kabul görmektedir⁵². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (Serkov v. Ukraine kararında), mahkemelerin aynı kanun hükümlerini aynı türden olaylara uygularken içtihat değişikliğine gitmelerini tek başına ihlâl olarak kabul etmemektedir. Ancak somut olayda mevzuat hükümlerinin ulusal mahkemelerde yorumlanmış biçiminin öngörülebilirliği zedelediği, gerekçe gösterilmeden yapılan içtihat değişikliğinin hukuka uygun olmadığı görüşünü dile getirmiştir⁵³. Özel esaslar uygulaması, yasal bir dayanağı olmamasına rağmen 84 Seri No’lu Katma Değer Vergisi Uygulama Tebliği ile⁵⁴ sisteme girmiş olup, sonrasında Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği ile uygulanmasına devam edilmiştir. 2001 yılından beri uygulanan özel esaslara ilişkin yerleşik bir içtihadı ulaşılamamış olması ile içtihatlar arasındaki yorum farklılıkları, mükellefler açısından güvensiz ve belirsiz bir ortam yaratmış olup, bu sonuç hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan hukuki güvenlik ilkesine aykırılık taşımaktadır. Yargı içtihatlarının değişmesi, yorum kuralları gereğince yargı içtihatlarında farklı sonuçlara ulaşılması doğal olmakla birlikte, çelişkili içtihatların uzun süre devam etmesi ve çelişkinin makul sürede giderilememesi, adil yargılanma hakkına da aykırılık oluşturmaktadır⁵⁵. Bu çerçevede özel esaslara ilişkin yargı uygulamasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadında geliştirmiş olduğu ölçütlere aykırı olduğu rahatlıkla ifade edilebilir.

⁵¹ Zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olması, esas olarak, ceza muhakemesi hukukunda delil yasaklarının uzak etkisini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Buna göre delil yasakları, elde edilmesini sağladığı diğer delilleri de hukuka aykırı ve delil olarak kullanılamaz hale getirmektedir. Hukuka aykırılığın doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleşmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bu hususta bkz. YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.557; ÖZTÜRK, Bahri (Editör): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.419-426; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.700-701.

⁵² Bu yönde bkz. TAYLAR/GÖK/DEMİRBAŞ-AKSÜT/ARTUN, s.120-123.

⁵³ YALTI, Çelişik İchtihat, s.15-16.

⁵⁴ RG: 23.11.2001 – 24592. Tebliğ hükümleri, 01.12.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu bir kararında, defter ve belgelerin yargılama aşamasında ibraz edilmesi durumunda incelenip incelenemeyeceğine ilişkin içtihat farklılıklarının uzun sürmesi ve içtihadı birleştirme kararının uzun bir süre sonra verilmesi hususunu hak ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme’ye göre; “...51. Bir hukuk sisteminde bölgesel veya görevsel yetki farklılıkları sebebiyle yargı içtihatlarında farklılıkların oluşabilmesi doğaldır. ...

53. ... Kanun 1984 tarihinden beri yürürlüktedir. Otuz yılı aşkın bir süre, defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle yapılan vergi ziyai cezalı katma değer vergisi tarhiyatının iptali istemiyle açtığı davada defter ve belgelerin incelenip incelenemeyeceği hususuna ilişkin içtihadın yerleşmesi ve yeknesaklık kazanması bakımından oldukça uzundur. Bu süre zarfında kanunun yorumunda yeknesaklığın sağlanamamış olması, Dairelerin görev sahasına bağlı olarak farklı kararların verilmesi sonucunu doğurmuştur. İchtihadın birleştirildiği tarihten önceki dönemde kişilerin bu kadar uzun bir süre belirsiz bir hukuka maruz bırakılmalarının yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.”

E. İspat Yükü ve Re'sen Araştırma İlkesi Açısından Değerlendirme

Türk Vergi Sistemi'nin temelini beyan esası oluşturduğundan, beyanname verme, defter ve kayıt tutma, belge düzenleme, defter ve belgeleri muhafaza etme vergi mükellefine bırakılmıştır. Kural olarak vergi mükellefinin beyanı üzerine vergi tarh edilmekte, sistem mükellef üzerinden işlemektedir. Buna karşılık vergi idaresinin, vergi kanunlarıyla kabul edilen denetim yollarını kullanarak, mükellefi, vergi kanunlarına uygun davranıp davranmadığı yönünden denetlemesi mümkündür.

Defter ve belgeler mükellef tarafından kanunlara uygun bir şekilde tutulduğunda, diğer bir ifadeyle vergi mükellefi defter tutup vergi kanunlarının şekil ile ilgili ödevlerine uyduğunda, defter ve belgeleri açısından ilk görünüş karinesinden yararlanmaktadır. İlk görünüş karinesi veya hukuka uygunluk karinesi, defter ve belgelerin aksi ispatlanıncaya kadar doğru ve gerçek sayılmasını ifade etmektedir. Mükellef tarafından tutulan defter ve belgelerin gerçeği yansıtmadığı, diğer bir ifadeyle ilk görünüş karinesinin aksini vergi idaresi ispatlamalıdır⁵⁶. Danıştay içtihatlarında da karinenin aksini ispat yükünün vergi idaresinde olduğu kabul edilmektedir⁵⁷. Katma değer vergisinde indirim hakkı, alıcıların indirimlerini belgelemeleri şartıyla kullanılabilen bir haktır⁵⁸. İndirim hakkının şekli şarta bağlanmasındaki temel amaç tevsik olup, hakkın kullanımı indirim miktarı ispatlandığı sürece esastır⁵⁹.

Mükelleflere tebliğ edilen özel esaslar yazısında, işlemin (indirim) gerçekliğini ispat etmesinin mümkün olduğu da hatırlatılmakla birlikte, kanaatimizce, mükelleften bu yönde bir ispatlama faaliyetinde bulunması beklenmemelidir. Zira vergi hukukunda defter ve belgeler “ilk görünüş karinesinden” yararlanmakta ve aksi vergi idaresi tarafından ispatlanıncaya kadar defter ve belgelerin doğru olduğu ve gerçeği yansıttığı kabul edilmektedir. Defter ve belgelerin gerçeği yansıtmadığı iddiası ise bu yönde Vergi Usul Kanunu'nun 134'üncü maddesindeki amaca uygun vergi incelemesi yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Diğer yandan, ispat yüküne ilişkin olarak yapmış olduğumuz bu saptama yargılama aşaması için de geçerlidir. Vergi yargısı organlarının, defter ve belgeleri ilk görünüş karinesinden yararlanan mükellefe, katma değer vergisine ilişkin işlemlerin gerçekliğini ispat etmek için fatura, ödeme belgesi, mal hareketlerine ilişkin belge vs. ibraz etme ve böylece ispat yükü yüklemesi, ispat yüküne ilişkin genel esaslara aykırıdır.

Vergi yargısı organlarının, ihtirazi kayıtlarla beyanname üzerine açılan davalarda, vergi incelemesine tabi tutulmamış ve böylece defter ve belgeleri incelenmemiş bir mükelleften defter-belge istemesi, sahte belge düzenlediği iddia edilen mükellefler hakkında düzenlenen vergi raporlarını isteyerek bu raporlar ile dava açan vergi mükellefinden istenen belgeleri (ödeme belgesi, mal hareketleri, faturalar vs.) karşılaştırarak bir karara varması, re'sen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek bir konu değildir. Zira denetim yetkisi ve denetleme kapsamında defter-belge inceleyerek ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak (VUK m.134) yetkisi vergi idaresine aittir. Bazı Danıştay kararlarında yapılması istenilen böyle bir uygulama, re'sen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi, vergi idaresi tarafından yapılması gereken bir incelemenin yargı mercileri tarafından yapılması sonucunu doğurmaktadır. Bu sonuç, yürütmeye ait olan bir yetkinin yargı tarafından kullanılması anlamına gelmekte ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/2'inci maddesindeki sınırlara aykırılık oluşturmaktadır.

V. SONUÇ VE ÖNERİLER

Özel esaslar müessesesi, indirim yoluyla giderilememiş katma değer vergisinin hukuka aykırı yollarla iade alınmasının önüne geçmek, böylece katma değer vergisinde iadeyi doğuran olayların gerçek mahiyetini tespit etmek, hazinenin olası kayıplarını önlemek için getirilmiş bir güvence ve tespit uygulaması olarak nitelendirilebilir. Katma değer vergisinde iade uygulaması açısından

AYM, Bireysel Başvuru Kararı, 09.06.2020, Bireysel Başvuru No: 2015/4255, (RG: 15.09.2020 – 31245).

⁵⁶ KARAKOÇ, s.711; SABAN, s.503-504.

⁵⁷ “...Sözü edilen yasa maddelerinde öngörülen usul ve esaslara uygun olarak düzenlenen belge ve bu belgelere dayanılarak yapılan kayıtlar, Vergi Hukukunda “ilk görünüş ya da doğruluk karinesi” adı verilen bir hukuksal ön kabulden yararlanırlar. ... Bu bakımdan; biçimsel olarak kanuna ve kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan idari düzenlemelere uygun olan belge ve kayıtların vergilendirilmeye esas alınabilmesi için, ilgili oldukları muamelelerin gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılmasına ihtiyaç vardır. Bunu yapma külfeti de, yukarıda sözü edilen (B) fıkrasında öngörülen ilkelere göre, vergi idaresine aittir...”, Danıştay VDDK. 26.12.2012 gün ve E. 2010/707, K. 2012/618, (<https://karararama.danistay.gov.tr>); “...Defter ve belgeleri usulüne uygun olan mükellefler de ilk görünüş karinesinden yararlanırlar. Bu karineye göre kayıt ve belge düzenine uygun bulunan defter kayıtları ile vesikaların ilgili bulunduğu muamelelerin, aksi kanıtlanmadıkça, gerçek durumu yansıttıkları kabul edilir...”, Danıştay 7.D., 25.02.2021 gün ve E. 2019/223, K. 2021/1226, (<https://karararama.danistay.gov.tr>).

⁵⁸ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s.409.

⁵⁹ YALTI, Katma Değer Vergisi, s.291.

getirilmiş olduğu ifade edilen bu uygulamanın, şu an itibariyle kapsamı çok genişlemiş, özel esaslara alınabilecek mükellef veya kişi sayısı arttırılmış, iade talebi bulunmayan mükelleflerin de bu kapsama alınması mümkün hale gelmiş, özel esaslar yazısı gönderilip mükelleften düzeltme yapması istenerek adeta yeni bir tarh türü yaratılmıştır. Bu nedenle özel esaslar konusu, mükellef hakları bakımından ayrıca incelenmeyi gerektirecek bir konu haline gelmiştir.

Özel esaslar uygulamasının yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Katma Değer Vergisi Kanunu Genel Tebliğlerinde düzenlenen ve tebliğ hükümlerine göre uygulanan bu müessese, yasal bir dayanağı olmadığı için, vergi hukukunda hukuk devleti ilkesi açısından önemli bir problem alanı oluşturmaktadır. Tebliğ hükümlerinde, her ne kadar iadeye ilişkin Katma Değer Vergisi Kanunu hükümlerinin idareye verdiği yetkiler çerçevesinde özel esaslar düzenlemesinin yapıldığı ifade edilse de mükellefleri şekilde kategorize etmeye, kapsamını Tebliğ’de düzenlendiği şekliyle geniş tutmaya, müesseseyi iadeye ilişkin bir uygulama olmanın ötesine geçirerek vergilendirme ve ceza kesme işlemlerinin dayanağı haline getirmeye izin veren bir kanun hükmü bulunmamaktadır. İdareye kapsam ve sınırları belirtilmemiş şekilde verilen yetki gerekçe gösterilerek düzenleyici işlem yapılması, Anayasa ve kanunlar başta olmak hukuk kurallarına bağlılığın esas olduğu hukuk devleti ilkesine, idarenin kanuniliği ilkesine, ifadesini Anayasa’nın 73’ncü maddesinde bulan vergilerin kanuniliği ilkesine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa’nın 13’ncü maddesine, mülkiyet hakkı ile çalışma hak ve özgürlüğüne aykırıdır. Bu nedenlerle özel esaslar uygulamasının anayasal vergilendirme ilkelerine uygun bir yasal dayanağa kavuşturulması, yasal düzenleme yapıncaya kadar hukuka aykırı olduğu yerleşik yargı kararları ile sabit olan bu müessesenin uygulanmaması hukuk devleti ilkesi çerçevesinde bir zorunluluk arz etmektedir.

Kendisine özel esaslar yazısı tebliğ edilen mükelleflerin, özel esaslar kapsamına girmemek için ihtirazi kayıtlı beyanname vermeleri mümkündür. Bu şekilde hem özel esaslar kapsamına girilmeyerek ticari faaliyetin zarara uğraması engellenmekte hem de yargı yoluna başvuru hakkı saklı tutulmaktadır. Kanuni süresinden sonra verilen bu tür beyannamelere ihtirazi kayıt koymanın dava açma hakkı verip vermediğine yönelik çelişkili içtihatlar, Anayasa Mahkemesi’nin bu husustaki bir hak ihlali kararından sonra değişmiştir. Böylece hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğüne uygun bir yorum ile bu konuda açılan davaların incelenmeksizin reddedilmesi yönündeki içtihatlardan dönülmüş olması geç de olsa hukuk devleti açısından bir kazanım olarak değerlendirilmelidir.

Özel esaslar, hukuka aykırı olan düzenlenen ve yürütülen bir müessese olduğundan, özel esaslar ihtarı üzerine ihtirazi kayıtlı verilen beyanname üzerine tahakkuk eden vergiler ile kesilen cezalara karşı açılan davalarda, idari yargı mercilerinin özel esasların bu niteliğini dikkate almadan karar vermeleri mümkün değildir. Aksi bir yorum, hukuka uygun olmadığı doktrin ve yargı uygulamasında ittifakla kabul edilen bir müessese ile başlayan işlemlerden hukuka uygun vergilendirme ve ceza kesme işlemleri çıkabileceği sonucuna ulaştırır ki bu sonucun da hukuk devletinde bir yeri olmadığı kanaatindeyiz. Ceza muhakemesinde delil yasaklarının uzak etkilerini ifade eden “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” prensibi, niteliğine uyduğu ölçüde bu açıdan dikkate alınmalı ve hukuka aykırılığı sabit olan bir uygulamadan hukuka aykırı bir işlem çıkarılamayacağı sonucu vergi hukuku açısından kabul edilmelidir.

İhtirazi kayıtlı verilen beyannameler üzerine açılan davalarda; sahte fatura düzenleyen mükellefler hakkındaki vergi raporları, dava açan mükellefin mahkemeye sunmuş olduğu delil ve belgeler ile re’sen araştırma ilkesi kapsamında edinilen bütün delillerin değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerektiğine yönelik görüş ve içtihatlar, özel esasların bizzat kendisinin hukuka aykırı olduğunu görmezden gelmektedir. Diğer yandan, mükellefin defter ve belgeleri ilk görünüş karinesinden yararlanmakta ve aksi idare tarafından ispat edilinceye kadar defter, belge ve kayıtların gerçek olduğu kabul edilmektedir. Vergi idaresinin, defter ve belgelerin gerçek olmadığını ispat etmesi ise Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre vergi incelemesi yapılmasını gerektirmektedir. Kamusal denetim yetkisi çerçevesinde zamanaşımı süresi içinde denetim yapabilen vergi idaresinin denetim yetkisini kullanmaması, bu inceleme yetkisinin yargı organları tarafından yargılama sırasında kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir. Bu husus re’sen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi, idare tarafından kullanılması gereken yetkinin yargı mercileri tarafından kullanılması anlamına geleceği için kuvvetler ayrılığı ilkesine ve idari yargının sınırlarına ilişkin İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine aykırı olacaktır.

Vergi hukuku, temel hak ve özgürlüklere müdahale bakımından oldukça hassas bir alandır. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olmadığı, yapılan temel hak müdahalelerinin yasal dayanağına sahip, belirli ve öngörülebilir olmadığı bir sistemin hukuk devleti olarak nitelendirilmesi

mümkün değildir. Özel esasların yasal bir dayanağa sahip olmadan yaklaşık yirmi yıldır uygulanması hukuk devleti ilkesini zedelemektedir. Bu nedenle çalışmanın başlığındaki soruya “Bizzat kendisi hukuka uygun olmayan bir işlemde hukuka uygun bir tarhiyat ve ceza kesme işlemi çıkması mümkün değildir” şeklinde cevap vermek hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

KAYNAKÇA

- AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, 9.Basım, Der Kitabevi, İstanbul 2021.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, 12.B., Savaş Yayınevi, Ankara 2020.
- ATEŞAĞAOĞLU, Erdem: Vergi Usul Kanunu Md.3/B Hükmü Çerçevesinde KDV İndirimi Uygulamasının Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX(1), 2016, s.235-268.
- BAHÇECİ, Barış: Vergisel Düzenleyici İşlemlerin Hukuksal Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- BAYKARA, Bekir: “Özel Esaslar veya Kod Listesi Kavramı ve Hukuka Aykırılığı Üzerine (Tebliğ Taslağına İlişkin Görüş ve Önerilerle Birlikte)”, Yaklaşım, (244), Nisan 2013, s.270-280.
- BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, 51. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- ÇAĞAN, Nami: Vergilendirme Yetkisi, İstanbul 1982.
- ÇAKMAKÇI, Ali/KÖSEER Semra: Sahte Belge ve Vergi Kaçakçılık Suçları, Seçkin Yayın, Ankara 2019.
- ÇİTİL, Bünyamin: Vergi Hukukunda Sahte Fatura Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ER, Selami: “Varlık Barışı Kanunu ve Kod Listesi Vergi Adaleti ve Uyumuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2010, 11(2), s.261-278.
- ERGİN, Numan Emre: “İzaha Davete Özel Esaslara Alma Yetkisi”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/izaha-davete-ozel-esaslara-alma-yetkisi/611726>, (Erişim Tarihi: 27.08.2021).
- KANETİ, Selim/EKMEKÇİ Esra/GÜNEŞ Gülsen/KAŞIKCI Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- KARAHANOGULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku (Ders Kitabı), 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ÖNCEL, Muallâ/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami/GÖKER Cenker: Vergi Hukuku, 29. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2020.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- ÖZEL, İlyas: “Özel Esaslara Alınma Uygulamasının Anayasa Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, (398), Ekim 2014, s.110-117.
- ÖZGENÇ, A. Selçuk: “Avrupa Birliği İçtihadı ve Türk İçtihadı Açısından Katma Değer Vergisinde Mütessesil Sorumluluk”, Sakarya Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2017, s.83-97.
- ÖZTÜRK, Bahri (Editör): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020.
- SANCAKDAR, Oğuz/US Eser/KASAPOĞLU-TURHAN Mine/ÖNÜT Lale Burcu/SEYHAN Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- SOLAK-AKMAN, İnci: “Türk Vergi Hukukunda Norm Koyma ve Normun Uygulanmasında Kronikleşmiş Yetkilendirme Sorununa Bir Örnek: Elektronik Ortamda Tebliğ Usulüne İlişkin Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2016, s.265-285.
- ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE Mehmet/GERÇEK, Adnan: Vergi Hukuku, 12. Baskı, Ekin Basım, Bursa 2021.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Basım, İstanbul 2016.
- TAŞKAN, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- TAYLAR, Yıldırım/GÖK Özgecan/DEMİRBAŞ-AKSÜT Burcu/ARTUN Emine Sevcan: Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- YALTI, Billur: “Kod Listelerinden KDV İadesi Risk Analiz Sistemine Geçiş: KDV İndirim Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Değerlendirmeler”, Vergi Sorunları Dergisi, (258), Mart 2010, s.21-40.
- YALTI, Billur: “Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahalede Kanunilik: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yeni Kararlarında Çelişik Mevzuat ve Çelişik İçtihat”, Vergi Sorunları Dergisi, (276), Eylül 2011, s.7-17.
- YALTI, Billur: Hizmet İşlemlerinde Katma Değer Vergisi - Bir Karşılaştırmalı Hukuk Denemesi, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1998.
- YALTI, Billur: Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Basım, İstanbul 2006.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayın, Ankara 2020.

SENDİKAL HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU

PREVENTION OF USE OF SYNDICAL RIGHTS

Devrim AYDIN*  

Makale Bilgi

Gönderi: 05/08/2021
Kabul : 22/12/2021

Anahtar Kelimeler

Sendika,
Sendikal Faaliyet,
Sendikal Haklar,
Çalışma,
İşçi,
Suç,
Ceza.


Article Info

Received: 05/08/2021
Accepted: 22/12/2021

Keywords

Syndicate,
Syndical Activities,
Syndical Rights,
Labour,
Worker,
Crime,
Punishment.

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.979237> 

İşçilerin yanı sıra işverenlerin de sendikal faaliyette bulunabilme hakkı, uluslararası sözleşmeler ve Anayasamızda sosyal ve ekonomik haklar arasında yer almaktadır. Bireylerin sendikaya üye olmalarının, bireysel sendika haklarının kapsamı ile sendikaların faaliyetlerinin ayrıntıları 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'ndadır. İlgili mevzuatta içeriği belirlenmiş olan bireysel ve kolektif sendikal hakların ihlal edilmesinin engellenmesi ve bu hakların ceza hukuku yoluyla korunması amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) hürriyete karşı suçlar arasında "sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi" suçu (m.118) düzenlenmiştir. Bu maddede birbirini tamamlayan iki ayrı suç yer almaktadır. Birinci fıkrada "bireysel sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi" suçu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, bireylerin herhangi bir baskı görmeden sendikal haklarını kullanabilmeleri korunmak istenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise "sendika tüzel kişiliğinin faaliyetlerinin engellenmesi" suçu düzenlenmiştir. Bu fıkradaki düzenlemeyle kolektif sendikal hakların korunması amaçlanmıştır. Birbirlerini tamamlayıcı nitelikteki bireysel ve kolektif sendika hakkının ihlali TCK m.118'de birlikte düzenlenmiştir. Ancak bu hükümde maddi unsurları, mağdurları ve maddi konuları birbirinden farklı iki ayrı suç yer almaktadır. Bu çalışmada TCK m.118'de düzenlenmiş olan bireylerin ve sendikaların sendikal haklarının kullanılmasının engellenmesi suçu konu edilmiştir.

Abstract

The right to engage in syndical activities is regulated in international conventions and in Turkish Constitution among social and economic rights. Today, employers, as well as workers, have the right to engage in syndical activities. In Turkish law, the membership of individuals to syndicates, individual syndical rights and the scope of the activities of syndicates are regulated in the Law No. 6356 and the Law No. 4688. In order to protect individual and collective syndical rights in the relevant legislation through criminal law, the crime of "preventing of use of syndical rights" is regulated in the Turkish Criminal Law (art. 118). In the first paragraph of the provision, threatening or coercing persons to force them not to exercise their union rights is regulated as a crime. In the second paragraph, forcibly or unlawfully preventing the activities of the syndicate is regulated as a crime. In art. 118, there are two crimes that are complement to each other but differ from each other in terms of legal issues, material elements and victims.

 Bu eser Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku.

Atıf Şekli | **Cite As:** AYDIN Devrim, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", İnÜHFD, 12(2), 2021, s.791-807. **İntihal**
| **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

Republic of Turkey is a member of International Labor Organization (ILO) and is party to the European Convention on Human Rights (ECHR). According to the International Labor Organization Conventions and the European Convention on Human Rights, workers and employers have the right to engage in union activities in order to protect their interests in business life. In accordance with the requirements of being a party to these international conventions, the right of employers as well as workers to establish and join syndicates in order to protect their own interests is guaranteed in the Constitution of the Republic of Turkey art. 51. According to art 51, “Employees and employers have the right to form unions and higher organizations, without prior permission, and they also possess the right to become a member of a union and to freely withdraw from membership, in order to safeguard and develop their economic and social rights and the interests of their members in their labour relations. No one shall be forced to become a member of a union or to withdraw from membership.” The details of establishing a syndicate, being a member of a syndicate and the powers of syndicates are regulated in the Law on Trade Unions and Collective Bargaining No. 6356 and the Law on Public Servants Unions and Collective Bargaining No. 4688. The crime of prevention of use of syndical rights is regulated as a crime in Turkish Criminal Code art. 118 among the “crimes against freedom” in the seventh chapter.

In article 118, in the first paragraph, preventing individuals from exercising their syndical rights, and in the second paragraph, preventing the activities of a syndicate established according to the laws are regulated as a crime. According to art. 118/1

“A person who uses force or threats in order to compel another person to be, or not to be, a member of a trade union, to attend or not to attend activities of a trade union, to leave a trade union or to leave a position of management of a trade union shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of six months to two years.”

With this regulation, it is aimed to protect both individual and collective freedom of association within the same article. The legal subject of the crime of preventing the right to syndical activities regulated in the first paragraph is the right to establish a syndicate, to organize within a syndicate and to participate in syndical activities, which are guaranteed in international conventions and the Turkish Constitution. With this article, the unlawful violation of the rights of individuals to be a member of a syndicate, to engage in syndical activities, to take part in union management and to resign from the syndicate of which they are a member, without any unlawful intervention, is punished. The perpetrator of this crime can be any natural person. The victim of the crime is the real person who is forced or threatened to form a syndicate, becoming a member of a syndicate, participate in syndical activities or take advantage of the opportunities of the syndicate. In order for the crime in the first paragraph to take place, the victim's right to unionize must be prevented by threatening or coercive behavior.

In the second paragraph of the article, violation of the activities of the syndicate's legal entity is regulated as a crime. According to art. 118/2

“In the event that the activities of a trade union are prevented by the use of force, threats, or by means of any other unlawful act, a penalty of imprisonment for a term of one to three years shall be imposed.”

The legal subject of this crime is the public interest of the syndicate's legal entity in the activities indicated in the relevant legislation. Although confederation activities are not explicitly mentioned in the text of the law, it should be accepted that the right of syndicate confederations to engage in syndical activities is also protected by this provision, since syndicates may be organized within the body of the confederation. The perpetrator of this crime is any natural person, and the victim of the crime is the syndicate's legal entity. This crime may be committed by threat, force or any other unlawful act.

Situations that increase or mitigate the punishment for crimes against freedom is regulated in the common provision art. 119. The crime of preventing the use of syndical rights (art. 118) is not listed in common art. 119. Thus it would be against the principle of legality to apply a reason that increases the penalty during the commission of the crime of preventing the use of syndical rights. Since an aggravating condition in the common provision may also be in question while committing the crime of preventing the use of syndical rights, this crime should be added to the crimes listed in common art. 119.

The duty of prosecuting both crimes continues in the Criminal Court of First Instance. Since the upper limit of the penalty in the first paragraph requires a prison sentence of two years or less, it is subject to a simple trial procedure.

I. GİRİŞ

Çalışma hakkı, çalışma özgürlüğü ve sendikal faaliyet hakları çalışma hayatında birbirini tamamlayan, birbiriyle sıkı ilişkileri olan hak ve özgürlüklerdir. Bunların tümü uluslararası sözleşmeler ve Anayasamızda sosyal ve ekonomik haklar arasında yer almaktadır. Çalışma hakkı; özgürce iş edinmeyi, adil çalışma koşullarının sağlanmasını, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarının oluşturulmasını, örgütlenme özgürlüğünü, ayrımcılık yasağını ve işçinin haksız feshine karşı korunmasını kapsamaktadır.¹ Çalışma özgürlüğü ise çalışmanın bir müdahale olmadan sürdürülebilmesi, kişinin işini ve iş yapma biçimini seçebilmesi, kişilerin başkalarının engellemesi olmadan çalışabilmesi konularını kapsar.

Sendikalar, 19. yüzyılda işçilerin işvane karşı daha güçlü olmak için bünyesinde örgütlendikleri tüzel kişiler olarak ortaya çıkmıştır.² Günümüzde işçilerin yanı sıra işverenler de kendi menfaatlerini korumak için sendika çatısı altında örgütlenme hakkına sahiptirler. Bu nedenle sendika; işçilerin ya da işverenlerin ayrı ayrı olmak üzere iş, kazanç, toplumsal ve kültürel konular yönünden çıkarlarını korumak, yeni haklar sağlamak ve onları daha da geliştirmek amacıyla kurdukları hukuki bir mesleki birlik olarak tanımlanabilir.³ Sendika, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda (m.1/ğ)

“İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar”

şeklinde tanımlanmıştır.

Sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri'nin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS, m.11) ve Anayasamızda güvence altına alınmıştır. Türkiye'nin de üye olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bu konudaki başlıca sözleşmeleri; 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi, 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Görüşme Hakkı İlkelerinin Uygulanması Sözleşmesi ve 151 sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkı Sözleşmesidir.

Sendikal faaliyet hakkı, AİHS m.11'de;

“Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Sendikal faaliyet hakkı, Anayasamızda, m.51'de;

“Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” şeklinde düzenlenerek sendika kurmak ve sendikaya üye olmak hakkı güvenceye alınmıştır.

Anayasa m.51/3'e göre;

“Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.”

Anayasa m.51/4'teyse

“İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.”

denilerek işçi sıfatını taşımayan kamu görevlilerinin sendikal örgütlenmelerinin esaslarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Bireylerin sendikaya üye olmaları ve bireysel sendika haklarıyla sendikaların faaliyetlerinin kapsamı 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (m.2) ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nda düzenlenmiştir. 4688 sayılı Kanun'nda (m.15) sendika üyesi olması yasaklanan kamu görevlileri sayılmıştır.

¹ KAYA, Pir Ali/ULAŞ, Işın/YILMAZER, Ertuğrul: “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, (70), 2016, s.62.

² Bkz. ERSOY, Uğur: “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.118)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2016, s.473.

³ Bkz. YARSUVAT, Duygun: Çalışma Ceza Hukuku, Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar, Kanunsuz Grev ve Lokavt Suçları, Sermet Matbaası, İstanbul 1978, s.22 vd.; AYDIN, Mesut: “1982 Anayasasında Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlanması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2016, s.63.

6356 sayılı Kanun m.17/3”teki

“Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz.”

şeklindeki hükümlerle sendikaya üye olmada serbestlik ilkesi benimsenmiştir.⁴ Ancak mevzuatımızda avukatlık, noterlik, hekimlik, mimarlık gibi diğer mesleki örgütlere üyelik zorunludur.

Uluslararası sözleşmeler ve Anayasamızda güvenceye alınmış olan sendikal hakların ceza hukuku yoluyla korunması yönünde 765 sayılı mülga TCK’da açık bir düzenleme yoktu. Yürürlükteki 5237 sayılı TCK’da, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısımda, “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı yedinci bölümde ayrı bir suç türü olarak düzenlenmiştir. TCK m.118’deki düzenlemeyle hem bireysel hem de kolektif sendika hakkı korunmak istenmiştir. Birinci fıkrada, kişilerin herhangi bir baskı görmeden sendikal haklarını kullanabilmeleri korunmaktadır.⁵ Bireysel sendika hakkı öncelikle bireyin sendikaya üye olup olmamak yönündeki iradesini kapsar. Sendika üyelerinin üyesi oldukları sendikanın faaliyetlerine katılıp katılmamak ya da sendikadan istifa etmek yönündeki iradeleri de bireysel sendika özgürlüğü kapsamındadır. Maddenin ikinci fıkrasında yasalara göre kurulmuş olan bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmeden devam edebilmesi güvenceye alınmıştır.

Ülkemizde sendikalar, konfederasyonlar bünyesinde örgütlenebilirler. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.26’ya göre bir konfederasyona üye olmak sendikanın genel kurulunun kararına bağlıdır. Buna göre, sendikaların bir konfederasyona üye olmaları zorunlu değildir. 6356 sayılı Kanun’da konfederasyon,

“değişik işkollarında en az beş sendikanın bir araya gelerek oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluş”

şeklinde tanımlanmıştır. Kanun metninde açıkça belirtilmiş olmasa da sendikaların üst kuruluşu olan konfederasyonların faaliyetlerinin engellenmeden devam edebilmesinin de bu fıkra kapsamında korunduğunu kabul etmek gerekir.⁶

Görüldüğü üzere TCK m.118’de korunan hukuki yararları, maddi unsurları ve mağdurları birbirinden farklı iki ayrı suç düzenlenmiştir. Korunan hukuki yararları dolayısıyla birbirlerini tamamlayıcı nitelikteki bireysel ve kolektif sendikal haklara karşı işlenen iki ayrı suçun aynı madde içinde birlikte düzenlenmiş olması isabetlidir.

II. KİŞİLERİN SENDİKAL HAKLARININ KULLANILMASININ ENGELLENMESİ (TCK m.118/1)

A. Genel Açıklamalar

“Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi” başlıklı TCK m.118/1

“Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

şeklinde dir. Madde gerekçesinde

“Bir kimseye karşı cebir veya tehdit kullanılarak, bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanmanın suç olarak düzenlendiği; suçun tamamlanmış şekline göre cezaya hükmedilebilmesi için, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin sendikaya üye olması veya olmaktan vazgeçmesi, sendikanın faaliyetlerine katılması veya katılmaktan vazgeçmesi ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmasının gerekmemektedir.”

şeklindeki açıklamalarla suçun unsurlarına ilişkin genel bilgiler verilmiştir.⁷

⁴ AYDIN, s.64.

⁵ EVİK, Ali Hakan: “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (10), 2006, s.206.

⁶ BAYRAKTAR, Köksal/YILDIZ, Ali Kemal/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/ZAFER, Hamide ve diğerleri: Özel Ceza Hukuku, C. 3, Onikilevha Yay., İstanbul 2018, s.290; ERSOY, s.479; SOYER, Sesim: “İş ve Çalışma, Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, (7), 2006, s.102.

⁷ Kanunun gerekçesi için bkz. Adalet Bakanlığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tanıtım sayfası için bkz. “http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr.”

Bu suçun hukuki konusunu uluslararası sözleşmeler ve anayasada güvence altına alınmış olan sendika kurmak, sendika bünyesinde örgütlenmek ve sendikal faaliyetlere katılmak hakkı oluşturur. Böylece kişilerin herhangi bir hukuka aykırı müdahale olmaksızın sendika üyesi olup olmamak, sendikal faaliyette bulunup bulunmamak, sendika yönetiminde görev alıp almamak ve üyesi oldukları sendikadan istifa edebilmek yönündeki hakları güvence altına alınmaktadır.⁸ Sendika kurup sendikaya üye olmak ve sendikal faaliyetlere katılmak olumlu ya da pozitif sendika özgürlüğü; sendikaya üye olmamak, sendikal faaliyete katılmamak ya da sendikadan istifa edebilmek ise olumsuz ya da negatif sendika özgürlüğü olarak da nitelenmektedir.⁹ Bu düzenlemeyle doğrudan, bireylerin sendikal haklarının yanı sıra çalışma hayatının barışçıl biçimde sürdürülmesi de korunmaktadır.¹⁰

B. Suçun Faili, Mağduru ve Maddi Konusu

Bu suç fail açısından herhangi bir özellik göstermez. Herhangi bir gerçek kişi suçun faili olabilir. Birinci fıkradaki suçun mağduru ise sendika kurmak, sendika üyesi olmak, sendikal faaliyetlere katılmak hakkı olan gerçek kişidir.¹¹ Suçun faili ve mağduru sendika üyesi olmayan bir kişi olabileceği gibi, sendikanın üyesi de olabilir.¹² Suçun mağduru ile failinin aynı işyerinde çalışan kişiler olması, failin işveren ya da işyerinde amir sıfatını taşıyan kişi olması muhtemeldir. Somut olaylarda sıklıkla suçun faili ile mağduru aynı işyerinde çalışan rakip sendika üyeleridir. Kimi hallerdeyse fail, sendika üyesi işçiyi sendikadan istifa etmesi amacıyla işten atmakla tehdit eden işveren ya da amir pozisyonundaki kişilerdir. Yargıtay'ın

“Suça konu işyerinde üretim müdürü olarak görev yapan sanık C. D.'in, yine iş yeri yönetiminde bulunan sanık A. Ç.'nin sendikal faaliyetlerde bulunan işçilerin tespitine yönelik talimat verdiği, iş yerinde; servis sorumlusu olarak çalışan sanık T. C.'in, bölüm sorumlusu sanık F. C.'in ve işçi olarak çalışan Z. G.'in, verilen talimat doğrultusunda sendikaya üye olan işçilerin tespitine çalıştıkları ve sendikaya üye olduğunu tespit ettikleri işçileri, iş yeri yönetimine bildirdikleri, sanıklar C. D. ve A. Ç.'nin da katılanların da arasında bulunduğu bir kısım işçiyi performans yetersizliğini bahane göstererek işten çıkardıkları, katılanların açmış oldukları işe iade davalarının, ‘feshin sendikal sebeplerle yapıldığı yolunda kanaat hasıl olması’ sebebiyle kabul edildiği anlaşılmakla; sendika üyesi olan işçilerin sendikal haklarını kullanmalarına engel olma, sendikal olan ve olmayan işçiler arasında ayırım yapma ve bu işçilere baskı yaparak sendikadan istifa etmeye, sendikaya üye olmamaya zorlama şeklinde gerçekleşen eylemlerinin 5237 Sayılı TCK'nın 118/1. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmelidir.”

şeklindeki kararı bu durumun bir örneğidir.¹³

Sendika üyelerinin, yönetici olmak isteyen bir diğer üyeyi yönetici olmak fikrinden vazgeçmesi için tehdit etmeleri, sendika üyesi olan kişinin sendikanın faaliyetlerine katılmasını engellemeleri örneklerinde olduğu gibi, fail ve mağdur aynı sendikanın üyesi de olabilir. Sendika üyelerinin bir kişiyi sendika üyesi olması için tehdit etmeleri halindeyse failer sendika üyesiyken, mağdur sendika üyesi olmayan bir kişidir.¹⁴ Suçun failinin ya da mağdurunun sendika üyesi olup olmaması, failin işveren ya da işyerinde amir pozisyonunda olup olmaması suçun kurucu unsuru ya da nitelikli hali olarak düzenlenmemiştir.

Hukukumuzda işçiler ve kamu görevlilerinin sendikal hakları iki ayrı kanunda düzenlenmiş olsa da suçun mağduru olmak bakımından işçi ve kamu görevlileri arasında herhangi bir fark yoktur. Bu haklar kişiye sıkı sıkıya bağlı siyasal haklar olduğundan, kişinin bu haklarını kullanmak için zorlanması halinde de mağdur olacağı açıktır.

Anayasa m.51'de düzenlenmiş olan sendikal haklar belli koşulları taşıyan yurttaşlara tanınmıştır. 6356 sayılı Kanun'nda (m.6)'da;

⁸ BAYRAKTAR/KİZİROĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.286-287; ÖZEN, Mustafa: “Bireysel Sendika Özgürlüğü ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (46), 2015, s.50.

⁹ Bkz. MAHİROĞULLARI, Adnan: Dünya ve Türkiye’de Sendikacılık, Ekin Yay., Bursa 2013, s.10; ERDOĞAN, İrmak: “Ceza Hukukunun Sendikasıyla Mücadelesi: Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2015, s.71; ARGUN, Fazilet Nurel: “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1, 1995, s.9.

¹⁰ BAYRAKTAR/KİZİROĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.287; FİNCAN, Müslüm: “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (136), 2018, s.49.

¹¹ SOYER, s.102.

¹² Bkz. EVİK, s.207.

¹³ Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 10.02.2016 tarih ve 2015/7995 E., 2016/2433 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

¹⁴ BAYRAKTAR/KİZİROĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.288-289.

“Fiil ehliyetine sahip ve fiilen çalışan gerçek veya tüzel kişiler sendika kurma hakkına sahiptir. Ancak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama ve kaçakçılık suçlarından birinden mahkûmiyeti bulunanlar sendika kurucusu olamaz.”

denilerek sendika kurucusu olamayacak kişiler; “sendika üyeliği ve üyeliğin kazanılması” başlıklı m.17’deyse

“On beş yaşını dolduran ve bu Kanun hükümlerine göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilir.”

denilerek sendikaya üye olabilecek kişiler gösterilmiştir. Bu nedenle suçun mağduru, sendika kurmak ve sendika üyesi olmak hakkı olan kişiler olabilir.¹⁵ Sendika kurmak, sendika üyesi olmak hakkı olmayan kişilerin bu yönde tehdit edilmeleri ya da cebredilmeleri halindeyse TCK m.118/1 değil, koşulları varsa tehdit (m.106) ya da kasten yaralamaya (m.86) ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

Sendikaya üye olmak, işverenler açısından da söz konusu olabilir. İşverenin gerçek kişi olması halinde, işveren sendikasına üye olması ya da olmaması yönünde cebredilen ya da tehdit edilen söz konusu kişi suçun mağduru. İşverenin tüzel kişi olması da söz konusu olabilir. Bu durumda sendika tüzel kişiliğinin yanı sıra sendikanın üye olup olmamak yönünde karar verme yetkisine sahip olan ve bu yöndeki iradelerinin etkilenmesi amacıyla tehdit edilen ya da cebredilen gerçek kişilerin de suçun mağduru olduğu kabul edilmelidir.

C. Suçun Maddi unsuru: Sendikal hakların engellenmesi

TCK m.118/f.1’de “Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi ... cezalandırılır.”

denilmek suretiyle sendikal hakların kullanılmasının engellenmesini oluşturacak davranışlar sayılmıştır.

6356 sayılı Kanun’a göre (m.17/3);

“Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz.”

Suç, sendika üyesi olmayan birinin sendikaya üye olmasını ya da sendikal faaliyetlere katılmasını sağlamak amacıyla tehdit edilmesi ya da cebredilmesi şeklinde işlenebileceği gibi sendikaya üye olmak isteyen kişinin fiilen engellenmesi şeklinde de işlenebilir.¹⁶

Kişilerin üyesi oldukları sendikaların her türlü faaliyetlerine katılmak hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın engellenmesi halinde de suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. “Sendikal faaliyet” ayrıntıları 6356 sayılı Kanunla belirlenmiş olan, sendikaya üye olmak, ilgili mevzuatla belirlenen ve sendika tüzüğünde gösterilen sendikanın eğitim, kültür, iş ve çalışma ilişkilerine ilişkin toplantı, çalışma ve diğer etkinlikleridir.¹⁷ Sendika üyesi olan kişinin sendika üyeliğinden ayrılmaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya yönelik olarak zorlanması halinde de suç gerçekleşmiş olacaktır.¹⁸ Bu niteliğinden dolayı, seçimlik hareketli bir suç söz konusudur.¹⁹ Sendika üyesi olmak, mutlaka sendika organlarında görev almak zorunluluğu doğurmaz. Bu nedenle, sendika üyesi olan kişinin sendika organlarında görev alması için cebredilmesi ya da tehdit edilmesi halinde de suçun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.²⁰

Sendikalar esasen üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak amacıyla kurulmuş olsalar da üyelerinin siyasal ve kültürel eğitimini amaçlayan diğer başka faaliyetleri de sendikal örgütlenme hakkı kapsamındadır.²¹ Bu nedenle “sendikal faaliyet” ifadesi sendikanın bu yöndeki faaliyetlerini de kapsayacak biçimde geniş yorumlanmalıdır.

¹⁵ Bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., Ankara 2011, s.11.

¹⁶ SOYER, s.105.

¹⁷ Bkz. ERSOY, s.493 vd.; EVİK, s.211.

¹⁸ Bkz. EVİK, s.212.

¹⁹ BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.295; ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.275. Suçun, bağlı hareketli bir suç olduğu yönündeki görüş için bkz. ERSOY, s.488.

²⁰ Aksi görüşler için bkz. BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.291-292.

²¹ AYDIN, s.64-65.

Bu hakkın kullanılmasının engellenmesi için kişinin mutlaka iradesine aykırı olarak sendikaya üye olması, sendika üyeliği ya da yöneticiliğinden ayrılmış olması gerekmez. Kişinin sendikal hakkını kullanmasını önlemek amacıyla tehdit edilmesi ya da cebredilmesi halinde suç tamamlanmış olacaktır.²² Kanunun gerekçesinde de;

“Bu suçun tamamlanmış şekline göre cezaya hükmedilebilmesi için, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin sendikaya üye olması veya olmaktan vazgeçmesi, sendikanın faaliyetlerine katılması veya katılmaktan vazgeçmesi ya da sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılması gerekmemektedir. Bu amaçlarla, kişiye karşı cebir veya tehdit kullanılması, söz konusu suç tamamlanmış gibi cezalandırılabilir için yeterlidir. Bu bakımdan söz konusu suç, bir teşebbüs suçu niteliği taşımaktadır.”

şeklindeki açıklamayla suçun bu niteliği vurgulanmıştır.²³ Bu niteliğinden dolayı, tamamlanması öne alınmış bir suç, bir başka ifadeyle tehlike suçu söz konusudur.²⁴

Kişilerin üyesi olmadıkları bir sendikanın toplantı, organizasyon ve diğer faaliyetlerine katılmalarının engellenmesi yönündeki davranışlar bu suçu oluşturmaz. Çünkü sendikaların bu tür faaliyetlerine katılmak hakkı esasen üyelere aittir. Aynı işyeri ya da aynı işkolunda faaliyet gösteren rakip sendika üyelerinin diğer sendika üyelerini kendi sendikal faaliyetlerine kabul etmek yükümlülüğü yoktur. Kişinin üyesi olmadığı bir sendikanın faaliyetine katılmak istemesinin tehditle ya da cebren engellenmesi halinde TCK m.118/1 değil, koşulları varsa tehdit ya da kasten yaralamaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Çünkü sendikanın faaliyetlerine esasen üyeler katılabilirler. Üye olmayanların sendika faaliyetlerine katılmaları ancak sendikanın izniyle söz konusu olabilir.

Birinci fıkradaki suçun varlığı için kişinin sendikal hakkının engellenmesi amacıyla cebredilmiş ya da tehdit edilmiş olması zorunludur.²⁵

Tehdit; mağdurun hukuken korunan değerlerine yönelik, gerçekleşmesi failin iradesine bağlı olan gelecekteki bir saldırı olasılığının bildirilmesidir.²⁶ Tehdidin söz konusu olup olmadığı, TCK m.106'ya göre belirlenmelidir. TCK m.106'da tehdidin yöneldiği değerler suçun takibi ve ceza oranı açısından basamaklandırılmış olsa da bu suç yönünden tehditin yöneldiği hukuksal değerler bir önemi yoktur. Tehdit; mağdurun hayatına, beden tamlığına, malvarlığına, cinsel dokunulmazlığına, kişilik hakları, konut dokunulmazlığı gibi diğer haklarına yönelik olabilir. Tehdit, herhangi bir davranışla gerçekleştirilebilir. Sözlü, yazılı, görüntülü bir biçimde, bizzat fail ya da onun yönlendirdiği bir üçüncü kişi aracılığıyla da mağdurun tehdit edilmesi olanaklıdır.²⁷ Tehdidin somut olayda objektif olarak ortalama bir insanı korkutmaya yeterli olması gerekir ancak mağdurun tehdidi ciddiye alıp almamasının, korkup korkmamasının önemi yoktur.²⁸ İşçinin üyesi olduğu sendikadan istifa etmesi ya da sendikanın faaliyetlerine katılması ya da işaret edilen sendikaya üye olmaması halinde işten çıkarılmakla tehdit edilmesi halinde de sendikal faaliyetlerin engellenmesi suçu gerçekleşmiş olacaktır.²⁹ Yargıtay da

“Dava; sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçuna ilişkindir. Oluş ve dosya kapsamına göre, mağdurların üye olmalarının akabinde sanıklar tarafından mağdurların iş akitleri feshedilmek suretiyle işten çıkarıldıkları, mağdurların açmış oldukları işe iade davalarının, ‘işyerinde başlatılan örgütlenme çalışmaları, davacının sendika üyeliği ile iş akdinin feshi arasında geçen süre, tanık beyanları dikkate alındığında fesih nedeninin sendikal nedene dayalı olduğu’ sebebiyle kabul edildiği, iddiaları doğrular nitelikteki tanık beyanları ve özellikle İş Mahkemelerine ait kararların içeriği de göz önüne alındığında, sanıkların eylemlerinin TCK'nun 118/1. maddesi uyarınca sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturduğu gözetilmelidir.”

şeklindeki kararında bunu işaret etmiştir.³⁰

²² YARSUVAT, Duygun: “Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117 ve 118. Maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (7), 2007, s.143.

²³ Kanunun gerekçesi için bkz. Adalet Bakanlığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tanıtım sayfası için bkz. “<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>.”

²⁴ EVİK, s.10.

²⁵ Bkz. FİNCAN, s.58.

²⁶ VIARO, Mario: “Violenza e Minaccia”: Novissimo Digesto Italiano, Vol. XX, Milano 1976, s. 972; ANTOLISEI, Francesco: Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, (a cura di Luigi Conti), Vol.1, Milano 1986, s.125; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/Bacaksız, PINAR/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10.B., Seçkin Yay., Ankara, 2016, s. 392.

²⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.215; ANTOLISEI, s.137.

²⁸ Bkz. AYDIN, Devrim: “Tehdit Suçu”: Ceza Hukuku Dergisi, (42), 2020, s.18.

²⁹ Bkz. YARSUVAT, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117 ve 118. maddeleri, s.142-143.

³⁰ Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 26.02.2018 tarih ve 2016/2465 E., 2018/2453 K. Kazancı İçtihat Programı.

Tehditten söz edilebilmesi için tehdit konusu kötülüğün gerçekleştirilmiş olması ya da tehdidin etkisiyle mağdurun sendikal hakkını kullanmaktan kaçınmış olması da gerekmez.³¹ Önemli olan tehdit oluşturan davranışın somut olayda ortalama bir insanı etkileyecek düzeyde olmasıdır.³² Yargıtay;

“*Sen stajyersin nasıl böyle bir şeye cesaret edersin, stajyerlik işin nasıl olacak, ... şu formu imzala, müdür vekilliğinden ya da üyelikten istifa edeceksin, istifanı bekliyorum.*”

şeklindeki sözlerin genç bir stajyer memur üzerinde tehdit oluşturacak düzeyde olmadığı yönündeki yerel mahkeme kararını hukuka aykırı bulmuştur.³³ Yargıtay bir başka olayda da;

“*İşçi olarak çalışmakta olan katılanın ... Sendikası'na üye olduğunu öğrenmeleri üzerine, 'sendikadan istifa et, yoksa seni işten atarız' diyerek tehdit etmek şeklinde iddia ve kabul olunan eylemlerinde TCY.nın 118. maddesinde tanımlanan "sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi" suçunun tehdit unsurunun oluştuğu gözetilmeden mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi yasaya aykırıdır.*”

şeklinde yorumuyla işçinin sendikal haklarını kullanması halinde işten çıkarılacağı yönündeki sözlerin de tehdit olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.³⁴

Cebir ise bir kişinin failin istediği belli bir şekilde davranışta bulunması amacıyla fiziken zorlanmasıdır.³⁵ Failin cebir kullanmaktaki amacı, mağdurun direncini ortadan kaldırmak suretiyle sendikal haklarını kullanmasını önlemek olmalıdır. Örneğin sendika üyelik formunu doldurarak sendikaya üye olmak ya da sendikadan istifa dilekçesi yazmak isteyen failin darp edilmesi, kolunun bükülmesi, ellerine vurulması hallerinde suç gerçekleşmiş olacaktır. Failin cebir kullanmaktaki amacı, mağdurun sendikal faaliyette bulunmasını engellemek değil de bir başka amaçsa, bu durumda fail genel hüküm niteliğindeki cebir kullanma suçundan (TCK m.108) sorumlu olacaktır.

Cebir veya tehdit, doğrudan mağduru hedef alabileceği gibi mağdurun iradesine etki edebilmek amacıyla onun bir yakınana da yönelik olabilir.³⁶ Suçun gerçekleşmesi için tehdit veya cebirin süreklilik göstermesi gerekmez, failin başlangıçtaki direncinin kırılması yeterlidir.

D. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bu suç açısından hukuka uygunluk nedenleri çok sınırlı biçimde gerçekleşebilir.³⁷

Anayasa m.51/2 göre;

“*Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.*”

Anayasa'daki bu ilgili hüküm ve 6356 sayılı Kanun'daki sınırlamalara aykırı bir faaliyet olması halinde bunu engellemek amacıyla verilmiş olan mahkeme hükmünü ya da idari emri uygulayan kamu görevlileri açısından TCK m.24/1'deki kanunun hükmünün, yetkili makamın emrinin yerine getirilmesi söz konusu olabilir.³⁸

Hükümde geçen “kanun” ifadesinin hukuk kurallarını, mahkeme kararlarını ve düzenleyici işlemleri de içerecek biçimde geniş yorumlanması gerekir.³⁹ Çünkü kanunun yanı sıra diğer hukuk kurallarını ve mahkeme kararlarını uygulayan kişiler açısından da hukuka uygunluk nedenleri söz konusudur.⁴⁰ Örneğin özel bir kanunla sendika üyesi olmasına izin verilmeyen kişinin işyerinde

³¹ Bkz. ERSOY, s.496.

³² VIARO, s.973; ANTOLISEI, s.137.

³³ Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 04.7.2018 tarih ve 2016/11648 E., 2018/10716 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

³⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 14.7.2010 tarih ve 2008/15172 E., 2010/13889 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

³⁵ ANTOLISEI, s.127; ÜZÜLMEZ, İlhan: Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.89; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.412.

³⁶ EVİK, s.208; ERDOĞAN, s.79.

³⁷ Birinci fıkrada yer alan sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu açısından hakkın kullanılması ve ilgilinin kullanılmasının söz konusu olabileceği yönündeki görüş için bkz. ERSOY, s.497.

³⁸ Amirin ve yetkili makamın emrinin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğa etki eden neden mi olduğu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, emri yerine getirenin içinde bulunduğu hiyerarşik yapı nedeniyle emrin yerine getirilmesi kusurluluğa etki eden neden olarak kabul edilmelidir. Diğer görüşe göre ise, amirler tarafından verilen hukuka uygun emirlerin yerine getirilmesi kamu hukuku ve idare hukukunun gereği olduğundan, hukuka uygunluk nedenidir. Bu yöndeki tartışmalar hakkında bkz. ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., İstanbul, 2021, s.392 vd.; TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2015, s.151 vd. Çalışmada, yetkili makamın emrinin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündeki görüşler esas alınmıştır.

³⁹ Bkz. TOROSLU/TOROSLU, s.152.

⁴⁰ Bkz. TOROSLU/TOROSLU, s.152.

sendikal faaliyet yürütmesine engel olunması halinde, fail bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilecektir. Ancak sendikal hakkın kullanılmasını engellemeye yönelik olarak verilen ve konusu hukuka aykırı olan ya da içeriği suç oluşturan emirlerin yerine getirilmesi halinde hukuka uygunluk nedeni söz konusu değildir. Sendika tüzüğüne aykırı davranan üye hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonunda kimi sendikal faaliyetlere katılmanın kısıtlanması ya da üyelikten çıkarmak şeklinde bir yaptırım uygulanması söz konusu olabilir. Disiplin soruşturması boyunca tedbiren sendikal faaliyetlere katılması engellenen ya da hakkında yaptırım uygulanan üyenin faaliyetlere katılmasının engellenmesi de sendika açısından TCK m.24/1'deki kanunun hükmünü yerine getirmek kapsamında değerlendirilmelidir.

E. Suçun Manevi Unsuru

Bu suç kasten işlenebilen suçlardandır. Mağdurun sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanması amacıyla cebir veya tehdit kullanılması arandığından, failin özel kasıtlı hareket etmesi gerekir.⁴¹ Bu nedenle failin uyguladığı cebir ya da tehdidin amacı mağdurun sendikal haklarının kullanılmasına yönelik değilse bu suçtan söz edilemez. Örneğin fail sendika binasında bulunan mağduru sendikal haklarını engellemek amacıyla değil de bir başka nedenle tehdit etmişse genel nitelikteki TCK m.106'ya göre sorumlu olacaktır. Bu suç özel kasıtlı işlenebildiğinden, suçun olası kasıtlı işlenmesi söz konusu değildir.

F. Kusurluluğa Etki Eden Nedenler

Bu suç yönünden kusurluluğa etki eden bir nedenin söz konusu olması oldukça güçtür. Mağdurun katılmasının engellendiği faaliyetin sendikal faaliyet olup olmadığı konusunda hata edilmesi durumunda, esaslı bir hata olmadığı için fail TCK m.118/1'e göre sorumlu olmasa da genel hükümlere göre sorumlu olacaktır. Şahısta hata edilmesi söz konusu olsa da esaslı bir hata olmadığından failin ceza sorumluluğuna etki etmez. Örneğin sendikadan istifa etmesini sağlamak için karanlıkta (A) zannedilerek (B) cebredilmiş olsa da fail TCK m.118/1'e göre sorumlu olacaktır. Çok sınırlı biçimde de olsa bu suçun haksız tahrikin etkisiyle işlenmesi söz konusu olabilir. Örneğin fail kendisine hakaret eden ya da aldığı borcu ödemeyen iş arkadaşının bu davranışına öfkelenerek üye oldukları sendikadan istifa etmesi için tehdit ettiğinde olayda haksız tahrikin uygulanması söz konusu olabilir.

G. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

1. Teşebbüs

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi için kişinin hukuka aykırı olarak sendikaya üye olması, sendika üyeliğinden ya da yöneticiliğinden ayrılmış olması gerekmez. Kişinin bu konudaki iradesinin hukuka aykırı olarak etkilenmeye çalışılmasıyla suç tamamlanmış olacaktır. Mağdurun sendikaya üye olmak, üye olmamak, yöneticilik görevinden ayrılıp ayrılmamak yönündeki iradesinin engellenmesine yönelik hareketlerin bitirilememiş olması halindeyse suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir.⁴² Örneğin mağdurun istifa etmesini sağlamak amacıyla yazılan tehdit mektubu muhatabına ulaşmadığında, suça teşebbüs söz konusu olacaktır.

2. İştirak

Bu suç, iştirak hükümleri açısından herhangi bir özellik göstermez. İştirakin bütün türleri gerçekleşebilir. Failin ikna edilerek azmettirilmesi ve yardım etmenin bütün türleri olanaklıdır. Sınırlı biçimde de olsa sendikal hakların kullanılmasının engellenmesini sağlamak amacıyla bir başka kişinin cebredilmesi, hataya düşürülmesi, isnat yeteneği olmayan kişinin araç olarak kullanılması da söz konusu olabilir. Bu durumda mağdurun sendikal haklarını engelleyen kişi değil, faili arka planda yönlendiren kişi dolaylı faillik hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

H. İctima

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu, sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla mağdura karşı cebir veya tehdit kullanılmasıdır. Cebir veya tehdidin kullanılmasının suçun maddi unsuru olduğu yukarıda ele alınmıştı. Bu nedenle sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu bileşik (mürekkep) suçtur. Dolayısıyla bu suçun unsurunu oluşturan cebir veya tehdit suçlarından dolayı faile ayrıca ceza verilmez (TCK m.42).

⁴¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.212; BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.301-302; YARSUVAT, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 117 ve 118. maddeleri, s.143.

⁴² Bkz. EVİK, s.211.

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun zincirleme suç biçiminde işlenmesi de söz konusu olabilir. Tek bir suç işleme kararı kapsamında aynı kişiye karşı sendikal hakkının kullanılmasının engellenmesi amacıyla değişik zamanlarda tehdit ya da cebir uygulanması halinde fail hakkında bir cezaya hükmedilerek cezanın artırılması yoluna gidilmelidir (TCK m.43/1).⁴³ Ancak bunun için cebir ya da tehdit oluşturan davranışların farklı zamanlarda gerçekleştirilmiş olması gerekir. Örneğin mağdura bu amaçla birkaç hafta arayla tehdit mesajı gönderilmesi ya da mağdurun cebredilmesi halinde olaya zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Mağdura sendikadan istifa etmesi için bir saat gibi kısa bir süre zarfında birkaç tehdit mesajı gönderildiğinde zincirleme suç hükümleri uygulanmamalıdır çünkü bu durumda tehdit oluşturan davranışlar aynı suçun parçaları niteliğindedir.

Öte yandan failin birden fazla kişiyi tehdit ederek sendikal haklarının kullanmalarını engellemesi halinde de olaya zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Örneğin sendika genel kurulunun yapıldığı salonun girişinde elindeki bıçakla kapıda bekleyerek bir grup muhalif üyenin oy kullanmasını engelleyen fail aynı suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlemiş olduğundan (TCK m 43/2) olaya zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi söz konusu olacağından, bu durumda da fail hakkında TCK m.43/1 uygulanarak bir cezaya hükmedilerek ceza bir miktar arttırılacaktır.

Cebre başvuruyla mağdurun sendikal hakkını kullanmaya yönelik başlangıçtaki direncinin kırılması yeterlidir. Tehdit ya da cebrin süreklilik göstermesi gerekmez. Uygulanan cebrin ağırlaşmış yaralamaya neden olması halinde fail ağırlaşmış yaralamadan dolayı sorumlu olacaktır.⁴⁴

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi amacıyla diğer başka suçların işlenmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda gerçek içtima söz konusu olacaktır. Örneğin muhalif üyelerin oylamaya katılmasının ya da sendikadan istifa etmek için dilekçe vermelerinin engellenmesi amacıyla bir odaya kapatılmaları halinde TCK m.118/1'deki suçun yanı sıra hürriyeti sınırlama suçu (m.109) da gerçekleşmiş olacaktır.

III. SENDİKANIN FAALİYETİNİN ENGELLENMESİ (TCK m.118/2)

A. Suçun Hukuki Konusu

TCK m.118/2'de;

“Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”

şeklindeki düzenlemeyle sendika tüzel kişiliğinin faaliyetlerinin ceza hukuku yoluyla korunması amaçlanmıştır. Bu suçun hukuki konusu, sendika tüzel kişiliğinin uluslararası sözleşmeler, Anayasa ve ilgili mevzuat tarafından korunan sendikal faaliyette bulunabilmesine ilişkin kamusal yarardır.⁴⁵ Kanun metninde sendika kurmaktan ve konfederasyondan söz edilmediği için madde metninin bu özgürlükleri de açıkça koruyacak biçimde değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁶ Sendikalar, konfederasyon bünyesinde örgütlenebildiklerinden, kanun metninde açıkça gösterilmiş olmasa da bu hükümle konfederasyonlarının faaliyetlerinin de korunduğu kabul edilmelidir.

B. Suçun Faili, Mağduru, Maddi Konusu

Bu suçun faili herhangi bir gerçek kişi olabilir. Fail, ilgili sendikanın üyesi olan kişiler de olabilir. Suçun mağduru ise sendika tüzel kişiliğidir.⁴⁷ Suçun, konfederasyonun faaliyetlerinin engellenmesi amacıyla işlenmesi halindeyse sendika üst kuruluşu olan konfederasyon mağdurdur.⁴⁸ Sendika üyesi olan gerçek kişiler, bu suç nedeniyle suçtan zarar gören kişilerdir. Bir başka görüşe göre, sendika tüzel kişiliği bu suç nedeniyle suçtan zarar gören, sendika yöneticileri, sendika işyeri temsilcileri ve kendilerine karşı cebir kullanılan ya da tehdit edilen gerçek kişiler ise suçun mağdurdur.⁴⁹ CMK m.237/1'e göre suçun mağdurunun yanı sıra suçtan zarar gören de kamu davasına katılma hakkına sahiptir. Katılanın haklarının düzenlendiği CMK m.239'da ise katılanın suçtan zarar gören ya da mağdur olması yönünden bir ayrıma gidilmemiştir. Görüldüğü üzere suç

⁴³ ERDOĞAN, s.89.

⁴⁴ Bkz. BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.292.

⁴⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.212; BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.286-287; FİNCAN, s.49.

⁴⁶ Bkz. ERDOĞAN, s.71. Kanun metninde konfederasyondan söz edilmediği için, konfederasyonların faaliyetinin engellenmesinin suç olmayacağı yönündeki görüş için bkz. ERSOY, s.502; ERDOĞAN, s.72; SOYER, s.101; ÜZÜLMEZ, s.109.

⁴⁷ ERDOĞAN, s.76.

⁴⁸ Bkz. BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.290; SOYER, s.102.

⁴⁹ BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.288; SOYER, s.102.

genel teorisi açısından yapılan mağdur ve suçtan zarar gören ayrımının bu suç yönünden ceza yargılaması pratiğinde bir önemi yoktur.

Bu suçun maddi konusu, kendisine karşı tehdit uygulanan ya da cebredilen gerçek kişidir.⁵⁰

C. Suçun Maddi Unsuru: Sendika Faaliyetlerinin Engellenmesi

TCK m.118/'de yer alan;

“Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi ...”

şeklindeki düzenlemeye göre, sendikanın faaliyetinin cebir veya tehditle ya da hukuka aykırı bir başka davranışla engellenmesi halinde suç tamamlanmış olacaktır. Suçun gerçekleşmesi için, yapılan müdahalelerin neticesinde sendikanın ilgili mevzuatta belirlenmiş olan faaliyetlerini yapmasına fiilen etki edilmiş olmalıdır. Kanunun gerekçesinde de;

“Maddenin ikinci fıkrasında cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bir sendikanın faaliyetlerinin cebir veya tehditle ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmiş olması hâlinde, suç tamamlanmış olur.”

şeklindeki açıklamayla bu duruma işaret edilmiştir.⁵¹ Suçun tamamlanması için sendikanın faaliyetlerinin tamamen ortadan kaldırılmış olması gerekmez. Sendikal faaliyetlerin kısmen engellenmiş olması, ilgili mevzuatın belirlediği hakların ihlal edilmiş olması yeterlidir.⁵² Sendika afişlerinin asılmasının önlenmesi, sendika binasının kullanılmasının önlenmesi için elektriklerin kesilmesi, binaya girişlerin engellenmesi, sendikanın üyelerine yönelik eğitimlerinin ve yeni üye kazanma çalışmalarının engellenmesi gibi hallerde suç gerçekleşmiş olacaktır. Suçun varlığı için sendikanın faaliyetlerinin belirsiz veya çok uzun süreli olarak önlenmiş olması gerekmez. Örneğin işyerindeki sendika afişlerinin zorla indirilmesi halinde suç tamamlanmış olacaktır.

Engellemek şeklindeki davranışlar icrai nitelikte olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir.⁵³ Örneğin binanın elektriklerinin kesilmesi icrai nitelikteyken, sendika binasında yapılması planlanan toplantıların aksatılması amacıyla elektrik idaresinin elektrik arızasını gidermemesi, ilgili kamu kurumlarının sendika aidatlarının sendikaya ödenmesini geciktirmesi şeklinde ihmali davranışla işlenmesi de söz konusu olabilir. Engellemek, herhangi bir davranışla gerçekleştirilebileceğinden, serbest hareketli bir suç söz konusudur.⁵⁴

Bu suç, ani nitelikte bir suç olup engelleme ya da ihlalin gerçekleştiği anda suç da tamamlanmış olacaktır.⁵⁵ Suçun gerçekleşmesi için sendikanın faaliyetlerinin belirli bir süre için engellenmiş olması gerektiğinden 1. fıkradaki suçtan farklı olarak buradaki suç zarar suçudur.⁵⁶ Sendikal faaliyetlerin engellenmesinin zorunlu olarak süreklilik göstermesi gerekmez, ancak birçok durumda engellenmenin belirli bir süre devam etmesi söz konusu olabilir.⁵⁷

Engellenmenin cebir ya da tehditle gerçekleştirildiğinin kabul edilebilmesi için failin davranışlarının TCK m.106 ve 108'e göre değerlendirildiğinde tehdit ya da cebir oluşturmaları gerekir. Ancak engellenmenin hukuka aykırı davranışlarla gerçekleştirilmesinin neyi ifade ettiği konusunda açıklık yoktur.⁵⁸ Bir görüşe göre, hukuka aykırı başka bir davranış ifadesi “hileli davranışlar” olarak anlaşılmalıdır.⁵⁹ Ancak bir davranışın hukuka aykırı olması için mutlaka hileli davranış olması gerekmez. Bu görüş sahipleri, idarenin hukuka aykırı işleminin sonucu olarak sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde bu suçun söz konusu olmayacağını, söz konusu idari işlemi tesis eden ilgili kamu görevlileri açısından görevi kötüye kullanmaktan bahsedileceğini savunmaktadırlar.⁶⁰

Hukuka aykırı başka bir davranış ifadesi, tehdit ve cebir niteliğinde olmayan hukuka aykırı bütün davranışları içerebilir. Bu davranışların mutlaka suç olması gerekmez. Bu nedenle hileli davranışların yanı sıra sendikanın faaliyetlerinin önlenmesi amacıyla kamusal yükümlülüklerin

⁵⁰ BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.290.

⁵¹ Kanunun gerekçesi için bkz. Adalet Bakanlığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tanıtım sayfası için bkz. “<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>.”

⁵² Bkz. BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.296.

⁵³ EVİK, s.213.

⁵⁴ EVİK, s.213.

⁵⁵ FİNCAN, s.60.

⁵⁶ BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.299.

⁵⁷ EVİK, s.212.

⁵⁸ Bkz. EVİK, s.212.

⁵⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.213.

⁶⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.213.

aksatılması, üyelerin istifa etmesini sağlamak için iş ve sendika hukukuna aykırı yararlar vaad edilmesi söz konusu olabilir. Örneğin bir sendikaya yapılacak tebligatın sendikal faaliyeti engellemek amacıyla bilinçli olarak geciktirilmesi ya da sendika toplantılarının hukuki dayanağı olmayan gerekçelerle mülki amir tarafından ertelenmesi hileli davranış olmasa da hukuka aykırı niteliktedir.

Sendika faaliyetlerinin kamu görevlileri tarafından içeriği hukuka aykırı ya da konusu suç teşkil eden emirleri uygulamaları suretiyle engellenmesi de söz konusu olabilir.

Anayasa'nın "Kanunsuz emir" kenar başlıklı 137. maddesine göre;

"Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar edeve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz."

"Kanunun hükmü ve amirin emri" başlıklı TCK m.24/3'e göre;

"Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur."

Bu düzenlemelere göre, içeriği hukuka aykırı emri uygulayan memur sorumlu olmaz ancak emri veren sorumlu olur. İçeriği suç olan emri veren amirin yanı sıra bu emri uygulayan memur da özel hüküm olan TCK m.118/2'ye göre sorumlu olacaktır. Görüldüğü üzere, sendika faaliyetlerinin "hukuka aykırı başka davranışlarla" kamu görevlileri tarafından engellendiğinin iddia edilmesi halinde emrin içeriğinin suç olup olmadığı gibi konuların da belirlenmesi gerekecektir.

D. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bu suç açısından gerçekleştirilecek olan hukuka uygunluk nedenleri, TCK m.24'te düzenlenmiş olan kanunun ve yetkili makamın emrinin uygulanması olabilir.⁶¹ Yukarıda açıklandığı gibi, hükümde geçen "kanun" ifadesinin hukuk kuralları, mahkeme kararları ve düzenleyici işlemleri de içerecek biçimde geniş yorumlanması gerekir. Örneğin, sendika kurulmasına izin verilmeyen bir işkolunda örgütlenmek için işyerine afişler asarak sendikal faaliyet yürütmek isteyen sendikanın afişlerinin indirilmesi emrini veren amir ve bu afişleri indiren memurlar, kanunun emrini uyguladıkları için sorumlu olmazlar. Çünkü ortada, kanunlara uygun olarak kurulmuş bir sendika bulunmamaktadır.

Öte yandan çok sınırlı biçimde de olsa sendikal faaliyetlerin zorunluluk hali nedeniyle engellenmesi söz konusu olabilir. Örneğin, sendika genel kurulunun yapılacağı binanın yıkılma tehlikesi içinde olması nedeniyle girişlerin engellenmesi, salgın hastalık nedeniyle sendika toplantılarının yapılmasına idari kararlar ile izin verilmemesi hallerinde ilgili kişiler zorunluluk halinden yararlanabilirler.⁶²

E. Suçun Manevi Unsuru

Bu suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Failin bilerek ve isteyerek bir sendikanın faaliyetini engellemeye yönelik davranışları, suçun oluşması için yeterlidir.⁶³ Bu fıkradaki suç açısından failin genel kasıtle hareket etmesi yeterlidir, özel kasıt aranmaz. Sınırlı biçimde de olsa suçun olası kasıtle işlenmesi olanaklıdır.⁶⁴

⁶¹ Bkz. ERSOY, s.506-507.

⁶² Türk Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeler nedeniyle zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğa etki eden neden mi olduğu yönünde farklı fikirler bulunmaktadır. "Meşru savunma ve zorunluluk hali" başlıklı TCK m.25/2'ye göre, "Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faille ceza verilmez." CMK m.223/3, b'ye göre ise "Yüklenen suçun ... zorunluluk hali etkisiyle işlenmesi halinde ... ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verilir. TCK ve CMK'da zorunluluk hali konusundaki bu farklı düzenlemeler TCK hazırlanırken etkisinde kalınan Alman Ceza Kanunu'nun zorunluluk hali ile ilgili farklı düzenlemelere gitmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Alman Ceza Kanunu m.34'te "Rechtfertiger Notstand" başlığı altında "hukuka aykırılığı kaldırır" zorunluluk nedenine yer verilmişken, m.35'te "Entschuldiger Notstand" başlığı altında "kusurluluğu ortadan kaldırır" zorunluluk nedeni düzenlenmiştir. Ancak TCK bunlardan hukuka aykırılığı ortadan kaldırır tanımı esas almış olmasına rağmen CMK'da zorunluluk hali, kusurluluğu ortadan kaldırır bir neden olarak kabul edilmiştir. Çalışmada, zorunluluk halini hukuka uygunluk nedenleri arasında değerlendiren görüşler esas alınmıştır. Bkz. VINCIGUERRA, Sergio: il Codice Penale Tedesco, CEDAM, Padova 2003, s.63; ZAFER, s.406 vd.

⁶³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.213.

⁶⁴ Bkz. ÖZEN, s.65.

Sendikal faaliyetin engellenmesi kesintisiz (mütemadi) bir suç değildir. Ancak önemsiz kimi davranışlar, oldukça kısa süreli ve geçici engellemeler halinde suç söz konusu olmaz. Örneğin sendika genel kurulunun yapılacağı sendika binasının giriş kapısının toplantıyı engellemek amacıyla uzun süre kilitlenmesi, binanın elektrik ve suyunun bu amaçla kesilmesi halinde suçun gerçekleştiği kabul edilebilirse de binaya girişlerin engellenmesi için kısa bir süre kapının kilitlenmesi halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir.

F. Kusurluluğa Etki Eden Nedenler

Birinci fıkrada olduğu gibi, bu fıkradaki suç yönünden de kusurluluğa etki eden bir nedenin söz konusu olması oldukça güçtür. Çok sınırlı biçimde de olsa bu suç açısından kusurluluğu kaldıran esaslı hata söz konusu olabilir.⁶⁵ Örneğin, verilen bir idari emrin içeriğini yanlış yorumlayarak sendikanın faaliyetini engelleyen kamu görevlisi hata hükümlerinden yararlanabilmelidir.

Bu suçun mağduru sendika tüzel kişiliği olduğundan, suçun haksız tahrikin etkisiyle işlenmesi söz konusu olamaz. Gerçek kişinin tahrik oluşturan haksız hareketine tepki olarak sendikanın faaliyetinin engellenmesi halinde tepki üçüncü bir kişiye yöneltilmiş olacağından, fail tahrik indiriminden yararlanamaz. Örneğin fail, kendisini döven sendika yöneticisinin bu fiiline tepki olarak sendikanın faaliyetini engellediğinde haksız tahrik indirimi söz konusu olmaz.

G. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

1. Teşebbüs

Bu suç cebir, tehdit ya da hukuka aykırı davranışla sendikanın faaliyetinin engellendiği anda tamamlanmış olur. Kanunda, suçun tamamlanması için sendika faaliyetlerinin engellenmiş olması koşulu aranmaktadır. Sendikanın faaliyetinin engellenmesi zarar suçu niteliğinde olduğundan ve sendikal faaliyetlerin engellenmesinin icra hareketleri parçalara bölünebileceğinden, sınırlı biçimde de olsa bu suça teşebbüs mümkündür.⁶⁶ Örneğin üyeleri tehdit ederek sendika genel kurulunun yapılmasını engellemek amacıyla genel kurulun yapılacağı salonun önünde elindeki sopayla beklerken durumu fark eden kolluk tarafından yakalanana failin davranışının teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

2. İştirak

Birinci fıkrada olduğu gibi bu suç açısından da azmettirmek ya da yardım etmek suretiyle suça iştirak söz konusu olabilir. Sendikanın faaliyetinin engellenmesini sağlamak amacıyla bir kişinin cebredilmesi, kusur yeteneği olmayan kişinin bu suçu işlemesi için araç olarak kullanılması halindeyse arka plandaki kişi, dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.

H. İçtima

Sendikanın faaliyetinin engellenmesinin zincirleme biçimde işlenmesi çok sınırlı biçimde söz konusu olabilir. Tek bir suç işleme kararı kapsamında aynı sendikanın faaliyetlerinin değişik zamanlarda engellenmesi halinde, fail hakkında bir cezaya hükmedilerek cezanın artırılması yoluna gidilmelidir. Tek bir suç işleme kararı kapsamında sendikanın farklı şubelerindeki faaliyetlerin değişik zamanlarda önlenmesi halinde de aynı sonuca varmak gerekir.

2. fıkradaki suç kolektif sendikal hakları ihlal ettiğinden, üyelerin bireysel sendikal hakları da dolaylı olarak ihlal edilmektedir. Bu nedenle sendikanın faaliyetlerini ihlal eden failin aynı zamanda birinci fıkradaki sendikal hakların kullanılmasından da sorumlu olacağı, bu nedenle failin fikri içtima hükümleri uygulanarak en ağır ağır ceza gerektiren 2. fıkra hükmüne göre sorumlu olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁶⁷ Ancak 2. fıkradaki suçtan sorumlu olan fail hakkında fikri içtima hükümlerinin uygulanarak yine bu fıkrada öngörülen ceza nedeniyle sorumlu olduğunu söylemenin pratikte bir değeri yoktur.

IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ VE SUÇ İŞLENİRKEN BAŞVURULAN CEBRİN AĞIRLAŞMIŞ YARALAMAYA NEDEN OLMASI

TCK m.118'de yer alan her iki suç açısından ağırlatıcı ya da hafifletici nedene yer verilmemiştir. Hürriyete karşı suçlar açısından ortak hüküm olan TCK m.119'daki ağırlatıcı nedenlerin uygulanacağı suçlar ise sayma yöntemiyle belirlenmiş olup, bunlar arasında sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu yer almamaktadır. TCK m.119'da sayılanlar suçlar arasında bu suçun olmamasının nedeni olarak, sendikal hakların engellenmesi suçunun TCK metnine ortak hükümle Adalet alt komisyonunda değil de sonradan, Adalet Komisyonu'nda

⁶⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.213.

⁶⁶ Aksi yöndeki görüş için bkz. SOYER, s.107.

⁶⁷ BAYRAKTAR/KİZİRİOĞLU/YILDIZ/ZAFER ve diğerleri, s.304; EVİK, s.215.

eklenmiş olması gösterilmektedir.⁶⁸ Kanunilik ilkesi gereğince TCK m.119’da sayılan nitelikli hallerin TCK m.118’deki suçlar açısından uygulanması yoluna gidilemez. Bu nedenle, TCK m.119’da sayılan suçlar arasına sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun eklenmesi doğru olacaktır.⁶⁹

Hürriyete karşı suçlarla ilgili olarak ağırlatıcı nedenlerin düzenlendiği “Ortak hüküm” kenar başlıklı TCK m.119/2’de gerçek içtima hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, birinci fıkrada sayılan suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu TCK m.119/1’de sayılmamıştır. Buna rağmen, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi amacıyla başvuru cebrin, kasten yaralama sınırlarını aşmaması gerekir. Cebrin, neticesi sebebiyle ağırlanmış yaralamaya neden olması durumunda, failin hem TCK m.118’deki suçtan hem de ağırlanmış yaralamadan dolayı sorumlu olması ve gerçek içtimaya gidilmesi konusunda tereddüt edilmemelidir.⁷⁰

Cebir ya da tehdit doğrudan mağdura yöneltilebileceği gibi onu korkutmak amacıyla üçüncü bir kişiye de yöneltilebilir. Örneğin fail, mağdurun sendikadan istifa etmesini sağlamak amacıyla onu darp edebileceği gibi mağdurun bir yakınını da bu amaçla darp edebilir. Bu durumda fail sendikal hakların kullanılmasının engellenmesinin yanı sıra cebrettiği kişi yönünden de kasten yaralama hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

V. SUÇUN MUHAKEMESİ VE YAPTIRIMI

Her iki suç da re’sen soruşturulan suçlardandır. Bu nedenle suçun mağduru olan gerçek kişinin ya da sendikanın şikâyetçi olup olmamasının suçun takibi açısından herhangi bir önemi yoktur. Bireysel sendika özgürlüğünün korunduğu birinci fıkradaki suçun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis cezası şeklinde belirlenmiştir. İkinci fıkradaki suçun cezası ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası gerektirmektedir. İkinci fıkradaki suçun cezasının daha yüksek olmasının nedeni, kolektif sendika özgürlüğüne saldırının dolaylı olarak üyelerin de menfaatine zarar vermesidir.

Suçun cezasının üst sınırı nedeniyle, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde suç nedeniyle yürütülen soruşturma sonunda şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi, yargılama sonunda sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

Suç, Asliye ceza mahkemesinin görevine girmektedir. CMK m.251/1’e göre birinci fıkradaki suçun cezasının üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirdiğinden, bu suç basit yargılama usulüne tabidir.

Bu suç bakımından yetkili mahkeme, kişinin tehdit edildiği veya cebredildiği yer mahkemesidir. Sendikal faaliyetin engellenmesi halinde ise faaliyetleri engellenen sendika şubesinin olduğu yer mahkemesi yetkilidir. Sendikanın birden çok yerdeki şubelerinin faaliyetlerinin engellenmek istenmesi halinde, davaların birleştirilerek görülmesi gerekir. Sendika genel merkezinin ya da konfederasyonun faaliyetlerinin engellenmesi halindeyse sendika genel merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olmalıdır.

Birinci fıkradaki suç açısından sendikal hakkı engellenen gerçek kişi suçun mağduru sıfatıyla, ilgili sendika tüzel kişiliği ise suçtan zarar gören sıfatıyla davaya katılabilir. Tehdit edilen bir kişinin sendikadan istifa etmesi halinde üye sayısı ve aidatı azalan sendikanın suçtan zarar gördüğü kabul edilmelidir. Bu durumda mağdur olan gerçek kişinin yanı sıra sendika tüzel kişiliğinin de suçtan zarar gören sıfatıyla açılan kamu davasına müdahil olması gerekir. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu;

“Gerçek kişilere karşı işlenebilen ve bireysel sendika özgürlüğünü koruyan TCK’nın 118. maddesinin ilk fıkrasındaki sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu nedeniyle sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi, üyelerini, aidat gelirlerini kaybetmesi veya toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kazanamama ya da kaybetme gibi dolaylı olarak zarar görme ihtimali bulursa da, bu suçla korunan hukuki yararın bireysel sendika hakkı olması, sendika tüzel kişiliğinin suçtan zarar gören olarak kamu davasına katılması için doğrudan bir zarar görmesinin gerekmesi ve mevzuatta sendikaların bu suçlardan açılan kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün bulunmaması karşısında, ilgili sendikanın TCK’nın 118. maddesinin birinci fıkrası

⁶⁸ Bkz. EVİK, s.215.

⁶⁹ Bkz. FİNCAN, s.63; ERSOY, s.490-491.

⁷⁰ Bkz. EVİK, s.216.

kapsamındaki suçlarda, suçtan zarar gören olarak kamu davasına katılma hakkının ve gelinen aşamada gerekçeli kararın ilgili sendikaya tebliğine gerek bulunmadığı kabul edilmelidir.”

şeklindeki yorumuyla bireysel sendikal faaliyet hakkının ihlal edilmesi halinde, mağdurun üyesi olduğu sendikanın davaya katılma hakkı olmadığı yönünde karar vermiştir.⁷¹ Bu kararın isabetli olduğu söylenemez. Sendika üyelerinin sendikal faaliyetleri nedeniyle tehdit edildiği bir olayda ilgili sendikanın bu suç nedeniyle zarar görmediğini söylemek isabetli değildir. Çünkü sendika bu nedenle üyelerini kaybedebilir, yeni üye kaydı yapamayabilir, yöneticilerin faaliyetlerini engellenmesi nedeniyle sendika karar alamayabilir ya da genel kurul faaliyetleri aksayabilir. Üyelerin zorla sendikadan istifa ettirilmesi, sendikanın faaliyetlerini aksatabileceği gibi sendikanın aidat geliri de azalacaktır. Sendika yöneticilerinin sendikal haklarının engellenmesi ise sendika açısından daha ağır sonuçlar doğurabilir. Yargıtay’ın bu kararı, madde metninde kolektif ve bireysel sendikal hakların birlikte korunduğu, sendika tüzel kişiliğinin sendika faaliyeti ile üyelerin sendikal faaliyetine ilişkin olarak bu suçla korunan hukuki yararın birbirini tamamladığı gerçeğine aykırıdır.

İkinci fıkradaki suç açısından faaliyetleri engellenen sendikanın yanı sıra bu amaçla tehdit edilen ya da cebredilen gerçek kişiler de mağdur sıfatıyla davaya katılma hakkına sahiptirler. Her iki suç da re’sen takip edilen suçlardan olduğundan, davaya katılmak hakkı olanların katılıp katılmamalarının ya da katılmadan vazgeçmelerinin muhakemeye etkisi yoktur.

VI. SONUÇ

Sendikalar, 19. yüzyılda işçilerin çalışma hayatında ve iş ilişkilerinde işvane karşı daha güçlü olmak için bünyesinde örgütlendikleri tüzel kişiler olarak ortaya çıkmış olsa da günümüzde işçilerin yanı sıra işverenler de kendi menfaatlerini korumak amacıyla işveren sendikası kurarak sendikaya üye olmak hakkına sahiptirler. Bu doğrultuda 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda sendika (m.1/ğ);

“İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar”

şeklinde tanımlanmıştır.

İşçilerin ve işverenlerin sendika kurmak ve sendikaya üye olmak hakkı, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri’nin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS, m.11) ve Anayasamızda (m.51) güvence altına alınmıştır. Bireylerin sendikaya üye olmaları ve bireysel sendika haklarıyla sendikaların faaliyetlerinin ayrıntıları 6356 sayılı Kanun ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde yer alan sendikal hakların engellenmesiyle ilgili olarak 765 sayılı mülga TCK’da açık bir düzenleme yokken 5237 sayılı TCK’da sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısımda, “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı yedinci bölümde m.118’de düzenlenmiştir. TCK m.118’de birinci fıkrada, kişilerin herhangi bir baskı görmeden sendikal haklarını kullanabilmeleri, ikinci fıkrada ise yasalara göre kurulmuş olan bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmeden devam edebilmesi güvenceye alınmıştır. Böylece aynı madde içinde hem bireysel hem de kolektif sendika özgürlüğünün korunması amaçlanmıştır. Bu düzenleme nedeniyle TCK m.118’de maddi unsurları ve mağdurları birbirinden farklı ancak birbirini tamamlayıcı nitelikte iki ayrı suç söz konusudur.

Birinci fıkrada düzenlenmiş olan sendikal faaliyet hakkının engellenmesi suçunun hukuki konusunu uluslararası sözleşmeler ve anayasada güvence altına alınmış olan sendika kurmak, sendika bünyesinde örgütlenmek ve sendikal faaliyetlere katılmak hakkı oluşturmaktadır. Bu hak kişilerin herhangi bir hukuka aykırı müdahale olmaksızın sendika üyesi olup olmamak, sendikal faaliyette bulunup bulunmamak, sendika yönetiminde görev alıp almamak ve üyesi oldukları sendikadan istifa edebilmek yönündeki haklarını kapsamaktadır. Bu suçun faili herhangi bir gerçek kişidir. Suçun mağduru ise sendika kurmak, sendika üyesi olmak, sendikal faaliyetlere katılmak ya da sendikadan istifa etmek yönünde cebredilen ya da tehdit edilen gerçek kişidir. Birinci fıkradaki suçun gerçekleşmesi için, mağdurun sendikal faaliyet hakkını kullanmasının tehdit ya da cebir oluşturan davranışlarla engellenmesi gerekir. Somut olayda tehdidin ya da cebrin söz konusu olup olmadığı TCK m.106 ve m.108’e göre belirlenmelidir. Kullanılan cebrin, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerine neden olması halinde, fail bu sonuçtan da sorumlu olmalıdır. Bu suç açısından gerçekleşebilecek hukuka uygunluk nedeni, TCK m.24/1’deki kanunun hükmünün

⁷¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 17.9.2019 tarih ve 2019/18-285 E., 2019/554 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

ve yetkili makamın emrinin yerine getirilmesidir. Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Birinci fıkradaki suç açısından, mağdurun görevinden ayrılmaya zorlanması amacıyla cebir veya tehdit kullanılması arandığından, failin özel kasıtlı hareket etmesi gerekir.

İkinci fıkradaysa sendika tüzel kişiliğinin faaliyetlerinin engellenmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun hukuki konusu, sendika tüzel kişiliğinin ilgili mevzutta gösterilen faaliyetlerde bulunmasına ilişkin kamusal yararadır. Kanun metninde açıkça konfederasyon faaliyetlerinden söz edilmiş olmasa da sendikalar, konfederasyon bünyesinde örgütlenebildiklerinden, bu hükümle sendika konfederasyonlarının da sendikal faaliyette bulunma hakkının korunduğu kabul edilmelidir. Bu suçun faili herhangi bir gerçek kişi, suçun mağduru ise sendika tüzel kişiliğidir. Bu suç, tehdit, cebir ya da hukuka aykırı bir başka davranışla işlenebilir. Hukuka aykırı davranışın mutlaka suç olması gerekmez. Hileli davranışların yanı sıra özel hukuk kurallarına aykırı davranışlar, idari makamların hukuka aykırı emirleri ve sendikanın faaliyetlerinin önlenmesi amacıyla kamusal yükümlülüklerin aksatılması, üyelerin istifa etmesini sağlamak için iş ve sendika hukukuna aykırı yararlar vaad edilmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu suç açısından gerçekleştirilecek olan hukuka uygunluk nedenleri, TCK m.24'te düzenlenmiş olan kanunun ve yetkili makamın emrinin uygulanması ve çok sınırlı da olsa zorunluluk hali olabilir. Bu suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Birinci fıkradaki suç açısından mağdurun cebredilmesi veya tehdit edilmesinin amacı sendikal haklarının kullanılmasını engellemek olduğundan, failde bu yönde özel kastın varlığı gerekir. Tehdit veya cebir kullanılmasının amacı mağdurun sendikal haklarının kullanılmasının engellenmesi değilse, fail tehdit veya cebir suçundan sorumlu olacaktır. İkinci fıkradaki suç yönünden ise genel kastın varlığı yeterlidir.

TCK m.118'de yer alan her iki suç açısından ağırlatıcı ya da hafifletici nedenlere yer verilmemiştir. Hürriyete karşı suçlar açısından ortak hüküm olan TCK m.119'daki ağırlatıcı nedenlerin uygulanacağı suçlar arasında da TCK m.118 sayılmamıştır. Uygulamada tereddüt edilmemesi için TCK m.119'da sayılan suçlar arasına sendikal hakların kullanılmasını engellenmesi suçunun eklenmesi gerekir. Çünkü somut olayda bu suçun işlenmesi sırasında TCK m.119'da sayılan nitelikli hallerin gerçekleşmesi olanaklıdır. Hürriyete karşı suçlarla ilgili olarak "Ortak hüküm" kenar başlıklı TCK m.119/2'de gerçek içtima hükmüne yer verilmiştir, ancak sendikal haklarının kullanılmasının engellenmesi suçuna TCK m.119/1'de sayılan suçlar arasında yer verilmemiştir. Buna rağmen uygulamada tereddüt edilmeden, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi amacıyla başvuru yapılan cebir ağırlaştırılmış yaralama sonucunu doğurduğunda, failin hem TCK m.118'deki suçtan hem de ağırlaştırılmış yaralamadan dolayı sorumlu olması ve gerçek içtimaya gidilmesi gerekir.

Her iki suç da Asliye ceza mahkemesinin görevine girmektedir. Birinci fıkradaki suçun cezasının üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirdiğinden, basit yargılama usulüne tabidir. Bu suç bakımından yetkili mahkeme, kişinin tehdit edildiği veya cebredildiği yer mahkemesidir. Sendikal faaliyetin engellenmesi halinde ise faaliyetleri engellenen sendika şubesinin olduğu yer mahkemesi yetkilidir. Sendikanın birden çok yerdeki şubelerinin faaliyetlerinin engellenmek istenmesi halinde, davaların birleştirilerek görülmesi gerekir. Sendika genel merkezinin ya da konfederasyonun faaliyetlerinin engellenmesi halindeyse bunların genel merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olmalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu aksi yönde karar vermiş olsa da birinci fıkradaki suç açısından sendikal hakkı engellenen gerçek kişinin yanı sıra üyesi olduğu sendikanın da suçtan zarar gören sıfatıyla davaya katılma hakkı olduğu kabul edilmelidir. İkinci fıkradaki suç açısından faaliyetleri engellenen sendikanın yanı sıra bu amaçla tehdit edilen ya da cebredilen gerçek kişiler de mağdur sıfatıyla davaya katılma hakkına sahiptirler. Her iki suç da re'sen takip edilen suçlardan olduğundan, davaya katılmak hakkı olanların katılıp katılmamalarının ya da katılmadan vazgeçmelerinin muhakemeye etkisi yoktur.

KAYNAKÇA

- ANTOLISEI, Francesco: Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, (a cura di Luigi Conti), Vol.1, Milano 1986.
- ARGUN, Fazilet Nurel: “Sendikal Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (1), 1995, s.5-23.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- AYDIN, Mesut: “1982 Anayasasında Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlanması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2016, s.61-100.
- AYDIN, Devrim: “Tehdit Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, (42), 2020, s.9-42.
- BAYRAKTAR, Köksal/YILDIZ, Ali Kemal/KESKİN KİZİROĞLU, Serap/ZAFER, Hamide ve diğerleri: Özel Ceza Hukuku, C.3, Onikilevha Yay., İstanbul 2018.
- ERDOĞAN, İrmak: “Ceza Hukukunun Sendikasıyla Mücadelesi: Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2015, s.67-94.
- ERSOY, Uğur: “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.118)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2016, s.471-515.
- EVİK, Ali Hakan: “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (10), 2006, s.203-219.
- FİNCAN, Müslüm: “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (136), 2018, s.39-74.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., Ankara 2011.
- KAYA, Pir Ali/ULAŞ, Işın/YILMAZER, Ertuğrul: “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, (70), 2016, s.55-86.
- MAHİROĞULLARI, Adnan: Dünyada ve Türkiye’de Sendikacılık, Ekin Yay., Bursa 2013.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10.B., Seçkin Yay., Ankara 2016.
- ÖZEN, Mustafa: “Bireysel Sendika Özgürlüğü ve Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (46), 2015, s.47-74.
- SOYER, Sesim: “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, (7), 2006, s.99-108.
- TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2015.
- ÜZÜLMEZ, İlhan: Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- VIARO, Mario: “Violenza e Minaccia”, Novissimo Digesto Italiano, Vol. XX, Milano: 1976, s.967-976.
- VINCIGUERRA, Sergio: il Codice Penale Tedesco, CEDAM, Padova 2003.
- YARSUVAT, Duygun: Çalışma Ceza Hukuku, Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar, Kanunsuz Grev ve Lokavt Suçları, Sermet Matbaası, İstanbul 1978.
- YARSUVAT, Duygun: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 117 ve 118. Maddelerinde Yer Alan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (7), 2007, s.141-143.
- ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., İstanbul 2021.

Web Sayfaları:

- Adalet Bakanlığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tanıtım sitesi, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>. Son erişim: 27.07.2021.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>. Son erişim: 27.07.2021

YAPMA BORCUNUN İFA EDİLMEMESİNE İLİŞKİN TBK m.113/I HÜKMÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULANMA ŞARTLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ON THE LEGAL NATURE AND IMPLEMENTATION CONDITIONS OF ART.
113/I OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS REGARDING NON-PERFORMANCE OF AN
OBLIGATION TO TAKE AN ACTION

S. Hülya İMAMOĞLU*  

Makale Bilgi

Gönderi: 17/11/2021
Kabul : 25/12/2021

Anahtar Kelimeler

İkame Yoluyla İfa,
Yapma Borcu,
İcra Kuralı,
Edim Hükümü,
Alacaklının
Yetkilendirilmesi.

Article Info

Received: 17/11/2021
Accepted: 25/12/2021

Keywords

Performance by
Substitution,
Obligation to Perform an
Act,
Enforcement Rule,
Performance Decree,
Authorization of the
Obligee.

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.1025110> 

Türk Borçlar Kanununun genel kısmında yer alan TBK m.113/I hükmü, yapma borcunun alacaklısına mahkemece yetkili kılınmak suretiyle borçlunun ifa etmediği edimi, masrafı (ve hasarı) borçluya ait olmak üzere borçlunun yerine kendisi veya üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleştirme imkânını verir. İkame yoluyla ifa olarak da ifade edilebilecek bu süreçte yapma borcunun bir çeşit zorla yerine getirilmesi sağlanır. Bu itibarla alacaklının ikame yoluyla ifaya yetkili kılınması, bir çeşit icra tedbiri olarak ortaya çıkar ve ikame yolu, bir icra aracı oluşturur. Bu yönde TBK m.113/I hükmü, usul hukukuna ilişkin bir icra kuralı niteliğindedir. TBK m.113/I hükmünde yer almamakla birlikte, bir icra aracı olarak görülmesi sebebiyle ve aynı zamanda borçlu yönünden ortaya çıkardığı önemli sonuçlar dolayısıyla ikame yoluyla ifaya izin verilebilmesi için borçlunun edim yükümünün mahkemece açıklığa kavuşturulması gerekir. Diğer bir deyişle alacaklının ikame yoluyla ifaya yetkili kılınmasından önce borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmünün alınmış olması gerekir. Türk hukukunda bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasında ikame yolu, ayrıca İİK m.30 hükmünde de düzenlenmiştir. Anılan hüküm karşısında TBK m.113/I hükmünün içeriğine uygun bir uygulama imkânı yaratılmalıdır. Bunun için yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Abstract

Article 113/I provision of the Turkish Code of Obligations (TCO) found in the General Provisions thereof, provides the opportunity to the obligee of an obligation to take certain action, through authorization by the court, of performing the obligation which the obligor did not perform, herself/himself or through a third person, on the basis that the costs (and damages) are on the obligor. In this process, which can also be expressed as performance by substitution, a kind of forced fulfillment of the obligation to take a certain action is ensured. In this respect, the authorization of the obligee to perform by substitution emerges as a kind of enforcement measure and the substitution constitutes an enforcement tool. Art.113/I provision of TCO, in this regard, qualifies as an enforcement rule regarding procedural law. Although it is not included in art. 113/I provision of TCO, the obligor's performance obligation must be clarified by the court in order to allow performance by substitution since it is seen as an enforcement instrument and at the same time due to the important consequences it has for the obligee. In other words, before the obligee is authorized to perform by substitution, a decree that adjudges the obligor to perform must have been obtained. In Turkish law, substitution in the execution of the judgments related to the performance of an act, has also been regulated in art. 30 provision of the Enforcement and Bankruptcy Law. Against the aforementioned provision, an enforcement opportunity appropriate for the content of art. 113/I provision of TCO should be created. Legal regulation is required for this.

 Bu eser [Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atf Şekli | Cite As: İMAMOĞLU S. Hülya, "Yapma Borcunun İfa Edilmemesine İlişkin TBK m.113/I Hükmünün Hukuki Niteliği ve Uygulanma Şartları Üzerine Bir Değerlendirme", İnÜHFD, 12(2), 2021, s.808-823. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees

EXTENDED SUMMARY

In this study, the legal nature and application conditions of the article 113/I of the Turkish Code of Obligations (“TCO”) regarding non-performance of an obligation to take an action have been examined. While making this examination, it was thought that the discussion in Swiss law on this subject would also be beneficial in terms of Turkish law; accordingly, Swiss doctrine and judicial decisions regarding Art. 98 Abs. 1 of the Swiss Code of Obligations, which corresponds to art. 113/I of TCO were also taken into account. With the suggestions made at the end of the study, it is aimed to contribute to the solution of the problems related to the application.

Art. 113/I of TCO stipulates the following: “If the obligation to take certain action is not performed by the obligor, the obligee may, without prejudice to his right to claims for all kinds of damages, request that the performance, by himself or someone else at the expense of the obligor, of the obligation be allowed”.

Whether art. 113/I of TCO is a performance rule regarding substantive law or whether it should be qualified as an enforcement rule regarding procedural law is controversial in the doctrine, and this matter has also been addressed in judicial decisions. The main difference between these views is whether the obligor’s obligation should have been adjudged by a court decision before the obligee is allowed by a judge to perform by substitution.

According to the view called performance theory, art. 113/I of TCO, is a performance rule regarding substantive law. As per this view, based on art. 113/I of TCO, the obligee can directly apply to the judge to allow performance by substitution. Here, there is no need for the obligor’s obligation to be predetermined by a court decision. Authorization of the obligee to perform by substitution is the result of the request for performance.

According to the view called theory of execution, art. 113/I of TCO, is an enforcement rule regarding procedural law. Art. 113/I of TCO, gives the obligee of the obligation to take an action, the opportunity, by being authorized by the court, to perform himself or through a third party, the obligation not performed by the obligor, at the expense of the obligor. Here, a kind of forced fulfillment of the obligation to take action is provided. For the proponents of the theory of execution, the authorization of the obligee by the judge to perform by substitution arises from the demand for performance.

According to the proponents of the execution theory, it is not appropriate to perform by way of substitution without obtaining a court decision by filing a performance lawsuit, adjudging the obligor to perform; because the authority given by the judge for performance by substitution provides the obligee with the opportunity to perform the obligation at the expense (and damage) of the obligor. In order for an authority with such important consequences for the obligor to be granted, the obligor’s performance obligation must be adjudged by a court decision. In addition, art. 113/I of TCO, has made the obligee’s application for performance by substitution dependent neither on the demand from the obligor nor on the default thereof. For this reason, it must be accepted that the Code stipulates that a court decision adjudging the obligor to perform must be obtained. In its decision dated 31 March 2016, the Swiss Federal Court ruled in favor of the execution theory.

According to the Court of Cassation, performance by substitution is of a specific performance nature, however, in order to allow performance by substitution, the obligor must have been in default of its obligation to perform.

We agree with the view that art. 113/I of TCO is a rule regarding enforcement law.

Pursuant to art. 113/I of TCO, there must be an obligation to take an action in order to be able to perform by substitution. In this regard, art. 113/I of TCO, can, without a question, be applied to the obligations of action. Such obligation of action must be performable by someone other than the obligor. On the other hand, in order for art. 113/I of TCO to be applicable, the obligation must not have been performed by the obligor, although it is due and possible to be performed. Here, the fault of the obligor is not sought, because in performance by substitution, the specific performance of the obligee’s demand for performance is provided.

According to art. 113/I of TCO, in order for the obligee to perform by substitution, he must be given permission by the competent authority to this effect. With this permission, the obligee obtains the authority to perform the owed performance himself or through a third party, at the obligor’s cost (and damage). Due to the it being seen as a means of execution and at the same time due to the important consequences it has for the obligor, in order for performance by substitution to be allowed, a decision that adjudges the obligor to perform must have been obtained.

In Turkish law, pursuant to art. 113/I of TCO, the decision to allow performance by substitution should, in principle, be made by the judge. However, in Turkish law, art. 30 of the Enforcement and Bankruptcy Law should also be taken into account on this matter. In the aforementioned article, the execution of the judgments related to the execution of a certain act is regulated, and it is foreseen that the act of doing, which is the subject of the judgment, should be carried out by specific performance. If the obligor does not fulfill the requirements of the execution order, and if it is possible for the work that is the subject of the order to be fulfilled by someone other than the obligor, the bailiff, upon the request of the obligee, may have someone else do the work for the obligor’s account.

In practice, the Court of Cassation, stating that art. 30 of the Enforcement and Bankruptcy Law explicitly stipulates how the judgments regarding the execution of a work will be fulfilled, does not find it appropriate for the obligee to be authorized by the court to perform at the obligor’s expense in case the obligation to perform is not fulfilled by the obligor within the specified time.

In our opinion, if the obligee has already obtained a performance judgment that adjudges the obligee to perform, art. 30 of the Enforcement and Bankruptcy Law should be applied in this regard. The obligee, on the other hand, can combine its request to allow performance by substitution in accordance with art. 113/I of TCO with a performance lawsuit. In this case, it should be possible for the court that hears the performance case to give permission to perform by substitution. Here, an arrangement should be made in the Enforcement and Bankruptcy Law in a way to eliminate the hesitations in implementation regarding the execution of such a decision. In this way, an opportunity for application in accordance with the content of art. 113/I of TCO would be created.

On the other hand, it would be beneficial to provide a clear legal regulation on the requirement that the obligor’s performance must be adjudged by a court decision before the judge gives permission to the obligee in order to perform by substitution.

I. GİRİŞ

Bu çalışmada yapma borcunun ifa edilmemesine ilişkin TBK m.113/I hükmünün hukuki niteliği ve uygulanma şartları incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken bu konuda İsviçre hukukundaki tartışmanın Türk hukuku açısından da yararlı olacağı düşünülmüş; bu yönde TBK m.113/I hükmünün karşılığını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun Art. 98 Abs. 1 hükmüyle ilgili İsviçre öğretisi ve yargı kararları da dikkate alınmıştır. Aşağıda önce TBK m.113/I hükmünün düzenleme konusu ele alınacak, daha sonra hukuki niteliği değerlendirilerek uygulanma şartları üzerinde durulacaktır. TBK m.113/I hükmünün hukuki sonuçları, bu çalışmanın dışında tutulmuştur.

II. TBK m.113/I HÜKMÜNÜN DÜZENLEME KONUSU

TBK m.113/I hükmü, Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında, borç ilişkisinin hükümleri hakkındaki ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Anılan bölümün borçların ifa edilmemesine ilişkin ikinci ayırımında yer alan TBK m.113/I hükmü, şu düzenlemeyi öngörmektedir: “Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır”¹.

TBK m.113/I hükmüne göre borçlunun ifa etmediği yapma borcu, alacaklı veya üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilir². Diğer bir deyişle alacaklı, ikame yoluna başvurarak yapma borcunun ifasını borçlunun yerine kendisi veya üçüncü kişi aracılığıyla sağlayabilir³. Öğretide ikame yoluyla ifa olarak da adlandırılan bu süreç⁴, alacaklının ifa talebinin, böylelikle yapma borcunun yerine getirilmesine hizmet eder⁵. İkame yoluyla ifa, bazen ifa ikamesi veya ifa surrogatı olarak da tanımlanır⁶.

Alacaklının ikame yoluna başvurarak yapma borcunun kendisi veya üçüncü kişi tarafından ifa edilmesini sağlayabilmesi için bu konuda hâkim tarafından izin verilmesi, diğer bir deyişle yetkili kılınması gerekir⁷. Gerekli izni alan alacaklı, borçlu tarafından ifa edilmeyen yapma borcunu kendisi veya üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleştirebilir. İkame yoluyla ifanın gerektirdiği masraf, borçlu tarafından karşılanır. TBK m.113/I hükmünde yer almamış olmasına rağmen ikame yoluyla

¹ Bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanununda öngörülen düzenleme şöyle idi: “Bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir. Her türlü zarar ve ziyan davası hakkı mahfuzdur” (m.97/I). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu tasarısında bu fıkraya ilişkin gerekçede fıkra metninde düzeltme yapıldığı ifade edilmiştir. Buna göre fıkra kullanılan “borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir” şeklindeki ibarenin, öğretisi ve uygulamada benimsenen görüşe uygun olarak, tasarıda “edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir” şeklinde düzeltilmiş belirtilmiştir. Bu konuda bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2008, s.267.

² SCHMID, Jörg: “Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht”, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, s.606-607; WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2020, Art. 98 N. 1.

³ SCHMID, s.606.

⁴ Krş. SCHMID, s.606. Yargıtay, bu süreci nama ifa olarak adlandırmaktadır. Bu yönde bkz. Y. 23. HD, E. 2013/90, K. 2013/2267, K. T. 09.04.2013; Y. 23. HD, E. 2016/6308, K. 2017/967, K. T. 28.03.2017; Y. 15. HD, E. 2018/1420, K. 2018/3860, K. T. 16.10.2018 (Kazancı, erişim tarihi 20.10.2021). Öğretide “nama ifa” olarak kullanılması yönünde AYDINCIK, Şirin: Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m.113/I Kapsamında Nama İfa, Vedat Yayınları, İstanbul 2013, s.75- 76; “ikame icra” olarak kullanılması yönünde SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), C. 3, İfa -İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 2016, § 17 N. 6; “ikame işlem” olarak kullanılması yönünde ŞENOCAK, Zariye: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Yayınları, Ankara 2002, s.192. Konu hakkında ayrıca bkz. AYDINCIK, s.73 vd.

⁵ SCHMID, s.607; GAUCH, Peter: “Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung – Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts, recht, (1), 1987, s.26.

⁶ SCHMID, s.607; SCHMID, Jörg: “Ersatzvornahme: Voraussetzungen, Vorschuss, Durchführung (2017), Schweizerische Baurechtstagung (BRT) 2017, Freiburg 2017, s.119.

⁷ SCHMID, 2017, s.120; WIEGAND, Art. 98 N. 6; WEBER, Rolf H./EMMENEGGER, Susan: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97- 109 OR, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020, Art. 98 N. 75.

ifa, aynı zamanda borçlunun zararına gerçekleşir⁸. Buna göre borçlu, ikame yoluyla ifanın masrafını, ifa sonucu gerçekleşmezse dahi karşılamak zorundadır^{9 10}.

Yapma borcunun ifa edilmemesi halinde ikame yoluyla yerine getirilmesini öngören bir hüküm olarak TBK m.113/I, prensipte sözleşme ilişkilerinde uygulanır¹¹. Ancak özel bir düzenleme söz konusu olmadığı takdirde Medeni Kanun çerçevesinde ve diğer hukuk alanlarında uygulanması da mümkündür¹².

III. TBK m.113/I HÜKMÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

TBK m.113/I hükmünün maddi hukuka ilişkin bir ifa kuralı mı olduğu, yoksa usul hukukuna ilişkin bir icra kuralı olarak mı nitelendirilmesi gerektiği öğretide tartışmalı olup, mesele yargı kararlarında da ele alınmıştır. Bu görüşlerin arasındaki temel fark, ikame yoluyla ifaya gidebilmek için hâkim tarafından alacaklıya izin verilmesinden önce borçlunun ediminin bir mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olmasının gerekip gerekmediği yönündedir¹³. Aşağıda bu görüşler üzerinde durulacaktır. Ancak sözü edilen tartışmanın dışında TBK m.113/I, düzenleyici bir hüküm olup, taraflar genel ilkeler¹⁴ çerçevesinde ikame yoluyla ifaya gidilemeyeceğini kararlaştırabilirler¹⁵. Ayrıca tarafların, hâkimin izni olmaksızın ikame yoluyla ifaya gidilebileceğini kararlaştırmaları da mümkündür¹⁶.

B. TBK m.113/I Hükümünün Maddi Hukuka İlişkin Bir İfa Kuralı Olduğu Görüşü

Öğretide savunulan bir görüşe göre TBK m.113/I hükmü, maddi hukuka ilişkin bir ifa kuralıdır¹⁷. İfa teorisi olarak da adlandırılan bu görüş uyarınca alacaklı, yapma borcunun ifa edilmemesi halinde doğrudan TBK m.113/I hükmüne dayanarak ikame yoluyla ifaya izin verilmesi için hâkime başvurabilir. Burada borçlunun ediminin önceden bir mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olmasına gerek yoktur. Alacaklının ikame yoluyla ifaya yetkili kılınması, ifa talebinin sonucudur.

İfa teorisi bağlamında Luzern Yüksek Mahkemesinin 1985 tarihli bir kararına işaret etmek gerekir¹⁸. Öğretide ilgi ve eleştiri konusu olan bu kararda Yüksek Mahkeme, TBK m.113/I hükmünün içeriğinin ve uygulama alanının ancak Kanunun sistematiğinden çıkarılabileceği sonucuna varmıştır. Kanunun sistematiği açısından TBK m.113/I hükmü, TBK m.112 hükmüne¹⁹ göre özel normdur. Şöyle ki TBK m.112/ Art. 97 Abs. 1 OR, borcun ifası hiç veya gereği gibi gerçekleştirilemediği²⁰ takdirde borçlunun tazmin yükümünün genel olarak hükme bağlamıştır. Bu

⁸ SCHMID, s.626; WIEGAND, Art. 98 N. 7; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 95; GAUCH, s.26, dn.14; BECKER, H.: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1- 183, Stämpfli Verlag, Bern 1941, Art. 98 N. 3; VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Schulthess Verlag, Zürich 1974, s.91.

⁹ Ancak böyle bir halde alacaklının ifa sonucunun başarısızlığından sorumlu olmaması şarttır (SCHMID, 2017, s.125). Diğer taraftan üçüncü kişinin ağır kusurlu olduğu haller de saklı tutulmalıdır, diğer bir deyişle sözü edilen haller için borçlu sorumlu olmak zorunda değildir; zira her şeyden önce bu suretle borçlunun sözleşme ihlali ve alacaklının malvarlığı kayıpları arasındaki uygun illiyet bağı kesilmiştir (SCHMID, 2017, s.126).

¹⁰ TBK m.113/I hükmünde alacaklının borçludan tazminat isteme hakkı saklı tutulmuştur. Buna göre alacaklı, borçlunun kusurlu olması halinde ifa etmeden doğan ve ikame yoluyla ifaya rağmen giderilmeyen zararının tazminini genel hükümler çerçevesinde (TBK m.112, 118, 125/I) isteyebilir. Buradaki zarar, ikame yoluyla ifa gerçekleştirilinceye kadar meydana gelen malvarlığı kayıplarından ve/veya borçlanılan edimle ikame yoluyla ifa suretiyle yerine getirilen edim arasındaki muhtemel değer farkından oluşur (VON TUHR/ESCHER, s.92; BECKER, Art. 98 N. 9; SCHMID, s.625-626; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, N. 3246).

¹¹ Türk Borçlar Kanununun özel borç ilişkileri kısmında yer alan bazı sözleşmeler yönünden ikame yoluyla ifa imkânı ayrıca düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. TBK m.306/I, m.473/II, m.500/II. Anılan hükümler uyarınca ikame yoluyla ifaya gidebilmek için hâkimin iznine gerek yoktur.

¹² WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 9. Bu konuda bkz. BGE 130 III 302 = Pra 93 (2004) Nr. 130.

¹³ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 51.

¹⁴ TBK m.27, 28; TMK m.2, 23.

¹⁵ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 12; WIEGAND, Art. 98 N. 12.

¹⁶ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 12; SCHMID, 2017, s.127.

¹⁷ BECKER, Art. 98 N. 3; FELLMANN, Walter: “Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR- “Vollstreckungstheorie” oder “Erfüllungstheorie”, recht, (4), 1993, s.116.

¹⁸ SJZ 1987, s.201 vd.; ZBJV 1986, s.136 vd.

¹⁹ TBK m.112 hükmüne göre “borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” TBK m.112 hükmünün karşılığını oluşturan düzenleme, İsviçre Borçlar Kanununun Art. 97 Abs. 1 OR hükmünde yer almaktadır.

²⁰ Art. 97 Abs. 1 OR hükmünün Almanca metninde “borcun ifası hiç veya gereği gibi gerçekleştirilemezse” ifadesi yer alırken, TBK m.112 hükmünde “borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse” ifadesine yer verilmiştir. Ancak TBK m.112

borcun bir yapma borcundan oluşması halinde ise TBK m.113/I hükmü, özel norm olarak alacaklıya, borçlunun edimini ikame yoluyla aynen gerçekleştirme hakkını vermektedir. Burada alacaklının ikame yoluyla ifa talebi, sadece TBK m.112 hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde mevcuttur. Şu halde TBK m.113/I hükmü, sadece edimin hiç veya gereği gibi ifa edilememesi halinde uygulanabilir. Buna göre borçlunun sorumlu olduğu bir imkânsızlık hali söz konusu olmalıdır. Buradaki imkânsızlık hali, sübjektif ifa imkânsızlığıdır. Zira edimin objektif olarak imkânsızlaşması halinde ikame yoluyla alacaklı veya üçüncü kişi tarafından ifası da söz konusu olmaz. Edimin sübjektif olarak imkânsızlaşması halinde ise sadece borçlu ifa edemeyip bir üçüncü kişi ifa edebildiğinden, burada alacaklı tarafından ikame yoluna başvurulduğu takdirde hâkim tarafından alacaklıya tanınan ikame yoluyla ifa yetkisi, TBK m.112 hükmünde öngörülen borçlunun tazmin yükümünü içerir²¹. Yüksek Mahkemeye göre TBK 113/I hükmü, maddi özel hukuk düzeninin sonucudur ve alacaklıya, borçlunun ifa edemediği edimi gerçekleştirme yetkisini verir. Bu bakımdan TBK 113/I hükmünde ifa hukukuyla ilgili bir müdahale söz konusu olup, davanın esası hakkında karar verecek olan hâkim, alacaklıyı ikame yoluyla ifaya yetkili kılar. Ayrıca Yüksek Mahkemeye göre borçlunun ifa edebilecek durumda olmasına rağmen edimi gerçekleştirmemesi halinde TBK m.113/I uygulanmaz; bu halde alacaklı, diğer şartlar da mevcut bulunduğu takdirde borçlunun temerrüdü hakkındaki hükümlere göre hareket eder²².

Luzern Yüksek Mahkemesinin kararı, bazı açılardan öğretilde itirazla karşılanmıştır. TBK m.113/I hükmünün usul hukukuna ilişkin bir icra kuralı olduğu görüşünü savunan Gauch'a göre salt sistematik değerlendirildiğinde ve ilk bakışta TBK m.113/I hükmünün TBK m.112 hükmüyle, onu tamamlayan özel norm olarak bağlantı içinde bulunduğu fikrine varılsa da gerçekte durum bu değildir²³. Anlam ve amacından hareket edilmek suretiyle doğru anlaşıldığı takdirde TBK m.113/I hükmü, TBK m.112 hükmünden bağımsızdır. TBK m.113/I hükmünde öngörülen ikame yoluyla ifa hakkı, yapma borcunun alacaklısına, borcun ifa edilmemesi halinde, borçlanılan edimi masrafı borçluya ait olmak üzere kendisi veya üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleştirmek suretiyle, kendi muaccel talebini yerine getirmek imkânını verir. Şu halde alacaklının hâkim tarafından yetkili kılınmasını gerektiren bu hak, yapma yükümlerinde ifa talebinin aynen yerine getirilmesine hizmet eder²⁴. Buna karşılık TBK m.112 hükmü ise başlangıçtaki edim yükümünü, tali bir tazminat yükümü ile ikame eder; diğer bir deyişle burada öngörülen şartlar çerçevesinde ifanın gerçekleşmemesi halinde asli edim yükümünün yerini tali nitelikteki tazminat yükümü alır. Diğer taraftan ikame yoluyla ifa hakkı, alacaklının muaccel ifa talebinin aynen yerine getirilmesine hizmet ettiğinden, Yüksek Mahkemenin görüşünün aksine, edimin sübjektif imkânsızlığını gerektirmez, keza borçlunun kusuru da aranmaz²⁵. Burada edimin sübjektif imkânsızlığı ile ikame yoluyla ifa arasındaki ilişkinin tam olarak ortaya konulması gerekir. Öğretildeki baskın görüş yönünde borçlanılan edimin sonradan imkânsız hale gelmesinde sübjektif imkânsızlık, objektif imkânsızlıkla bir tutulursa, borçlunun asli edim (yapma) borcu sona erer^{26 27}. Borçlu kusurlu ise sona eren asli edim (yapma) borcunun yerini tazminat borcu alır²⁸. Ancak asli edim (yapma) borcunun sona ermesiyle birlikte alacaklının ifa talebi de son bulur. Dolayısıyla burada ikame yoluyla ifaya başvurulamaz. Şu halde baskın imkânsızlık görüşü takip edilirse, sübjektif imkânsızlık halinde ikame yoluyla ifaya yer yoktur²⁹. Ayrıca somut halde alacaklının, borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurma imkânı, ikame yoluyla ifaya engel değildir³⁰.

hükmü çerçevesinde düzenlenen husus, kaynak İsviçre Borçlar Kanununda olduğu gibi kusurlu ifa imkânsızlığı ve gereği gibi ifa etmemedir (kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlali). Konu hakkında bkz. EREN, N. 3223 vd.; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./EMMENEGGER, Susan: OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020, N. 2483 vd.

²¹ SJZ 1987, s.202.

²² SJZ 1987, s.203.

²³ GAUCH, s.25.

²⁴ GAUCH, s.26.

²⁵ GAUCH, s.26.

²⁶ TBK m.112/ Art. 97 Abs. 1 OR ve TBK m.136/I (krş. Art. 119 Abs. 1). Öğretilde baskın imkânsızlık görüşüne ilişkin olarak bkz. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2573.

²⁷ Öğretilde yeni görüş, sübjektif imkânsızlığı borcu sona erdiren bir imkânsızlık hali olarak kabul etmemektedir. Bu görüşe göre sübjektif imkânsızlığa rağmen borçlunun asli edim (yapma) borcu devam eder; dolayısıyla alacaklının ifa talebi de devam eder. Bu hususta bkz. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2575.

²⁸ TBK m.112/ Art. 97 Abs. 1 OR.

²⁹ Buna karşılık yeni görüş çerçevesinde sübjektif imkânsızlık halinde ikame yoluyla ifa mümkündür.

³⁰ GAUCH, s.26.

TBK m.113/I hükmünün maddi hukuka ilişkin bir ifa kuralı olduğunu savunan Fellmann'a göre de TBK m.113/I hükmünün içeriği ve uygulama alanı, Luzern Yüksek Mahkemesinin görüşünün aksine, Kanunun sisteminden çıkarılamaz. TBK m.113/I hükmünün yorumlanmasında öncelikle bu hükmün doğuş tarihçesi göz önünde bulundurulmalıdır³¹. Bu yönde TBK m.113/I hükmü, özellikle TBK m.112 hükmüne göre özel norm değildir; bilakis bu iki hüküm, başlangıçta ayrı yerlerde düzenlenmiştir. TBK m.113/I hükmü, tarihi gelişim sürecinde 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununa ilişkin ilk tasarılarıdaki yeri dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Nitekim halihazırdaki TBK m.113/I (Art. 98 Abs. 1 OR) hükmüne (kısmen) karşılık gelen Art. 111 aOR hükmüyle ilgili ilk tasarı hükmü, "borçların ifası" bölümünde yer almıştır³². Art. 111 aOR hükmü incelendiğinde, burada yapma borcunun ifa edilmemesi halinde – ifa etmeme borçluya yüklendiği takdirde- tazminat borcuna dönüşeceği öngörülmüştür. Bununla birlikte anılan hükümde alacaklının, borçlanılan edimi masrafı borçluya ait olmak üzere ifa ettirmeye yetkili kılınması suretiyle bir ifa imkânı da getirilmiştir. Alacaklıya tanınan bu imkân, maddi hukuka ilişkin bir talep olarak sayılmıştır. Fellmann'a göre 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu, Art. 111 hükmüyle getirdiği düzenlemeyle esasen ifa teorisi zemininde durmaktadır. Keza 1911 tarihli revizyonda, Art. 111 aOR'de yer alan "yapma borcunun ifa edilmemesi halinde tazminat borcuna dönüşeceği" hükmünü bertaraf eden kanun koyucu da bu yönde alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere borçlanılan edimi ifa etmeye yetkili kılınmasını isteme hakkını, kesin biçimde bağımsız bir hukuki talep haline getirmiştir.

Fellmann'a göre TBK m.113/I hükmünün objektif güncel yorumu da bu yönde olmalıdır³³. Buna göre anılan hüküm, maddi hukuka ilişkindir ve ikame yoluyla ifa hakkı, bağımsız bir maddi hukuki talep niteliğindedir. Alacaklı, ikame yoluyla ifaya gitmek istediği takdirde doğrudan hâkime başvurarak bu hususta yetkili kılınmasını isteyebilir. Alacaklının borçlanılan edimi masrafı borçluya ait olmak üzere ikame yoluyla ifaya yetkili kılınması için önceden borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmünün alınması gerekli değildir; ancak bu hususta karar verecek hâkimin borçlunun edim yükümünün bulunduğu kanaat getirmesi şarttır³⁴. Alacaklı, edim muaccel olduğunda borçluya herhangi bir süre vermeye gerek bulunmaksızın³⁵ aynen ifa talebini derhal ikame yoluyla ifa suretiyle gerçekleştirmek için yetkili kılınmak üzere hâkime başvurabilir. Ancak Fellmann'a göre ifa zamanı, sözleşme ile belirlenmemişse veya hukuki ilişkinin niteliğinden belirlenemiyorsa³⁶ ikame yoluyla ifaya yetkili kılınmak için hâkime başvurmadan önce borçlu ifaya davet edilmelidir³⁷.

İfa teorisi bağlamında Koller'in yaklaşımı üzerinde de durmak gerekir. Koller'e göre de TBK m.113/I hükmü, maddi hukuka ilişkin bir kuraldır³⁸. Burada her şeyden önce anılan hükmün anlam ve amacı (ratio legis), ifa teorisine işaret etmektedir³⁹. Koller'e göre kanun koyucu, TBK m.113/I hükmünü öngörürken açıkça şu düşünceden hareket etmiştir; bir işgörme borçlusunun bir edim hükmüyle ve gerekirse icra tedbirleriyle ifaya sevk edildiği hallerde problemsiz ve nitelikli bir ifanın garantisi yoktur, bu yüzden alacaklı edimi başka şekilde sağlama imkânına sahip olmalıdır. Diğer taraftan TBK m.113/I (Art. 98 Abs. 1 OR) hükmünün öncelini oluşturan Art. 111 aOR hükmü uyarınca ikame yoluyla ifa hakkı, icra hakkı değildi; zira bu hükme göre işgörme (yapma) edimlerinin ifası dava edilemiyordu. Gerçi 1911 revizyonu ile işgörme (yapma) borçlarının da dava edilebilmesi imkânı getirilmiştir, ancak ikame yoluyla ifa hakkının niteliği değiştirilmek istenmemiştir⁴⁰.

³¹ FELLMANN, s.109.

³² FELLMANN, s.114. TBK m.113/I (Art. 98 Abs. 1 OR) hükmüne (kısmen) karşılık gelen Art. 111 aOR hükmü, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun "ifa etmemenin sonuçları" ayırımında yer almıştır.

³³ FELLMANN, s.115-116.

³⁴ FELLMANN, s.116.

³⁵ TBK m.123 (Art. 107 Abs. 1 OR).

³⁶ TBK m.90; krş. Art. 75 OR.

³⁷ FELLMANN, s.116-117.

³⁸ KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017, N. 44.27.

³⁹ KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (2009), 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2009, § 44 N. 20.

⁴⁰ KOLLER'e göre Art. 98 Abs. 1 OR (TBK m.113/I) hükmünün, Kanunun özel borç ilişkileri kısmında yer alan Art. 259b lit. b (krş. TBK m.306/I) ve Art. 366 Abs. 2 (krş. TBK m.473/II) hükümleriyle olan sistematik bağlantısı da ifa teorisine işaret etmektedir (N. 44.26).

Koller'e göre TBK 113/I hükmünün uygulanabilmesi için borçlunun aynen ifa yükümünün alacaklı tarafından geçerli olarak bertaraf edilmesi gerekir. Bu yönde alacaklı, özellikle TBK m.125/II (Art. 107 Abs. 2 OR) uyarınca borcun ifasından vazgeçmiş olmalıdır. Edim yükümünün sona ermesiyle birlikte borcun ifa edilebilirliği de ortadan kalkar. Ancak bu halde üçüncü kişi tarafından ikame yoluyla ifaya yer kalır⁴¹.

C. TBK m.113/I Hükmünün Usul Hukukuna İlişkin Bir İcra Kuralı Olduğu Görüşü

Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre TBK m.113/I hükmü, usul hukukuna ilişkin bir icra kuralıdır⁴². Bu görüş, icra teorisi olarak da adlandırılır. Öncelikle ikame yoluyla ifayı düzenleyen TBK m.113/I hükmü, yapma borcunun borçlusunu ifaya zorlamaya yönelik bir içeriğe sahiptir⁴³. Nitekim bu yönde TBK m.113/I hükmü, ifa davasını alacağın tabii sonucu (eki) olarak kabul eder⁴⁴. Şöyle ki ifası mümkün bir borcun muaccel olmasına rağmen borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde, alacaklı usulüne göre bir ifa davası açabilir⁴⁵; alacaklı bu suretle borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmünün verilmesini isteme hakkına sahiptir⁴⁶. Dava sonucunda edim hükmünün alınması, borcun ifasının sağlanmış olduğu anlamına gelmez; borçlunun edim hükmüne uyması gerekir⁴⁷. Eğer borçlu, kendi isteği ile edim hükmünün gereğini yapmaz, ifada bulunmazsa, bu halde zorla (cebri) icraya ihtiyaç duyulur⁴⁸. İşte bu noktada TBK m.113/I hükmü, yapma borcunun alacaklısına mahkemece yetkili kılınmak suretiyle masrafi borçluya ait olmak üzere borçlanılan edimi kendisi veya üçüncü kişi aracılığıyla yerine getirme imkânını verir⁴⁹. Diğer bir deyişle burada yapma borcunun bir çeşit zorla yerine getirilmesi sağlanır⁵⁰. İcra teorisi yanlıları için de alacaklının hâkim tarafından ikame yoluyla ifaya yetkili kılınması, ifa talebinden kaynaklanır. İkame yoluyla ifa hakkı da alacağın bir sonucudur ve alacaklının alacağını dava hakkına eklenir⁵¹. İkame yolu, borcun yerine getirilmesinde bir zorla (cebri) icra aracı olarak ortaya çıkar⁵².

İcra teorisi yanlılarına göre ifa davası açılmak suretiyle borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmü alınmadan ikame yoluyla ifaya gidilmesi yerinde değildir⁵³. Zira ikame yoluyla ifa için hâkim tarafından verilen yetki, alacaklıya, borçlanılan edimi masrafi (ve hasarı) borçluya ait olmak üzere yerine getirme imkânını sunar. Şu halde borçlu bakımından bu kadar önemli sonuçlar doğuran yetkinin verilebilmesi için borçlunun edim yükümünün bir mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olması şartının aranması doğaldır⁵⁴. Diğer taraftan bu suretle borçluya yükümlülüğünü bizzat ifa etme fırsatı da verilmiş olur⁵⁵. Ayrıca TBK m.113/I hükmü, alacaklının ikame yoluyla ifaya başvurmasını ne borçludan talepte bulunulmasına ne de borçlunun temerrüdüne bağlı tutmuştur. Bu sebeple de Kanunun borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmünün alınmış olmasını şart kıldığını kabul etmek gerekir⁵⁶.

⁴¹ KOLLER, N. 44.34. KOLLER'in bu yaklaşımı, "surrogat teorisi" olarak da adlandırılmıştır. Bu konuda bkz. KOLLER, Alfred: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363- 366 OR, Stämpfli Verlag, Bern 1998, Art. 366 N. 89, N. 90; NIKLAUS, Jürg: Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Paul Haupt Verlag, Bern 1999, N. 1.67.

⁴² Bu görüşün İsviçre öğretisinde çoğunlukla savunulan görüş olduğu yönünde WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 47. Diğer taraftan Art. 98 Abs. 1 OR (TBK m.113/I) hükmünün, İsviçre'de (Federal) Hukuk Muhakemeleri Kanununun 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce federal düzeyde genel geçerliğe sahip tek asgari icra kuralını içerdiği ifade edilmektedir (WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 7; ayrıca bkz. SEROZAN, § 17 N. 6).

⁴³ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 4.

⁴⁴ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 4.

⁴⁵ EREN, N. 3229; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2493.

⁴⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2493.

⁴⁷ Krş. SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016, N. 61.03.

⁴⁸ EREN, N. 3232; SCHWENZER, N. 61.03; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2495.

⁴⁹ Krş. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2505.

⁵⁰ Krş. SCHMID, 2017, s.128.

⁵¹ GAUCH, s.26.

⁵² VON TUHR/ESCHER, s.90; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 7.

⁵³ VON TUHR/ESCHER, s.90; GAUCH, s.28.

⁵⁴ GAUCH, s.28.

⁵⁵ VON TUHR/ESCHER, s.90.

⁵⁶ VON TUHR/ESCHER, s.90-91. Alacaklı, önce borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurmadan doğrudan ifa davası açabilir. Ancak daha önce borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurulmuş olması halinde borçluya TBK m.123 (Art. 107 Abs. 1 OR) uyarınca verilen ek sürenin borç ifa edilmeden geçirilmesinden sonra da ifa davası açılabilir (TBK m.125/I; Art. 107 Abs. 2 OR) (GAUCH, s.27-28).

İsviçre Federal Mahkemesi, 31 Mart 2016 tarihli kararında icra teorisi lehine karar vermiştir⁵⁷. Federal Mahkeme, TBK m.113/I hükmünü, TBK m.473/II (Art. 366 Abs. 2 OR) hükmüyle⁵⁸ karşılaştırmıştır. Federal Mahkeme, TBK m.473/II hükmünde ikame yoluyla ifaya gidebilmek için aranan süre ve ihtar şartlarının TBK m.113/I hükmünde öngörülmediğini, böyle şartların anılmamasından dolayı icra teorisi yanlılarının da işaret ettiği gibi TBK m.113/I hükmünden doğrudan ikame yoluyla ifaya yetkili kılınmaya yönelik bir ifa talebinin türetilemeyeceğini ifade etmiştir⁵⁹.

İcra teorisini savunan bazı yazarlara göre TBK m.113/I hükmü, usul hukukuna ilişkin bir hüküm olmakla birlikte ikame yoluyla ifaya başvuran alacaklının masraflarının karşılanması talebini içerir ve bu bakımdan maddi hukuka ilişkin bir içerik taşır⁶⁰.

D. Türk Hukukundaki Yaklaşım

TBK m.113/I hükmünün hukuki niteliği, Türk hukukunda da tartışmalıdır. Eren'e göre TBK m.113/I hükmünde yapma borcunun icrası öngörülmüştür⁶¹. Anılan hükmün uygulanması için borçlunun kusurlu olması şart değildir; zira burada tazminat değil, aynen ifa söz konusudur⁶². Serozan'a göre de TBK m.113/I hükmünde yapma borcuna ilişkin özel bir zorla (cebri) icra yolu öngörülmüş olup, borçlunun sözleşmeye aykırı olarak ifa etmediği borç başkası tarafından yerine getirilir, diğer bir deyişle ikame icra söz konusu olur⁶³.

TBK m.113/I hükmünde bir zorla (cebri) icra niteliği olmadığını ifade eden Oğuzman/Öz'e göre bu halde alacaklının zararının tazmininin özel olarak düzenlenmiş bir şekli söz konusudur⁶⁴. Burada borçlunun yapma borcunu ifa etmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zarar, yapma borcunun masrafı borçluya ait olmak üzere başkası tarafından yerine getirilmesi suretiyle giderilir. Bunun sonucunda alacaklıya, borcun ifa edilmiş olması halinde elde edeceği durum sağlanmış olur; ancak bu sonuca borcun zorla icrası suretiyle değil, tazminat yolu ile ulaşılır. Oğuzman/Öz'e göre TBK m.113/I hükmünün Kanundaki yeri ve TBK m.112 hükmü ile bağlantısı, bu sonucu destekler⁶⁵. Bu görüş uyarınca borçlunun tazmin yükümlülüğü, kusursuzluğunu ispat edememesine bağlıdır.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp'a göre de TBK m.113/I (BK m.97/I) hükmünde zorla (cebri) icraya ilişkin bir işaret bulunmamaktadır⁶⁶. Anılan hüküm uyarınca borçlunun yerine

⁵⁷ BGE 142 III 321 E. 4.4, E. 4.5.

⁵⁸ TBK m.473/ II hükmü uyarınca “meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya vardiyeceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.” TBK m.473/II hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibi, mahkemece yetkili kılınmaksızın ikame yoluyla ifaya gidebilir.

⁵⁹ BGE 142 III 321 E. 4.4.2, E. 4.5. Öğretide İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanununun 1 Ocak 2011'de yürürlüğe girmesinden sonra icra teorisi/ ifa teorisi etrafında yapılan tartışmanın önemini kaybettiği ifade edilmiştir (konu hakkında bkz. WIEGAND, Art. 98 N. 3). Zira usul hükümlerini federal düzeyde birleştiren bu Kanunda ikame yoluyla ifa, bir icra tedbiri olarak yer almıştır. Federal Mahkeme, yukarıda anılan kararda bu konudaki tartışmanın hiçbir şekilde önemini kaybetmediği sonucuna varmıştır. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre davanın esas (edim talebi) hakkında karar veren mahkeme, doğrudan icra çerçevesinde ayrıca icra tedbirleri de alabilir, yani alacaklıyı veya bir üçüncü kişiyi doğrudan ikame yoluyla ifaya yetkili kılabilir. Burada hem davanın esas bakımından hem de icraya ilişkin olarak talepte bulunulmalıdır. Ancak alacaklı, dolaylı icra yolunu da seçebilir ve daha önce alınan bir edim hükmüne dayanarak Art. 98 Abs. 1 OR (TBK m.113/I) uyarınca ikame yoluyla ifaya yetkili kılınmayı talep edebilir (BGE 142 III 321, E. 5).

⁶⁰ SCHMID, 2017, s.121; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 60; krş. ANGSTMANN, Luca/VON DER CRONE, Hans Caspar: “Ersatzvornahme nach Art. 98 OR”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2016, s.426.

⁶¹ EREN, N. 3240.

⁶² EREN, N. 3240.

⁶³ SEROZAN, § 17 N. 6. TBK m.113/I (BK m.97/I) hükmünde bir zorla (cebri) icra tedbirinin öngörüldüğü yönünde TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s.783; ayrıca bkz. BAŞOĞLU, Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.84.

⁶⁴ OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, 15. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2017, N. 1238. OĞUZMAN/ÖZ'e göre İİK m.30 hükmü de zorla (cebri) icra niteliğini taşımaz. İİK m.30 hükmüne ilişkin olarak bkz. ileride “İkame Yoluyla İfaya İzin (Yetkilendirme) Kararı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, N. 1413.

⁶⁶ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 1993, s.922.

alacaklı tarafından ifaya izin verilebilmesi için önce alacaklının borçluyu aynen ifaya mahkûm eden bir ilâm elde etmiş olması gerekli değildir⁶⁷.

Şenocak'a göre TBK m.113/I (BK m.97/I), ifa teorisinin savunduğu gibi maddi hukuka ilişkin bir hüküm olmakla birlikte, borçlunun aynen ifa yükümlülüğünün (asli edim yükümünün) sona ermesini şart koşar⁶⁸. Borçlunun borçlandığı edimi sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yerine getirmesi asıldır. Dolayısıyla edimin masrafı borçluya ait olmak üzere bir başkası tarafından yerine getirilmesi, ancak bir ifa ihlali halinde tali olarak gündeme gelebilir. Bu sebeple TBK m.113/I (BK m.97/I) hükmünün uygulanması için alacaklı, kural olarak borçluya ifayı talep ettiği yönünde ihtarda bulunmalı ve aynen ifada bulunması için ek süre vermeli; bu süre borçlu tarafından kullanılmaksızın geçtiği takdirde derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmelidir⁶⁹. TBK m.113/I (BK m.97/I), ifayı ikame etme ve bunun masraflarını borçludan talep etme imkânı veren bir hükümdür⁷⁰.

Aydıncık'a göre de TBK m.113/I hükmü, maddi hukuka ilişkin bir düzenlemedir⁷¹. Kanun koyucu, bu şekilde yapma borçları bakımından borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklıya kendine özgü bir ifa imkânı sağlamıştır. Bu yönde TBK m.113/I uyarınca gerçekleşecek ikame yoluyla ifanın (nama ifanın) hâkim iznine bağlanmış olması da hükmün maddi hukuk karakterine etki etmez. Keza ikame yoluyla ifa (nama ifa), ifanın borçlu tarafından değil, alacaklı veya bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi olduğundan bir çeşit ifa niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla ikame yoluyla ifa (nama ifa) talebinin ileri sürülebilmesi için ifayı isteme şartlarının da bulunması gerekir. Bu yönde alacaklının ifayı talep etme hakkı, imkânsızlık sebebiyle sona ermemiş olmalıdır⁷². Diğer taraftan Aydıncık'a göre TBK m.113/I hükmü, Kanundaki yerine rağmen, esas itibarıyla yapma borçlarında borçlunun temerrüdünün sonuçlarından birini düzenleyen bir hükümdür⁷³. Burada alacaklının TBK m.113/I uyarınca ikame yoluyla ifa (nama ifa) talebiyle mahkemeye başvurabilmesi için öncelikle borçluyu temerrüde düşürmüş olması ve kural olarak süre verip aynen ifadan vazgeçmesi gereklidir. Bu bağlamda TBK m.113/I hükmü, bir yapma borcunun alacaklısına, borçlu temerrüdü sonucunda aynen ifa veya aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararın tazmini imkânlarının yanı sıra, yeni bir seçimlik hak olarak ikame yoluyla ifa (nama ifa) ve bunun masraflarını borçludan talep imkânı verir⁷⁴.

Yargıtay'ın kararlarında TBK m.113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya gidebilmek için hâkim tarafından alacaklıya izin verilmesinden önce borçlunun ediminin bir mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olmasının gerekip gerekmediği yönünün tartışılmadığı ifade edilebilir⁷⁵. Yargıtay'a göre ikame yoluyla ifa (nama ifa), alacaklının ifa menfaatini sözleşmedeki şartlara uygun olarak sağladığından aynen ifa niteliğindedir⁷⁶. Ancak Yargıtay'a göre ikame yoluyla ifaya (nama ifaya) izin verilebilmesi için borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmüş bulunması gerekir⁷⁷.

⁶⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP'a göre Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir (bkz. s.922, dn.4'de yer verilen kararlar). Ayrıca TBK m.113/I (BK m.97/I) hükmünün uygulanması, önceden bir ilâmın elde edilmesi şartına bağlandığı takdirde, ya İİK m.30 hükmünü gereksiz saymak veya İİK m.30 ile TBK m.113/I (BK m.97/I) hükmünün değiştirilmiş olduğunu kabul etmek gerekir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.922). İİK m.30 hükmüne ilişkin olarak bkz. ileride "İkame Yoluyla İfaya İzin (Yetkilendirme) Kararı" başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁸ ŞENOCAK, s.194. ŞENOCAK, KOLLER tarafından ortaya konulan surrogat teorisine katıldığını ifade etmektedir.

⁶⁹ Edimin sübjektif imkânsızlığı halinde de TBK m.113/I (BK m.97/I) hükmü uygulanabilir; zira bu halde borçlunun aynen ifa yükümlülüğü kanun gereği sona ermektedir (ŞENOCAK, s.194, dn.104).

⁷⁰ ŞENOCAK, s.195.

⁷¹ AYDINCIK, s.102.

⁷² Burada edimin imkânsızlığından objektif imkânsızlık kastedilmektedir. AYDINCIK, sübjektif imkânsızlık halinde borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını savunan görüşe katılmaktadır (s.102, dn.62).

⁷³ AYDINCIK, s.106.

⁷⁴ AYDINCIK, s.107.

⁷⁵ Konu bağlamında Y. 23. HD, E. 2013/90, K. 2013/2267, K. T. 09.04.2013; Y. 15. HD, E. 2018/1420, K. 2018/3860, K. T. 16.10.2018 (Kazancı, erişim tarihi 20.10.2021); Y. 23. HD, E. 2016/4953, K. 2019/1373, K. T. 15.04.2019 (www.legalbank.net, erişim tarihi 11.11.2021); Y. 15. HD, E. 2018/4148, K. 2019/3556, K. T. 19.09.2019; Y. 15. HD, 2019/3966, K. 2020/1611, K. T. 16.06.2020; Y. 15. HD, E. 2019/3574, K. 2020/1952, K. T. 30.06.2020; Y. 15. HD, E. 2020/1709, K. 2020/2345, K. T. 08.09.2020 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, erişim tarihi 05.11.2021). Ayrıca bkz. dn.76'da ve dn.77'de anılan kararlar.

⁷⁶ Yargıtay'a göre ikame yoluyla ifa (nama ifa), TBK m.125/I çerçevesinde aynen ifa kapsamında değerlendirilir. Bkz. Y. 23. HD, E. 2016/6308, K. 2017/967, K. T. 28.03.2017 (Kazancı, erişim tarihi 20.10.2021); Y. 23. HD, E. 2016/4624, K. 2018/5275, K. T. 14.11.2018 (www.hukukturk.com, erişim tarihi 11.11.2021).

⁷⁷ Y. 15. HD, E. 2018/1868, K. 2019/272, K. T. 22.01.2019; Y. 15. HD, E. 2018/1522, K. 2019/545, K. T. 12.02.2019; Y. 15. HD, E. 2019/1194, K. 2019/3658, K. T. 26.09.2019 (www.legalbank.net, erişim tarihi 11.11.2021); Y. 15. HD,

Kanımızca TBK m.113/I hükmü, icra hukukuna ilişkin bir kural niteliğindedir. Bu hüküm, ifası mümkün ve muaccel bir yapma borcunun borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde, alacaklıya ikame yoluyla ifaya gitmek suretiyle edimin aynen gerçekleştirilmesi imkânını sağlar⁷⁸. Burada alacaklının ikame yoluyla ifaya yetkili kılınması, bir çeşit icra tedbiri olarak ortaya çıkar; ikame yolu bir icra aracı olarak alacaklının ifa talebinin aynen yerine getirilmesine hizmet eder⁷⁹. Bu yönde alacaklının ikame yoluyla ifaya yetkili kılınması için önceden alacağının bir ifa davasıyla hüküm altına alınmış olması gerekir. Daha önce de belirtildiği gibi ikame yoluyla ifa hakkı, alacaklının alacağını dava hakkına eklenir; alacaklının ifa talebine dayanır⁸⁰. Diğer taraftan öğretide ifade edildiği gibi TBK m.113/I hükmü, Kanundaki yerine rağmen, anlam ve amacı göz önünde bulundurulduğunda TBK m.112 hükmünden bağımsızdır⁸¹. TBK m.112 hükmünde ifa etmeme halinde başlangıçtaki asli edim yükümünün yerini tali nitelikteki tazminat yükümü alır⁸². Oysa TBK m.113/I hükmü, ifa etmeme halinde yapma borcunun alacaklısına borçlanılan edimi masrafi borçluya ait olmak üzere ikame yoluyla ifa etme imkânını sunmak suretiyle ifa talebinin aynen gerçekleştirilmesine yönelmiştir⁸³. Bu bağlamda TBK m.113/I hükmü uyarınca hâkim tarafından verilen izin üzerine ifa fiilinin alacaklı tarafından ikame yoluyla gerçekleştirilmesi, tazminat karakteri göstermez⁸⁴; bilakis ifa niteliğindedir. Zira burada alacaklı, alması gerekeni, diğer bir deyişle borçlanılan edimi almış olur⁸⁵.

IV. TBK m.113/I HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI

A. Genel Olarak

TBK m.113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifada, ifası mümkün ve muaccel bir yapma borcunun borçlu tarafından borca aykırı olarak ifa edilmemesi halinde, mahkemece verilen izin üzerine masrafi borçluya ait olmak üzere alacaklı veya bir üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi söz konusudur. Buna göre ikame yoluyla ifanın şartları aşağıdaki gibi belirlenebilir⁸⁶.

B. Bir Yapma Borcunun Olması

TBK m.113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya gidebilmek için bir yapma borcu olmalıdır⁸⁷. Bu yönde TBK m.113/I hükmü, işgörme edimlerine tartışmasız uygulanabilir⁸⁸. Burada özellikle hizmet sözleşmesinden, eser sözleşmesinden veya vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan işgörme edimleri söz konusu olur; fakat kiracının kiralanan şeyin onarılmasına veya kiralananın ısıtılmasına yönelik taleplerinde olduğu gibi kira sözleşmesinden veya diğer bir sözleşmeden doğan işgörme edimleri de söz konusu olabilir^{89 90}.

TBK m.113/I hükmünün maddi edimler bakımından da uygulanabilip uygulanamayacağı öğretide tartışmalıdır⁹¹. Bazı yazarlara göre maddi edimler de TBK m.113/I hükmü bağlamında

E. 2019/2801, K. 2019/3981, K. T. 17.10.2019 (Kazancı, erişim tarihi 20.10.2021); Y. 15. HD, E. 2019/3093, K. 2020/2026, K. T. 02.07.2020 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim tarihi 05.11.2021).

⁷⁸ GAUCH, s.25-26; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 57; WIEGAND, Art. 98 N. 1.

⁷⁹ SCHMID, 2017, s.120; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 7; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2505, N. 2512.

⁸⁰ GAUCH, s.26; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 51.

⁸¹ GAUCH, s.25- 26; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 57.

⁸² GAUCH, s.26.

⁸³ GAUCH, s.26.

⁸⁴ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 52; krş. BECKER, Art. 98 N. 5, N. 10.

⁸⁵ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 52.

⁸⁶ SCHMID, s.609 vd.

⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2508; WIEGAND, Art. 98 N. 4; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 71; SCHMID, s.609; KOLLER, N. 44.31; EREN, N. 3240; AYDINCIK, s.149 vd. Yapmama borçları (kaçınma ve katlanma yükümlülükleri), TBK m.113/I hükmünün uygulama alanına girmez (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2508; WIEGAND, Art. 98 N. 4; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 71).

⁸⁸ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2508; SCHMID, s.609; ANGSTMANN/VON DER CRONE, s.425; KOLLER, N. 44.31; EREN, N. 3241. Öğretide bazı yazarlara göre bir irade beyanında bulunma yükümlülüğü, TBK m.113/I hükmünün kapsamına girmez. Bkz. GAUCH, s.26, dn.10; SCHMID, s.611. Aksi yönde VON TUHR/ESCHER, s.92; ayrıca bkz. WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 73.

⁸⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2508; WIEGAND, Art. 98 N. 4; SCHMID, s.609; ANGSTMANN/VON DER CRONE, s.425.

⁹⁰ Yapma borcu, doğrudan kanundan da kaynaklanabilir. Bkz. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2508; SCHMID, s.609; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 72; krş. BGE 130 III 302 = Pra 93 (2004) Nr. 130.

⁹¹ Bu tartışmaya ilişkin olarak bkz. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2508, N. 2509.

ikame yoluyla ifaya konu olabilir⁹². Bu yönde mesela satış sözleşmesinde satılan şeyin satıcıya ait olmaması sebebiyle satıcı tarafından teslim edilememesi halinde alıcı, TBK m.113/I uyarınca mahkemece bu şeyi masrafi satıcıya ait olmak üzere malikten satın almaya yetkili kılınabilir⁹³. Koller'e göre TBK m.113/I hükmüyle işgörme borçlarında, borçlunun ifa etmediği edimin borçlu yerine alacaklı veya bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi suretiyle nitelikli ifanın sağlanması amacı güdülmüştür⁹⁴. Diğer bir deyişle TBK m.113/I hükmü, işgörme ediminin borçlu tarafından istenmeyerek ifa edilmesinden doğabilecek sakıncaları önlenmeye yönelmiştir. Oysa diğer edimlerde, özellikle maddi edimlerde böyle bir ihtiyaç doğal olarak aynı şekilde mevcut değildir; zira bu edimlerin ifası, borçlunun istek ve yeteneklerine çok daha az bağlıdır⁹⁵. Dolayısıyla TBK m.113/I hükmü anlamında yapma borcundan sadece işgörme edimleri kastedilmiş olabilir; özellikle maddi edimler, TBK m.113/I hükmünün uygulama alanına girmez⁹⁶.

TBK m.113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya gidebilmek için işgörme ediminin borçlunun dışında başkası tarafından da ifa edilebilir nitelikte olması gerekir⁹⁷. Buna göre işgörme ediminin, içeriğinde nitelik olarak önemli bir değişiklik meydana gelmeden bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmalıdır⁹⁸. Bu sebeple borçlu tarafından özellikle bireysel olarak gerçekleştirilmesi gereken sanatsal, bilimsel vb. edimlerin ikame yoluyla ifası mümkün değildir⁹⁹. Bu yönde ikame yolu, borçlunun kişiliğine bağlı edimlerin yerine getirilmesinde söz konusu olmaz¹⁰⁰. Ancak öğretilerde bir görüşe göre borçlunun kişisel edim yükümünün sadece alacaklının menfaatine bulunduğu hallerde alacaklı bundan vazgeçebilir¹⁰¹. Bu yönde alacaklının ikame yoluyla ifa için izin (yetki) verilmesine yönelik talebi, zımnen böyle bir vazgeçmeyi içerir. Bu suretle borçlanılan işgörme edimi, kişisel bir edimden başkası tarafından da ifa edilebilir bir edim haline gelir.

C. Yapma Borcunun İfa Edilmemesi

TBK m.113/I hükmünün uygulanabilmesi için yapma borcunun muaccel olmasına rağmen borçlu tarafından (hiç veya gereği gibi) ifa edilmemiş olması gerekir¹⁰². İkame yoluyla ifa, alacaklının ifa talebinin yerine getirilmesine yöneldiği için yapma borcunun muaccel olması yeterlidir¹⁰³. Burada alacaklının borçludan ifayı talep etmesi veya borçluyu temerrüde düşürmesi ya da TBK m.123 uyarınca borçluya ek süre vermesi şart değildir^{104 105}.

İkame yoluyla ifa hakkı, dayandığı ifa talebinin yerine getirilmesine hizmet eder. Bu sebeple ikame yoluyla ifaya gidebilmek için ifa talebinin konusunu oluşturan yapma borcunun varlığını devam ettirmesi gerekir¹⁰⁶. Şu halde yapma borcunun ifasının objektif olarak mümkün olmasına rağmen borçlu tarafından ifa edilmemesi söz konusu olmalıdır¹⁰⁷. Ancak yapma borcu, objektif

⁹² VON TUHR/ESCHER, s.92; OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Art. 1- 183, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1929, Art. 98 N. 3; EREN, N. 3241. İkame yoluyla ifaya bir icra tedbiri olarak yer veren İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanununun 1 Ocak 2011'de yürürlüğe girmesinden sonra TBK m.113/I (Art. 98 Abs. 1 OR) hükmünün uygulama alanının sistematik yorum çerçevesinde maddi edimleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi yönünde WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 74; ANGSTMANN/VON DER CRONE, s.425.

⁹³ EREN, N. 3241; VON TUHR/ESCHER, s.92.

⁹⁴ Krş. KOLLER, 2009, § 44 N. 20.

⁹⁵ KOLLER, 2009, § 44 N. 20.

⁹⁶ KOLLER, N. 44.31; TBK m.113/I hükmünün maddi edimleri kapsamadığı görüşünde WIEGAND, Art. 98 N. 4.

⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2511; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 86; WIEGAND, Art. 98 N. 4; SCHMID, 2017, s.120; KOLLER, N. 44.33; EREN, N. 3243.

⁹⁸ SCHMID, 2017, s.120; krş. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 98 N. 4; KOLLER, N. 44.33.

⁹⁹ SCHMID, 2017, s.120; WIEGAND, Art. 98 N. 4; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 86; BECKER, Art. 98 N. 1.

¹⁰⁰ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2511; VON TUHR/ESCHER, s.92; EREN, N. 3243. Bu bağlamda bkz. TBK m.83 (Art. 68 OR).

¹⁰¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2511; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 86; BECKER, Art. 98 N. 1. Aksi görüşte KOLLER, N. 44.33.

¹⁰² SCHMID, 2017, s.119; SCHMID, s.612.

¹⁰³ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2512; WIEGAND, Art. 98 N. 5; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 90.

¹⁰⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2512; VON TUHR/ESCHER, s.90- 91; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 90; WIEGAND, Art. 98 N. 5.

¹⁰⁵ Yargıtay, TBK m.113/I hükmünün uygulanabilmesi için borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmüş bulunmasını aramaktadır. Bkz. dn.77'de anılan kararlar.

¹⁰⁶ SCHMID, 2017, s.120; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2513; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 87.

¹⁰⁷ SCHMID, 2017, s.120; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 87.

olarak imkânsız hale gelirse, ifa talebi sona ereceği için ikame yoluyla ifa imkânı da sona erer¹⁰⁸. Zira bu halde yapma borcunun ifası, hiç kimse tarafından gerçekleştirilemez.

Sübjektif imkânsızlık halinde ikame yoluyla ifaya gidilip gidilemeyeceği, daha önce de değinildiği gibi¹⁰⁹, kabul edilen imkânsızlık görüşüne bağlı olarak farklı değerlendirilir¹¹⁰. Öğretideki sübjektif imkansızlığı objektif imkânsızlık ile bir tutan baskın imkânsızlık görüşü takip edilirse, sübjektif imkânsızlık halinde ikame yoluyla ifaya yer yoktur¹¹¹. Buna karşılık sübjektif imkânsızlığı borcu sona erdiren bir imkânsızlık hali olarak kabul etmeyen yeni görüş çerçevesinde ikame yoluyla ifa mümkündür.

TBK m.113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya gidebilmek için borçlunun kusuru aranmaz¹¹². Zira ikame yoluyla ifada alacaklının ifa talebinin aynen yerine getirilmesi söz konusudur. Dolayısıyla borçlunun ifa etmemede kusuru olmasa dahi alacaklı, ifa talebini gerçekleştirmek için ikame yoluna başvurabilir; bu yönde hâkimden ikame yoluyla ifaya yetkili kılınmasını isteyebilir.

D. İkame Yoluyla İfa İzin Verilmesi

1. Genel Olarak

TBK m.113/I hükmüne göre alacaklının ikame yoluyla ifaya gidebilmesi için bu yönde kendisine yetkili makam tarafından izin verilmesi gerekir. Bu izinle alacaklı, borçlanılan edimi masrafı (ve hasarı) borçluya ait olmak üzere kendisi veya bir üçüncü kişi aracılığıyla ifa etme yetkisini elde eder¹¹³.

Bir çeşit icra tedbiri olarak ikame yoluyla ifanın borçlu yönünden meydana getirdiği etkili sonuçlar dolayısıyla izin (yetki) şartının aranması yerindedir¹¹⁴. Zira ikame yoluyla ifa, borçlunun hesabına gerçekleşir. Burada borçlanılan edimin başkası tarafından yerine getirilmesinin masrafını (ve hasarını) borçlu taşır¹¹⁵. İkame yoluyla ifaya giden alacaklı, dürüstlük ilkesinin sınırları içinde edimi güvendiği bir üçüncü kişiye ifa ettirebilir; bu sırada aynı edimi en ucuz maliyetle gerçekleştirecek bir başkasına yönelmek zorunda değildir¹¹⁶. Böyle bir durumun borçlu yönünden belirsizlikler ve rizikolar yaratabileceği açıktır¹¹⁷. Şu halde alacaklı, verilen izin çerçevesinde yetkilendirilmiş olarak ikame yoluyla ifaya gitmelidir. Diğer taraftan ikame yoluyla ifa, borçluya ait bir taşınmaza girilmesinde veya kiraya verenin kira konusu şeyde ayıbın giderilmesi talebini gerçekleştirmek istemesinde olduğu gibi çoğu kez borçlunun hukuk alanına müdahale edilmesini gerektirir¹¹⁸. Bu bakımdan da alacaklı, ikame yoluyla ifaya yetkili kılınmış olmalıdır¹¹⁹.

Bir icra aracı olarak görülmesi sebebiyle ve aynı zamanda borçlu yönünden ortaya çıkardığı önemli sonuçlar dolayısıyla ikame yoluyla ifaya izin verilebilmesi için borçlunun edim yükümünün mahkemece açıklığa kavuşturulması gerekir¹²⁰. Diğer bir deyişle alacaklının ikame yoluyla ifaya yetkili kılınmasından önce borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmü alınmış olmalıdır. Ayrıca TBK m.113/I hükmü uyarınca alacaklının ikame yoluyla ifaya başvurabilmesi, alacaklı tarafından borçluya ihtarda bulunulmasına veya borçlunun temerrüde düşürülmesine ya da borçluya ek süre verilmesine bağlanmamıştır¹²¹. Bu yüzden de burada Kanunun borçluya karşı bir edim hükmünün alınmış olmasını şart koştuğu kabul edilmelidir¹²².

¹⁰⁸ TBK m.112, m.136/I (Art. 96 Abs. 1, Art. 119 Abs. 1 OR). SCHMID, 2017, s.120; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N. 2513; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 88.

¹⁰⁹ Bkz. "TBK m.113/I Hükmünün Maddi Hukuka İlişkin Bir İfa Kuralı Olduğu Görüşü" başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹¹⁰ GAUCH, s.27-28; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 88.

¹¹¹ GAUCH, s.27.

¹¹² GAUCH, s.26; SCHMID, 2017, s.119-120; WIEGAND, Art. 98 N. 5; VON TUHR/ESCHER, s.91-92; KOLLER, N. 44.37; EREN, N. 3240.

¹¹³ Krş. BECKER, Art. 98 N. 3; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 92.

¹¹⁴ SCHMID, 2017, s.120.

¹¹⁵ SCHMID, 2017, s.120; WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 92; BECKER, Art. 98 N. 3, N. 4.

¹¹⁶ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 92.

¹¹⁷ Krş. WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 92.

¹¹⁸ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 93; WIEGAND, Art. 98 N. 6.

¹¹⁹ BECKER, Art. 98 N. 4.

¹²⁰ SCHMID, 2017, s.121; GAUCH, s.28.

¹²¹ Yargıtay, TBK m.113/I hükmünün uygulanabilmesi için borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmüş bulunmasını aramaktadır. Bkz. dn.77'de anılan kararlar.

¹²² VON TUHR/ESCHER, s.90-91; ayrıca GAUCH, s.28.

2. İkame Yoluyla İfaya İzin (Yetkilendirme) Kararı

TBK m.113/I hükmünde ikame yoluyla ifaya izin kararının hangi makam tarafından verileceği belirtilmemiştir¹²³. İsviçre’de usul hükümlerini federal düzeyde birleştiren ve ikame yoluyla ifayı bir icra tedbiri olarak öngören Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre bu konuda icra mahkemesi görevlidir¹²⁴. Burada alacaklı, daha önce alınan bir edim hükmüne dayanarak Art. 98 Abs. 1 OR (TBK m.113/I) uyarınca ikame yoluyla ifaya yetkili kılınmak için icra mahkemesine başvurabilir¹²⁵. Ancak anılan Kanuna göre davanın esası (edim talebi) hakkında karar veren mahkeme, doğrudan icra çerçevesinde ayrıca icra tedbirleri de alabilir; diğer bir deyişle alacaklıyı veya bir üçüncü kişiyi doğrudan ikame yoluyla ifaya yetkili kılabilir. Bu ihtimalde alacaklı tarafından hem davanın esası bakımından hem de icraya ilişkin olarak talepte bulunulmalıdır¹²⁶.

Türk hukukunda da TBK m.113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya izin kararı, ilke olarak hâkim tarafından verilmelidir¹²⁷. Ancak Türk hukukunda bu konuda İcra ve İflâs Kanununun 30. maddesi de dikkate alınmalıdır¹²⁸. Anılan maddede bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrası düzenlenmiş olup, bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasında ilâmın konusunu oluşturan yapma ediminin aynen yerine getirilmesi öngörülür¹²⁹. Burada alacaklı, bir işin yapılmasına ilişkin ilâmı icra dairesine vererek takip talebinde bulunur. Takip talebini alan icra müdürü, bir icra emri düzenleyerek borçluya gönderir. Bu icra emrinde borçluya işi ilâmda gösterilen süre içinde yapması, aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceği ihtar edilir¹³⁰. Eğer ilâmda işin yapılması için belirli bir süre gösterilmiş değilse, bu halde işin niteliğine göre işe başlama ve işi bitirme zamanları icra müdürü tarafından belirlenir (İİK m.30/I). Borçlu icra emrinin gereğini yerine getirmese ve ilâmın konusunu oluşturan işin borçludan başkası tarafından da yapılması mümkünse, alacaklının istemesi halinde icra müdürü, işi başkasına yaptırma yönüne gider (İİK m.30/II)¹³¹. İşin başkasına yaptırılmasının gerektirdiği masrafları borçlu karşılamak zorundadır^{132 133}.

Öğretide Üstündağ’a göre borçlunun icra emrinin gereğini yerine getirmemesi halinde alacaklı, İİK m.30/II hükmü uyarınca işin başkasına yaptırılmasını icra müdüründen isteyebileceği gibi, bunun yanı sıra TBK m.113/I (BK m.97/I) hükmünde öngörülen imkândan da yararlanabilir¹³⁴. Buna göre alacaklı, ilâmda hükme bağlanmış yapma borcunu yerine getirmeyen borçlu yerine, masrafı borçluya ait olmak üzere söz konusu borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir. Üstündağ’a göre alacaklı, izni, hükmü veren mahkemeden değil, icra makamlarından talep edebilir.

Yargıtay, TBK m.113/I hükmüne ilişkin uygulamasının dışında, borçluyu yapma borcunu ifaya mahkûm eden kararların icrasıyla ilgili olarak, İİK m.30 hükmü uyarınca bir işin yapılmasına

¹²³ Konu hakkında ayrıca bkz. AYDINCIK, s.215 vd.

¹²⁴ Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO, Art. 250 lit. a Ziff. 4 ZPO.

¹²⁵ BGE 142 III 321 E. 5.

¹²⁶ Art. 236 Abs. 3 ZPO, Art. 337 Abs. 1 ZPO, Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO. BGE 142 III 321 E. 5.

¹²⁷ EREN, N. 3240; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Yayınları, Ankara 2019, s.810; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.922-923; AYDINCIK, s.216. Yargıtay’ın da bu görüşte olduğu yönünde bkz. ERDOĞAN, Ersin: “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2017, s.167.

¹²⁸ Konu bağlamında bkz. ERDOĞAN, s.156 vd., 165 vd.

¹²⁹ EREN, N. 3238; KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.318.

¹³⁰ KURU, s.317.

¹³¹ TANDOĞAN’a göre İİK m.30/II hükmü, işin bizzat alacaklı tarafından yapılması olasılığını öngörmemektedir (TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 4. Tıpkıbası, Evrim Yayınları, İstanbul 1989, s.202); ayrıca bkz. ERDOĞAN, s.158, 168.

¹³² İşin başkasına yaptırılmasının gerektirdiği masrafları borçlu karşılamakla birlikte, işin yapılması sırasında bu masrafların kimin tarafından ödeneceği alacaklının tutumuna bağlıdır. Şöyle ki İİK m.30/II hükmüne göre işin başkasına yaptırılması için gereken masraf, önce icra müdürü tarafından bilirkişiye takdir ettirilir. Burada söz konusu masraf, alacaklının muvafakat etmesi halinde ileride mahkeme hükmüne gerek kalmaksızın borçludan tahsil edilmek üzere alacaklıdan alınır ve iş, icra dairesince başkasına yaptırılır. Alacaklı buna muvafakat etmezse, bu halde işin gerektirdiği masraf, ayrıca mahkeme hükmüne gerek bulunmaksızın borçlunun yeterli miktarda malı haczedilip paraya çevrilerek karşılanır ve bu suretle iş, başkasına yaptırılır (KURU, s.318).

¹³³ İlâmın konusunu yalnız borçlu tarafından yapılabilecek bir iş oluşturduğu takdirde, borçlunun kabul edilebilir bir mazerete dayanmadan icra emrinin gereğini yerine getirmemesi halinde, İİK m.343 hükmü uyarınca alacaklının şikâyeti üzerine üç aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Borçlunun cezaı göze alması halinde, aynen ifanın sağlanması mümkün değildir; zira ceza tehdidi, sadece bir baskı aracıdır (EREN, N. 3243, N. 3239; KURU, s.317; ERDOĞAN, s.159). Aynen ifayı sağlayamayan alacaklı, genel hükümler çerçevesinde tazminat isteyebilir (ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul 2000, s.448; krş. VON TUHR/ESCHER, s.89).

¹³⁴ ÜSTÜNDAĞ, s.447.

ilişkin ilâmların ne şekilde yerine getirileceğinin açıkça belirtilmiş olduğunu ifade ederek mahkemece borçluyu ifaya mahkûm eden kararda, yapma borcunun borçlu tarafından belirlenen süre zarfında ifa edilmemesi halinde, alacaklının masrafi borçluya ait olmak üzere ifaya yetkilendirilmesini uygun bulmamaktadır¹³⁵. Aydınçık'a göre bu durum, alacaklının sahip olduğu hukuki imkânların gereksiz bir şekilde daraltılmasına yol açmıştır¹³⁶.

Kanımızca mevcut durumda alacaklının borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmünü önceden almış bulunması halinde, İcra ve İflâs Kanununun bu husustaki 30. maddesinin uygulanması yönüne gidilmelidir¹³⁷. Fakat alacaklı, TBK m.113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya izin verilmesi yönündeki talebini ifa davasıyla birleştirebilir. Bu halde Türk hukukunda da ikame yoluyla ifaya iznin ifa davasına bakan mahkeme tarafından verilmesi mümkün olmalıdır. Burada böyle bir kararın icrasına ilişkin olarak uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldıracak şekilde İcra ve İflâs Kanununda bir düzenlemeye gidilmelidir¹³⁸.

Alacaklının TBK m.113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya izin talebinde bulunması halinde, bu hususta karar verecek olan hâkim, anılan hüküm çerçevesinde ikame yoluyla ifanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalıdır¹³⁹. Öğretide bazı yazarlara göre hâkim, ikame yoluyla ifaya izin vermeden önce tarafların menfaatlerini hakkaniyet ilkesi uyarınca karşılıklı olarak değerlendirmelidir¹⁴⁰. Bu yönde ikame yoluyla ifa, alacaklının fiili menfaatine oranla ölçüsüz bir tedbir olarak görünmemelidir¹⁴¹.

Alacaklının ikame yoluyla ifa hakkının kapsamı, hâkim tarafından verilen izin kararı çerçevesinde belirlenir¹⁴². Öğretide ikame yoluyla ifaya izin kararında alacaklıya verilen yetkinin içeriğinin her yönüyle tespit edilmiş olmasının gerekmediği ifade edilmektedir¹⁴³. Bu yönde örneğin hâkim, ikame yoluyla ifaya izin kararında, ikame yoluyla ifanın kimin tarafından veya ne şekilde gerçekleştirileceğini belirlemek zorunda değildir. Zira ikame yoluyla ifanın sınırını, kural olarak alacaklının ifa talebi oluşturur¹⁴⁴. Ancak hukuki güvenlik yönünden ikame yoluyla ifaya izin kararında alacaklıya verilen yetkinin içeriğinin olabildiğince belirli olması amaca uygun düşer¹⁴⁵

¹³⁵ Y. 18. HD, E. 2013/672, K. 2013/1495, K. T. 11.02.2013: "İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesinde bir işin yapılmasına ilişkin mahkeme kararlarının ne şekilde yerine getirileceği açıkça belirtilmiş olup, mahkemece buna göre projeye aykırılıkların giderilmesine, davalı tarafça eski hale getirilmesine ve bunun için davalıya uygun bir süre verilmesine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, infazda tereddüt yaratacak şekilde belirlenen süre zarfında eski hale getirilmediği takdirde masraflar davalıdan alınmak koşulu ile balkonun eski hale getirilmesi için davacı tarafın yetkilendirilmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir." Bu yönde Y. 14. HD, E. 2012/13201, K. 2012/14383, K. T. 12.12.2012; Y. 18. HD, E. 2011/3838, K. 2011/7429, K. T. 20.06.2011 (www.legalbank.net, erişim tarihi 05.11.2021). Konu hakkında ayrıca bkz. AYDINCIK, s.147, dn.100'de atıf yapılan kararlar; ERDOĞAN, s.158.

¹³⁶ AYDINCIK, s.147-148.

¹³⁷ Krş. SCHMID, s.614-615; ayrıca bkz. ERDOĞAN, s.170.

¹³⁸ Bu konuda İsviçre hukuku için bkz. KOLLER, N. 44.11; ERDOĞAN'a göre İİK m.30 hükmü, içerik itibarıyla Türk Borçlar Kanununun 113. maddesini kapsamaktadır. Türk Borçlar Kanununun 113. maddesine ilişkin yapılan tartışmaların, yapma borcunun icrası bakımından bir farklılık yarattığını ifade etmek mümkün görünmemektedir (s.170).

¹³⁹ Krş. SCHMID, s.615.

¹⁴⁰ WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 78; WIEGAND, Art. 98 N. 5; BECKER, Art. 98 N. 6, N. 7.

¹⁴¹ BGE 130 III 302 E. 3.3 = Pra 93 (2004) Nr. 130. Örneğin zararın az olmasına rağmen ikame yoluyla ifa önemli masrafa yol açacaksa ikame yoluyla ifaya izin verilmemelidir (WEBER/EMMENEGGER, Art. 98 N. 79). Alacaklıya ikame yoluyla ifa için izin verilmesinin menfaatlerin tartılmasına bağlı kılınmayacağı yönünde SCHMID, s.616; ANGSTMANN/VON DER CRONE, s.425. Konu hakkında ayrıca bkz. AYDINCIK, s.225 vd.

¹⁴² SCHMID, s.617.

¹⁴³ SCHMID, 2017, s.122. Konu hakkında ayrıca bkz. AYDINCIK, s.230.

¹⁴⁴ Krş. SCHMID, 2017, s.122.

¹⁴⁵ SCHMID, 2017, s.122. Nitekim böyle bir yetki, ikame yoluyla ifanın masrafları hakkında daha sonra ortaya çıkabilecek bir uyumsuzluğu önleyebilir (SCHMID, 2017, s.122).

¹⁴⁶ Yargıtay, bir kararında hükme esas alınan raporda ikame yoluyla ifa (nama ifa) suretiyle gerçekleştirilecek işlerin hangileri olduğu yanında ne surette ve hangi yöntemle giderileceklerinin teknik yönden izahını aramıştır (Y. 23. HD, E. 2013/90, K. 2013/2267, K. T. 09.04.2013; Kazancı, erişim tarihi 20.10.2021). Yargıtay'a göre izin kararında ikame yoluyla ifasına (nama ifasına) izin verilen iş ve işlemler tek tek belirtilmeli ve tahmini masraflar tek tek gösterilmelidir. Bu yönde genel nitelikli yetki ve izin verilemez. Bkz. Y. 15. HD, E. 2018/1522, K. 2019/545, K. T. 12.02.2019; Y. 15. HD, E. 2019/1194, K. 2019/3658, K. T. 26.09.2019 (www.legalbank.net, erişim tarihi 11.11.2021); Y. 15. HD, E. 2019/2801, K. 2019/3981, K. T. 17.10.2019 (Kazancı, erişim tarihi 20.10.2021); Y. 15. HD, E. 2018/4148, K. 2019/3556, K. T. 19.09.2019; Y. 15. HD, E. 2019/3966, K. 2020/1611, K. T. 16.06.2020 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim tarihi 05.11.2021).

V. SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nun genel kısmında yer alan TBK m.113/I hükmü, icra hukukuna ilişkin bir kural niteliğindedir. Bu hüküm, yapma borcunun alacaklısına mahkemece yetkili kılınmak suretiyle borçlunun ifa etmediği edimi, masrafı (ve hasarı) borçluya ait olmak üzere borçlunun yerine kendisi veya üçüncü kişi aracılığıyla yerine getirme imkânını verir. İkame yoluyla ifa olarak da ifade edilebilecek bu süreçte yapma borcunun bir çeşit zorla yerine getirilmesi sağlanır. Bu itibarla alacaklının ikame yoluyla ifaya yetkili kılınması da bir çeşit icra tedbiri olarak ortaya çıkar. Bu yönde ikame yolu, bir icra aracı oluşturur.

İkame yoluyla ifa hakkı, alacaklının ifa talebine dayanır ve dayandığı ifa talebinin aynen yerine getirilmesine hizmet eder. Bu yönde alacaklının ikame yoluyla ifaya yetkili kılınması için alacaklının ifa talebinin varlığını devam ettirmesi ve alacaklının alacağına bir ifa davasıyla hüküm altına alınmış olması gerekir. Böyle bir edim hükmü, ikame yoluyla ifanın borçlu yönünden meydana getirdiği etkili sonuçlar için de önemlidir. Bu yönde ikame yoluyla ifaya gidebilmek için hâkim tarafından alacaklıya izin verilmesinden önce borçlunun ediminin bir mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olması gereğinin açık yasal düzenlemeye kavuşturulması yararlı olur¹⁴⁷.

Türk hukukunda İcra ve İflâs Kanununun 30. maddesinde bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrası düzenlenmiş olup, bu yönde ilâmın konusunu oluşturan yapma ediminin icra yoluyla aynen yerine getirilmesi öngörülmüştür. Buna göre İİK m.30/II hükmündeki şartlar dâhilinde ilâmın konusunu oluşturan yapma ediminin icra müdürü tarafından başkasına ifa ettirilmesi imkânı mevcuttur. Yargıtay, TBK m.113/I hükmüne ilişkin uygulamasının dışında, borçluyu yapma borcunu ifaya mahkûm eden kararların icrasıyla ilgili olarak, İİK m.30 hükmü uyarınca bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların ne şekilde yerine getirileceğinin açıkça belirtilmiş olduğunu ifade ederek mahkemece, borçluyu ifaya mahkûm eden kararda, yapma borcunun borçlu tarafından belirlenen süre zarfında ifa edilmemesi halinde, alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere ifaya yetkilendirilmesini uygun bulmamaktadır. Bu noktada İİK m.30/II hükmü karşısında TBK m.113/I hükmünün ne şekilde uygulanacağını belirlenmesi gerekir. Bize göre alacaklının borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmünü önceden almış bulunması halinde, İcra ve İflâs Kanununun bu husustaki 30. maddesinin uygulanması yönüne gidilmelidir. Ancak alacaklı, TBK m.113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya izin verilmesi yönündeki talebini ifa davasıyla birleştirebilir. Bu halde ikame yoluyla ifaya iznin ifa davasına bakan mahkeme tarafından verilmesi mümkün olmalıdır. Burada böyle bir kararın icrasına ilişkin olarak uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldıracak şekilde İcra ve İflâs Kanununda düzenleme yapılmalıdır. Bu suretle TBK m.113/I hükmünün içeriğine uygun bir uygulama imkânı yaratılmış olur.

¹⁴⁷ Krş. SEROZAN, § 17 N. 6.

KAYNAKÇA

- ANGSTMANN, Luca/VON DER CRONE, Hans Caspar: “Ersatzvornahme nach Art. 98 OR”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2016, s.418-430.
- AYDINCIK, Şirin: Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m.113/I Kapsamında Nama İfa, Vedat Yayınları, İstanbul 2013.
- BAŞOĞLU, Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- BECKER, H.: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1- 183, Stämpfli Verlag, Bern 1941.
- ERDOĞAN, Ersin: “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2017, s.147-175.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- FELLMANN, Walter: “Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR- “Vollstreckungstheorie” oder “Erfüllungstheorie”, recht, (4), 1993, s.109-118.
- GAUCH, Peter: “Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung – Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts, recht, (1), 1987, s.24-28.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./EMMENEGGER, Susan: OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Yayınları, Ankara 2019.
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017.
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2009.
- KOLLER, Alfred: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363- 366 OR, Stämpfli Verlag, Bern 1998.
- KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- NIKLAUS, Jürg: Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Paul Haupt Verlag, Bern 1999.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, 15. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2017.
- OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Art. 1- 183, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1929.
- SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), C. 3, İfa -İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 2016.
- SCHMID, Jörg: “Ersatzvornahme: Voraussetzungen, Vorschuss, Durchführung (2017), Schweizerische Baurechtstagung (BRT) 2017, Freiburg 2017, s.117-130.
- SCHMID, Jörg: “Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht”, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, s.605-632.
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016.
- ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Yayınları, Ankara 2002.
- TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 4. Tıpkıbası, Evrim Yayınları, İstanbul 1989.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul 2000.
- VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Schulthess Verlag, Zürich 1974.
- WEBER, Rolf H./EMMENEGGER, Susan: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97- 109 OR, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020.
- WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2020.

**ROMA HUKUKUNDA AESTIMATUM KURUMUNUN
UYGULAMA ALANI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME****AN EVALUATION ON THE APPLICATION FIELD OF
THE AESTIMATUM INSTITUTION IN ROMAN LAW**Sevgi KAYAK*  **Makale Bilgi**Gönderi: 09/09/2021
Kabul : 29/12/2021**Anahtar Kelimeler***Aestimatum,
İsimsiz Sözleşme,
Satış İçin Bırakma
Sözleşmesi,
Ticari Temsil,
Ticari Vekil.***Article Info**Received: 09/09/2021
Accepted: 29/12/2021**Keywords***Aestimatum,
Innominate Contract,
Consignment Sale,
Commercial
Representation,
Procuration.***Özet**<https://doi.org/10.21492/inuhfd.993340> 

Aestimatum, bir malın ona bir değer biçilerek satılması amacıyla bir başka kimseye bırakıldığı ve bunun karşılığında malı devralan kimsenin malı sattığı takdirde kararlaştırılan bedelini ödemeyi, satamadığında ise malı iade etmeyi üstlendiği bir sözleşmedir. Roma hukukunda “aestimatum” olarak isimlendirilen bu sözleşme, günümüz hukukunda doktrindeki yaygın ismiyle “satış için bırakma sözleşmesi” olarak bilinir. Aestimatum Klasik hukuk kaynaklarında D.19.3'teki “De Aestimatoria” başlığına ayrılan metinler ile D.19.5'teki “De Praescriptis Verbis” başlığına ayrılan metinlerde düzenlenmiştir. Aestimatum ile ilgili pek çok konu tartışmalıdır. Aestimatum kavramının hukukî niteliği de çok tartışmalıdır. Bize göre aestimatum Klasik hukuktan beri bilinen ve bu dönemde incerti bir dava ile korunan ve Justinianus hukukunda isimsiz sözleşmeler arasında dahil edilen bir sözleşmedir. Bugünkü hukukumuzda ticarî temsil, ticarî vekillik, pazarlamacılık gibi kurumlar birbirinden ayrılmıştır ve işlevleri de az çok farklılaşmıştır. Oysa Roma'da bu kurumlar kesin çizgilerle birbirinden ayrılmış değildir. Doktrinde ileri sürüldüğü üzere, modern ticaret hukukundaki ticarî temsil, komisyonculuk, pazarlamacılık gibi kurumlara ilişkin boşluk aestimatum tarafından doldurulmuştur.

Abstract

Aestimatum is the transaction that serves to transfer the merchandise a predetermined value of to a third person for sale. The person who takes over the good is obliged to pay the pre-agreed price if he sells the good; if he cannot sell the goods, he must return the good. This contract, which is called aestimatum in Roman law, is commonly referred to “consignment sale” contract in Turkish doctrine. Aestimatum is not a contract regulated in modern Turkish law. This contract is among the innominate contracts. Aestimatum, unlike Turkish law, is a specially arranged contract in Roman Law. The aestimatum is arranged in the texts to the title of “De Aestimatoria” in D.19.3 and in the texts devoted to the title of “De Praescriptis Verbis” in D.19.5 in the classical legal sources. The legal nature of the institution of aestimatum is also very controversial. In today's law, institutions such as commercial representation and mobile merchant officer are separated from each other and their functions are more or less differentiated. However, in Rome, these institutions were not strictly separated from each other. As it is argued in the doctrine, the gap in modern commercial law regarding institutions such as commercial agency (Codes des Obligations Turkish article 547), brokerage (COT art.532), agent mercantile (COT art.448 et ss.) and has been filled by the aestimatum.

 Bu eser Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı.

Atf Şekli | **Cite As:** KAYAK Sevgi, “Roma Hukukunda Aestimatum Kurumunun Uygulama Alanı Üzerine Bir Değerlendirme”, İnÜHFD, 12(2), 2021, s.824-839. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Aestimatum is the transaction that serves to transfer the merchandise a predetermined value of to a third person for sale. The person who takes over the good is obliged to pay the pre-agreed price if he sells the good; if he cannot sell the good, he must return the good. This contract, which is called aestimatum in Roman law, is commonly referred to “consignment sale” contract in Turkish doctrine. Aestimatum is not a contract regulated in modern Turkish law. This contract is among the innominate contracts. Aestimatum, unlike Turkish law, is a specially arranged contract in Roman Law. The aestimatum is arranged in the texts to the title of “De Aestimatoria” in D.19.3 and in the texts devoted to the title of “De Praescriptis Verbis” in D.19.5 in the classical legal sources. In Justinian’s Institutiones, lus. Inst., 4. 6. 8 it is explained that the case of aestimatum is actio praescriptis verbis. The most important texts on the aestimatum are found in D.19.3 and are as follows: (According its to translation https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm); “The action for the estimation of the value of property was invented for the purpose of removing doubt. For when property which had been appraised was given to another to be sold, it was doubtful whether an action on sale based on the estimated value would lie; or whether one on lease would be available, as I seemed to have leased the property for the purpose of sale; or whether one on hiring could be brought, since I hired the services of the party to sell it, or whether recourse could be had to an action on mandate? It, therefore, seemed to be better to be delivered as rent was required to be specifically indicated, and not merely a share of what might be produced. (1) The estimate of property, however, is made at the risk of the person who receives it, and hence he must either restore the property itself in an undamaged condition, or pay the amount of the appraisal agreed upon. (2) This action is an equitable one, and involves compensation”.

According to these texts, aestimatum; it is different from contractual relations such as sale, lease, locatio conductio, agency, company. For this reason, a separate right of action has been attributed to the aestimatum agreement. However, there are also interpolatio suspicion about the aestimatum contract and its case in the texts related to aestimatum.

According to the dominant view in the doctrine, aestimatum is an innominate contract in the formula *do ut des* or *do ut facias*. Many issues related to the aestimatum convention are controversial in doctrine. Issues such as the origin, characteristics, legal nature and characteristics of aestimatum are not clear. In particular, there is no sound information about the status of aestimatum in Roman Classical law.

The definite information about aestimatum is that a commodity whose value is determined beforehand is left to someone else for sale. With this legal structure, the aestimatum looks like a simple contract. But actually that is not the situation; according to one idea in doctrine, the aestimatum filled a gap in matters related in commercial representation in Rome. Since activities such as commercial representation, agent mercantile, marketing and brokerage in modern commercial law were not clearly regulated in Roman law, the need for these institutions was met with some other institutions. In our opinion, the aestimatum is one of these institutions.

In our study, we first focused on the concept of aestimatum. We tried to briefly explain the definition, legal nature and characteristics of aestimatum according to the texts related to aestimatum. In this context, we touched on the differences of aestimatum from similar legal relations. Finally, we tried to determine the application area of aestimatum in Roman law.

One of the first findings we reached in our study with this method is that many issues related to aestimatum are controversial. The legal nature of the concept of aestimatum is also very controversial. In our opinion, aestimatum is a contract known since Classical law, protected by *actio incerti* litigation in this period and included among innominate contracts in Justinian law.

Another finding we reached in our study; the aestimatum contributed to meeting the need for commercial representation and commercial agency in Rome. There is no concept of direct representation in Roman law. Therefore, legal institutions based on direct representation have not developed. Institutions such as mercantile agency, procuratio, commerciale agency, brokerage, marketing in modern law were not expressly accepted in Rome; The precise boundaries of these institutions are not drawn. In Roman law, this need was met with *procuratio* and *institor* institutions. In our opinion, the aestimatum should also be added to institutions that meet this need. Because in the aestimatum contract, a person sells his good to someone else through someone else. Even if the aestimatum debtor sells the goods on his own behalf and on its own behalf own account, he is doing someone else's business and acting by representing him. For this reason, institutions related to commercial representation are included in the field of application the aestimatum agreement.

I. GİRİŞ

Roma Hukukunda *aestimatum* bir malın değer biçilmek suretiyle başkası aracılığıyla satılması manasına gelir. Ancak Roma’da *aestimatum* hukukî yapısı sebebiyle bu basit anlamının ötesine geçerek günümüzdeki ticarî vekâlet ilişkilerini karşılamanın bir işleve sahip olmuştur. Roma Hukukunda “*aestimatum*” olarak isimlendirilen bu sözleşme günümüz hukukunda doktrindeki yaygın ismiyle “satış için bırakma sözleşmesi” olarak bilinir.

II. AESTIMATUM KAVRAMI

A. Kavramın Anlamı

Aestimatum; bir kimsenin önceden bir değer biçmek suretiyle bir malı satılmak maksadıyla bir başkasına temlik ettiği, buna karşılık, malı devralan kimsenin malı satmayı üstlenerek; malı sattığı takdirde önceden kararlaştırılan bedelini ödemeyi, satamadığında ise malı iade etmeyi üstlendiği bir sözleşmedir¹. Roma Hukukunda “*aestimatum*” olarak isimlendirilen bu sözleşme günümüz hukuk doktrinindeki yaygın ismiyle “satış için bırakma sözleşmesi” olarak bilinir².

Roma Hukukundaki *aestimatum*’u modern hukukta karşılamanın satış için bırakma sözleşmesi Türk hukukunda yasal bir düzenlemeden yoksun olduğu halde Roma Hukukunda durum aksinedir. Iustinianus’un *Institutiones*’inde ve *Digesta*’daki düzenlemeleriyle *aestimatum*’un Roma Hukukunda yasal bir platformda yer aldığı söylemek yanlış olmaz. Nitekim Ius. Inst., 4.6.28’de *aestimatum*’a tanınan dava hakkından bahsedilmesi *aestimatum*’un özel bir sözleşme tipi olarak düzenlendiğinin bir göstergesidir. *Digesta*’da ise, 19 uncu kitabın 3 üncü kısmı “*De Aestimatoria*” başlığı ile *aestimatum*’a ayrılmıştır. Bu düzenlemelerden az sonra bahsedecek olmakla birlikte şimdiden ifade edelim ki bu düzenlemeler arasında *aestimatum*’un Roma Hukukunda ne anlama geldiği D.19.3.1 pr. ve 1’deki metinlerden anlaşılmaktadır. Metinlerde *aestimatum*’un, bir kimsenin bir başkasına değeri saptanmış olarak ve satılması maksadıyla bir malı teslim ettiği ve teslim alan kimsenin de sözleşmede kararlaştırıldığı gibi malı üçüncü kişiye satarak; malın takdir edilmiş değerine isabet eden bir bedeli karşı tarafa teslim ettiği, malı satamadığında ise malı geri vermeyi borçlandığı bir sözleşme olarak formüle edilmiştir. Metinlerde açıkça belirtilmiş olmasa da bu sözleşmede iki tarafın bulunduğu kesindir: satılması için malı başkasına temlik eden *aestimatum* alacaklısı ve malı sattığında bedelini, satamadığında ise malın kendisini iade etmeyi üstlenen *aestimatum* borçlusudur³.

Türk hukukunda satış için bırakma sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş sözleşmelerden biri değildir. Ancak pratik ihtiyaçlar karşısında kanunda düzenlenmemiş yeni

¹ D.19.3.1 pr.; D.19.3.1.1; D.19.5.13 pr. ORTOLAN, M.: Explication Historique Des Instituts, De L’Empereur Justinien, Tome III, 8.édition, Paris 1870, s.430; ACCARIAS, C.: Précis De Droit Romain, Des Institutes De Justinien, Tome II, 4.édition, Paris 1891, s.416; CUQ, Edouard: Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2.édition, Paris 1928, s.503; PETIT, Eugène: Traité Elémentaire de Droit Romain, 9.édition, Paris 1925, s.427; DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, (Çev: Ziya Umut), 2.Baskı, İstanbul 1959, s.454; TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2020, s.265.

² *Aestimatum*’u günümüz hukuk diliyle ifade etmek maksadıyla doktrinde çeşitli terimlerin kullanıldığına tanık olunur. Kanunlarımızda düzenlenmemiş bir sözleşme tipi olduğu için üzerinde tam terim birliğine varılmayan bu sözleşme dilimize “satış için bırakma/koltukçu/gezginci/bohçaçı/arz/tavsit sözleşmesi” ya da “tahmine dayanan sözleşme” veya Fransızca’daki sözlük karşılığı olan (convention de friperie, convention de commerce de bric a brac) “eskici” ya da “bitpazarı” sözleşmesi gibi terimlerle çevrilmektedir. Göktürk’e göre bu terimler arasında kavramı en iyi ifade eden “koltukçu sözleşmesi” tabiridir çünkü bu sözleşme mutlaka bir aracının yardımıyla ve onun müşterilerini kollayıp koltuklayarak sözleşme yapmaya teşvik etmesi ile tezahür eder. Yazara göre “koltukçu” tabiri yerine “gezginci” tabiri de tercih edilebilir zira her ne kadar bu sözleşmenin mutlaka gezgincilik yoluyla yapılabileceğinden bahsedilemeye de özellikle büyük şehirlerde ve daha çok gezginci ticaretinde yer bulduğu için “gezginci sözleşmesi” olarak isimlendirilmesinde de bir sakınca yoktur (GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: “Koltukçu (=Gezginci) Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-2), 1951, s.524 vd. ve s.524’de dn.1). Arsebük ise bu sözleşme için “emtia tevdi mukavelesi” deyimini tercih etmektedir (ARSEBÜK, Esat: Borçlar Hukuku, Cilt 1-2, 3.Bası, Ankara 1950, s.14-15). Öte yandan, söz konusu kurumun gerek doktrin gerek içtihat tarafından yeterince incelenmediği ve bu yüzden ona bir isim vermenin zor hatta imkansız olduğu bu bakımdan bu sözleşmenin Roma ve Müsterek hukukun bir tabiri olan “*contractus aestimatorius*” ifadesiyle anılmasının daha isabetli olacağı düşünceleri de vardır (KURTOĞLU, Seda: “*Contractus Aestimatorius*”, Ankara Barosu Dergisi, 14(6), 1957, s.250). Kurumun ülkemiz uygulamasında özellikle tacirler arasında “konsinye satış” olarak bilindiği de kaydedilmelidir (AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, I.Fasikül, İstanbul 1984, s.47). Öte taraftan bu sözleşme için doktrindeki yaygın tabir “satış için bırakma sözleşmesi” olup biz de Türk hukuku söz konusu olduğu zaman bu tabiri kullanmayı tercih ediyoruz, (bu terim için örnek olarak bkz. TEOMAN, Nebiyye: “Satım İçin Bırakma Sözleşmesi” Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1987, s.6; TANDOĞAN, Haluk: “Satış İçin Bırakma Sözleşmesi” (“Satış İçin Bırakma Sözleşmesi”), BATİDER, 7(1), 1974, s.1; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul 1988, s.19; AKYOL, s.41.

³ ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, s.116; RADO, Türkân: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s.125.

sözleşme tiplerinin hukuk uygulamasında ortaya çıktığı malûmdur. Borçlar Kanununa hâkim olan sözleşme serbestisi prensibi uyarınca tarafların mutlaka kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birini seçmek zorunda olmayıp kanunda düzenlenmemiş yeni sözleşme türlerini de tercih edebilmeleri mümkün olduğuna göre satış için bırakma sözleşmesi günümüzün atipik veya isimsiz sözleşmeler arasında yer almaktadır⁴. Satış için bırakma sözleşmesi sayesinde satım için gerekli olan araç gereç yahut uzmanlıktan yoksun olan veya alıcı kitlesi son derece dar olan ve fakat malını satmak ihtiyacında olan kimsenin menfaatlerini koruyan pratik bir ihtiyaca cevap verildiği muhakkaktır⁵. Aynı pratik ihtiyaca Roma Hukukunda da *aestimatum* kurumu tarafından cevap verildiğini söylemek, fikrimize göre, yanlış olmayacaktır.

B. *Aestimatumun* Roma Hukuku Kaynaklarındaki Düzenlemeleri

1. Klasik Hukuktaki Durum

Yukarıda temas ettiğimiz üzere *aestimatum*, Klasik hukuk kaynaklarında D.19.3'teki “*De Aestimatoria*” başlığına ayrılan metinler ile D.19.5'te “*De Praescriptis Verbis*” başlığına ayrılan metinlerde düzenlenmiştir. *Aestimatum* 'un özel olarak düzenlendiği D. 19. 3'teki metinler izleyen şekilde kaleme alınmıştır:

D.19.3.1 pr.-1 Ulpianus libro 32 ad Edictum

“*Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. I. Aestimato autem periculum facit eius qui suscipit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aestimationem de qua convenit*”.

D.19.3.1 pr.-1 Ulpianus Edictum hakkındaki 32 inci kitaptan

“*Aestimatum* akdinin davası tereddüdün giderilmesi için getirilmiştir; nitekim bir mal değeri biçildikten sonra satılmak üzere verilmişse, bu değer üzerinden *actio venditinin* mi, yoksa malı satışı gibi üstlenilmiş gibi *actio locatinin* mi, yoksa hizmetler görmeyi şart koşmuş gibi *actio conductinin* mi açılacağı hususunda büyük tereddüt vardır. Bu yüzden bu davanın getirilmesi yerinde olmuştur; nitekim söz konusu akdin niteliği üzerinde şüphe olduğu halde, bir davanın tanınmasında fikir birliği bulunduğundan, *actio aestimatoria praescriptis verbis* verilmektedir. Zira bir muamele hem de iyiniyetle yapılmıştır. Bu yüzden burada iyi niyet akitlerinde söylediğimiz hususlar uygulanacaktır. 1. *Aestimatum* akdinde hasar malın satışını üstlenmiş olana aittir. Kendisi ya malı zarar görmemiş olarak geri verecek ya da kararlaştırılmış bedeli ödeyecektir”⁶.

D.19.3.2 Paulus libro 30 ad Edictum

“*Haec actio utilis est et si merces intervenit*”.

D.19.3.2 Paulus Edictum hakkındaki 32 inci kitaptan

“*Eğer ücret talep ediliyorsa bu dava utilis bir davadır*”.

Metinler genel olarak incelendiğinde görülür ki *aestimatum* hakkında fazla bir bilgi verilmiş değildir. *Aestimatum* 'un ne olduğu, kavramsal çerçevesi, hangi özelliklere sahip olduğu, hükümleri gibi konular bize göre bu metinlerde net değildir. Bununla birlikte, “*cum res aestimata vendenda datur*” ifadesi, Romalıların, *aestimatum* 'u, değer biçilmiş bir malın satılmak üzere başkasına verilmesi şeklinde anladıklarını göstermektedir ve bu noktada günümüz hukukuyla bir paralellik söz konusudur. Yine bu metin değer biçilmiş bir malın ya kararlaştırılmış bedelinin ödeneceğinin ya da malın aynen geri verileceğinin kabul edildiğini göstermesi bakımından da önemlidir. Diğer taraftan, her ne kadar D.19.3 başlığı *aestimatum* 'a ayrılmış gibi görünse de bu başlık altındaki metinlerin büyük ölçüde *interpolatio* 'ya maruz bırakıldığı ve bu sebeple *aestimatum* 'un Roma Klasik hukukundaki durumu hakkında bizi sağlıklı bir bilgiye ulaştırmayacağı fikri de hâkimdir⁷.

⁴ TEOMAN, s.2.

⁵ TEOMAN, s.2 ve s.6 vd. GÖKTÜRK, s.526; AKYOL, s.47; PIOTET, Paul: Le Contrat Estimatoire, Dit Soumission ou de Consignation (Trödelvertrag), Editions Stämpfli & Cie, Berne 1967, s.1

⁶ Çeviri için bkz. ERDOĞMUŞ, s.116 dn.191.

⁷ LENEL, Otto: L'Edit Perpétuel, Ouvrage Traduit En Français Par Frédéric Peltier, Tome II, Paris, 1903, s.16; BESELER, Beitrage zur Kritik der Römischen Rechtsquellen, 3, 1910-1913 s.161 vd.'dan nakleden: MEYLAN, Philippe: Origine Et Nature De L'Action Praescriptis Verbis, Lausanne, 1919, s.101; DI MARZO, s.454; BUCKLAND, W. W.: “Aestimatum”, Law Quarterly Review, 43(1), 1927, s.72-73.

Buna bağlı olarak da metinlerin doğruluğu hususunda çok farklı noktalarda çok ciddi tartışmalar yapılagelmektedir.

Interpolatio şüpheleri, özellikle *actio de aestimato* ibaresi sebebiyle, *aestimatum* 'un Klasik devirden beri hukuken bilinen bir sözleşme tipi olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Bu noktada Meylan, *aestimatum* 'un Klasik hukukçular tarafından bilindiğini, davası bulunan isimli bir sözleşme olduğunu fakat Iustinianus tarafından bir *interpolatio* ile isimsiz akitler arasına dahil edildiğini söyler. Bu bakımdan Meylan'a göre *aestimatum* Klasik devirden beri var olan ve davası da “*in factum*”⁸, dolayısıyla *praetor* kökenli olan bir sözleşmedir. Yazar, burada çok ilginç olarak, *interpolatio* iddialarına maruz kalan metinlerin ki bunlar arasında özellikle D.19.3.1 pr.'un, aslında tamamen kusursuz metinler olduğunu, tek kusurun D.19.3.1 pr.'da yer alan “*videor*” kelimesinin aslında “*videar*” olması gerektiği ve bunun da tamamen bir baskı hatasından ileri geldiğini iddia etmektedir⁹.

Meylan'a karşı çıkan Beseler¹⁰, bizzat “*actio de aestimato*”nun *interpolatio* 'lu olduğu fikrindedir. Yazara göre metnin başında yer alan *actio de aestimato* 'nun tereddütleri gidermek amacıyla getirilen bir dava olduğu metinde açıkça söylenmiştir. Hangi tereddütleri gidermekte olduğu ise metnin devamında cevaplandırılmıştır. Bu da *interpolatio* şüphesini davet eder. Değer biçildikten sonra satılmak üzere verilen bir malın bedelinin ödenmesinin ya da iadesinin söz konusu olduğu bir uyuşmazlıkta tanınacak davanın satış sözleşmesinininki mi, *locatio conductio* kapsamında yer alan kira, eser, hizmet sözleşmelerinininki mi, yoksa vekâlet sözleşmesinininki mi olacağı hususu tereddütlü olduğu ve *actio de aestimato* 'nun da bu tereddütleri gidermek için getirilen bir dava olduğu vurgulandığına göre *interpolatio* şüpheleri kuvvetlenmektedir¹¹.

Aestimatum 'un davasına dair *interpolatio* şüphesinde olan bir diğer yazar, Giffard, konuya benzer biçimde yaklaşmaktadır. Yazara göre bu sözleşmenin ilk etapta ona komşu bir sözleşmeye dayandırılma çabası, yani bu sözleşmeye ona en yakın olan sözleşmenin davasının verilmesi eğilimi metinden rahatlıkla sezilebilmektedir. Aslında yeni bir uyuşmazlıkla karşılaşıldığında doğal olan da budur. Başkasına satılmak amacıyla bir mal verilmesi söz konusu olduğunda bu ilk defa karşılaşılan ve bilinmeyen vakıanın bilinen komşu sözleşme kalıplarından birine oturtulması ve o sözleşmenin davasının verilmesi kanun yoluyla düzenlenmemiş uyuşmazlıkların çözümünde ilk düşünülecek yöntemdir. O halde, eğer *aestimatum* 'un Klasik hukukta *actio de aestimato* denen bir davası olsaydı satış için mal bırakmanın söz konusu olduğu her olayda satış mı, kira mı, hizmet mi, vekâlet mi gibi nitelendirilmeye girmeye gerek kalmadan *actio de aestimato* 'yu tanımak gerekir idi. Demek oluyor ki *actio de aestimato* Klasik hukukta tanınmış bir dava tipi değildir, buna bağlı olarak *aestimatum* 'un Klasik hukukta bağımsız bir sözleşme tipi¹² olarak mevcut olduğunu söylemek de doğru olmayacaktır¹³.

Bu tartışmalara bağlı olarak *aestimatum* 'a tanınan *actio de aestimatoria* ile *actio praescriptis verbis* davanın aynı davalar olup olmadığı tartışması da ortaya çıkar. Meylan'a göre, bu davaların hepsi aslında aynı şeyi ifade etmekte olup farklı isimlerle anılmalarının sebebi yer aldıkları kaynaklar itibariyledir. Zira *in factum* dava *formula* prosedüründe yer almaktadır. *In factum* ve *actio civilis* arasındaki ayrım kalktığı için zamanla tüm *in factum* davalar aynı zamanda *actio civilis* karakterine de sahip olmuş ve bunun neticesi olarak kaynakların bir kısmında *actio in factum civilis* şeklinde kaydedilmiştir. Problem karmaşık olmakla birlikte denebilir ki *praescriptis verbis* ifadesi *Corpus Iuris Civilis* te rastlanan bir ifadedir yani Klasik devir kaynaklarında *in factum* olarak isimlendirilen dava *Corpus Iuris Civilis* 'te *actio praescriptis verbis* adını almıştır. Bununla birlikte yazar buradaki *in factum* dava ile *aestimatum* için öngörülen *in factum* davanın tam olarak

⁸ *Ius Civile* 'de tanınmayıp hakkaniyet gereği *praetor* tarafından ihdas edilen *in factum/in factum conceptae* hakkında bkz. (UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügatı (Lügat), İstanbul 1983, s.15).

⁹ MEYLAN, s.102 vd.

¹⁰ BESELER, s.162'den nakleden: MEYLAN, s.101.

¹¹ Ayrıca bkz. BUCKLAND, s.72-73.

¹² Bağımsız bir sözleşme tipi olarak görülmekten kasıt elbette *contractus* 'tur. *Contractus ius civile* 'nin dava hakkı tanıdığı borç sözleşmeleri olup *ius civile* 'nin yazılı, sözlü, aynı/real, rızai sözleşmeleri birer *contractus* 'tur. Bunların dışında kalan sözleşmeler dava hakkı tanınmamış, dolayısıyla *contractus* olarak kabul edilmemiştir. Bu bakımdan Roma Hukuku kaynaklarında karşımıza çıkan *pactum* (şekle bağlı olmayan sözleşme) ve *contractus (ius civile)* 'deki şekle bağlı sözleşme kavramlarının hiçbirisi teknik anlamda günümüzün sözleşme kavramını karşılamaz. Zira Romalılar sözleşmeye dair teknik bir kavram ya da bir teori geliştirmiş değillerdir, (ayrıntılı bilgi için bkz. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçinde *Contractus* (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin-Hukuk, Ankara 2016, s.17, 31 ve s.88).

¹³ GIFFARD, A.E.: “Une Interpolation Prétendu Dans Dig. De Aestimatoria 19, 3, 1”, (“Interpolation”), in *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris 1959, s.136 vd.

örtüşmediğini de ifade etmektedir. Öyle ki her ikisi de *praetor* kaynaklı olmakla birlikte, *aestimatum* için öngörülen *in factum* dava, sadece bu ilişki söz konusu olduğunda verilirken; diğer *in factum* dava, *formula* usulünde yer alır ve hakkaniyetin gerektirdiği her durumda verilebilirdi. Başka deyişle, *praetor*'lar tarafından *aestimatum* için öngörülen *in factum* dava genel bir *in factum* davadan farklı kaleme alınmıştı, davanın formülü *in factum* davanın genel formülünden farklılaştırılmıştı¹⁴. Meylan, *actio de aestimato* ve *actionem praescriptis verbis*'i bağdaştırmak adına, Iustinianus tarafından *do ut des* (veriyorum vermen için), *do ut facias* (veriyorum yapman için), *facio ut des* (yapıyorum vermen için) ve *facio ut facias* (yapıyorum yapman için) şeklinde herhangi bir isim altında ifade edilemeyen tüm hukukî ilişkiler için "*actio praescriptis verbis*" adı altında ortak bir dava formülü geliştirildiğini ve *aestimatum*'un da zorunlu olarak bir *interpolatio* ile bu hukukî ilişkiler arasına dahil edildiğini savunmaktadır. Yazar bu görüşü ile bir başka tartışmanın kapısını daha aralamıştır. Zira yazara göre, *aestimatum* için *praetor*'lar tarafından yaratılan dava isimsiz sözleşmeler için öngörülen dava olan *praescriptis verbis*'in ilk örneğini teşkil etmektedir. Böylece yazar, *praescriptis verbis*'i Klasik hukuk devrine indirgeyerek daha bu dönemden itibaren isimsiz sözleşmeler teorisinin bulunduğunu kabul ettirmek istemiştir¹⁵.

Collinet ise, "*praescriptis verbis*" ibaresinin Klasik hukuka değil, V inci yüzyılda yaşamış ve Beyrut Hukuk Okuluna mensup profesörlerden birine ait olduğunu iddia etmektedir¹⁶. Yazara göre bu profesör, bu davanın Postklasik hukuktaki ifade şekli olan *actio aestimatoria* ile *praescriptis verba* formülünü birleştirerek "*aestimatoria praescriptis verbis actio*" ifadesine ulaşmıştır¹⁷. Başka deyişle genel formül olan *praescriptis verba* ile *aestimatum*'a has olan *actio aestimatoria*'yı birleştirmiştir, metindeki isim farklılığı da buradan kaynaklanmaktadır. Anlayabildiğimiz kadarıyla Collinet, *aestimatumun* daha Klasik devirden itibaren mevcut olan bir dava formülüne bağlandığını kabul etmekte, fakat bu davanın Klasik Hukukçular tarafından değil Beyrut Hukuk Okulu tarafından isimlendirilmiş olabileceğini düşünmektedir¹⁸.

Lenel'e göre ise¹⁹, D.19.3 pr. metnin *quotiens enim*'den başlayıp *bona fide*'ye kadar devam eden kısmı *interpolatio*'dur. Bu durumda *actio de aestimato* ile *actionem aestimatoriam praescriptis verbis*in aynı davalar olduğunu kabul etmek güçleşecektir.

2. Iustinianus Hukukundaki Durum

Aestimatum, Iustinianus hukukunda *actio praescriptis* dava ile takip edilebilen isimsiz sözleşmelerden biri olarak kabul edilmiştir. Bunu Ius. Inst. 4. 6. 28'deki düzenlemeden anlıyoruz:

Ius. Inst., 4.6.28

"*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio....*"

Ius. Inst., 4.6.28

"*Bundan başka bazı davalar iyiniyet ve bazıları dar hukuk davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardır: satış, locatio conductio, vekâletsiz iş görme, vekâlet, saklama, şirket, vesayet, kullanma ödücü, rehin, paylaşırma davası, paydaşlığın giderilmesi davası, miras sebebiyle istihkak davası ile aestimatumdan ve trampadan doğan praescriptis verbis davası.*"²⁰.

Metinden anlaşılmaktadır ki isimsiz sözleşmelere tanınan *actio praescriptis verbis* davanın *aestimatum*'a da tanınmasıyla bu sözleşme isimsiz sözleşmelerin arasına dahil edilmiştir. Başka deyişle *actio praescriptis verbis* genelleştirilince *actio aestimatoria* önemini kaybetmiştir²¹.

¹⁴ MEYLAN, s.108-109.

¹⁵ MEYLAN, s.90 vd.

¹⁶ Yazar, bu profesör'ün, Ulpianus'a ait muhtemelen bizim bilmediğimiz orijinal bir metninden esinlenmiş olabileceğini düşünmektedir (COLLINET, Paul: La Nature Des Actions Des Interdits Et Des Exceptions Dans L'Oeuvre De Justinien, yy., 1947, s.232.

¹⁷ COLLINET, s.234.

¹⁸ COLLINET, s.234-235.

¹⁹ LENEL, s.16.

²⁰ IUSTINIANUS, Institutiones, Türkçe Metin: Ziya Umur, İstanbul 1968, s.325.

²¹ BUCKLAND, s.78.

C. *Aestimatumun* Hukukî Niteliği: İsimsiz Sözleşme

Aestimatum'un isimsiz bir sözleşme olarak kabul edildiği²² bilgisine yukarıda da temas ettiğimiz üzere, özellikle *Ius Inst.*, 4. 6. 28'deki metinden ulaşıyoruz²³. İsimsiz sözleşmelere genel olarak tanınan *praescriptis verbis* davanın *aestimatum*'a da tanınmış olması *aestimatum*'un Roma Hukukunda, hiç değilse Iustinianus hukukundan itibaren, kesin olarak isimsiz bir sözleşme olarak formüle edildiğini kabule yeter.

Roma'da isimsiz sözleşme, *ius civile*'de ya da *praetorlar* tarafından bir dava hakkı verilmemiş borç ilişkileridir²⁴. Mesela bir kimseye köle *Stichus*'u bırakmaya karşılık o kimsenin topraklarından yararlanmaya yönelik bir anlaşma, *ius civile*'de açıkça belirtilmediği için, bir sözleşme yani *contractus* olarak kabul edilmiyordu. Böyle bir anlaşmanın hiçbir hükmü olmadığından taraflardan biri edimini ifa etse bile diğer tarafı ifaya zorlayamıyordu. İşte Roma'da bu tür hukukî ilişkilerin tamamı isimsiz hukukî ilişkiler, isimsiz sözleşmeler olarak kabul edilmişti. Başka deyişle, Romalıların isimsiz sözleşmeden anladıkları, *ius civile* tarafından tanınan sözleşme kalıplarından birine girmeyen bir edimi karşılıklı olarak vadeden iki şahıs arasındaki bir anlaşma, bir irade uyuşması, olup taraflardan birinin kararlaştırılan edimi ifa etmesiyle kurulduğuydu²⁵.

Sözleşmeler On İki Levhadan²⁶ itibaren *nexum*²⁷ ve *stipulatio* olarak düzenlenmişti. Bu dönemde uygulanan yargılama usulü de buna paraleldi, açılacak davanın sebebinin ya *stipulatio* ya da *nexum* olarak gösterilmesi icap ediyordu. Ancak zamanla kişiler arasındaki ilişkilerin çoğalması ve karmaşıklaşması, *stipulatio* ve *nexum*'un yetersiz kalmasına sebep olarak, bir yenilik vasfında kabul edilen "*legis actio per conditionem*"²⁸ düzenini oluşturmuştu. Zira *legis actio per conditionem* ile artık borcun sebebinin göstermek zorunluluğu ortadan kalkıyordu²⁹. MÖ 1 inci yüzyılda hukukçular, bu *condictio*'nun açılmasına elverişli borç kaynaklarını sıralayarak; sözleşme (*verbis*), yazıyla (*litteris*), mal ile (*re*) olmak üzere üç kaynak belirlemişlerdi. Bu sınıflandırmaya göre aynı sözleşmeler, *re contrahitur* denilen mal ile borçlanma grubu içindeydi. *Nexum* ya da *stipulatio* şeklinde yapılmadığı için bir borç doğurmayan şekilsiz ödünçler ya da benzer biçimde karşı tarafa bir malın verildiği ve fakat bu malın nasıl geri alınacağını belirlemediği durumlar *legis actio per conditionem*'e dayandırılmaya başlandı. Bunların başında kullanma ödünçü, saklama, rehin gibi hukukî ilişkiler geliyordu. Zamanla bunlara ayrı bir dava verilerek *contractus* haline getirildi ve *ius civile*'ye dahil edildi. Ancak bu *real* sözleşmeler grubu³⁰ genişlemeye devam ederek kullanma ödünçü, rehin, saklama dışında başka hukukî sebeplerle de karşı tarafa mal

²² Thaller, bu konuda, Romalıların *aestimatum*'u şarta bağlı bir satış sözleşmesine benzetmeye çalıştıklarını ifade ederek aksini savunmaktadır (THALLER, E.: "A Propos Du Contrat Estimatoire" dans *Mélanges Appleton*, 1903, s.639-655'den nakleden: MEYLAN, s.105, dn.1). Ancak Thaller'in bu düşüncesi Meylan tarafından eleştirilmektedir. Zira salt bir satış sözleşmesi devreden haklarını tam olarak koruyamaz. Çünkü satış sözleşmesinde alıcının borcu sadece semeni ödemek olup onun malı geri vermek gibi bir borcu yoktur. Oysaki *aestimatum* söz konusu olduğunda *aestimatum* borçlusuna ya bedeli ödeyecek ya da malı geri verecektir (MEYLAN, s.105 ve ayrıca s.105'te dn.1).

²³ Yine D.19.5.13 pr.'daki metinde bu sözleşmenin satışa ya da vekâlete ya da şirkete uymadığı yolundaki açıklamalar ve D.19.3.1 pr.'daki "...*quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur...*" ifadeleri de bunun kanıtıdır.

²⁴ Klasik hukukta karşılıklılık esasına dayanan ve *ius civile*'nin tanıdığı satış, kira, hizmet, eser gibi sözleşmeler kapsamına girmeyen edimler üzerinde iki taraf karşılıklı olarak anlaşır ve taraflardan biri edimini ifa ederse bir borç ilişkisinin doğduğu kabul edilirdi. Bu borç ilişkileri taraflardan birinin edimini ifa etmesi üzerine kurulduğundan rızâî sözleşme karakterini taşıyamazdı. Taraflardan birinin edimini önceden ifa etmesiyle bunların *real* sözleşme karakterini taşıdıkları düşünülse de kararlaştırılan edimlerin *ius civile*'nin tanıdığı *real* sözleşme konusu edimlerden herhangi birine uyduğu da söylenemezdi. Böylece *ius civile*'de düzenlenmeyen ancak orada düzenlenen rızâî sözleşmelerle de büyük benzerlik içinde olan bu ilişkilere dava hakkı tanınma eğilimi başladı (SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s.99).

²⁵ PETIT, s.422 ve s.425.

²⁶ On İki Levha kanunlaştırmasının nedenleri hakkında bkz. KAYA, Mehmet Ali: *İlkçağ Tarihi ve Uygarlığı*, 3. Basım, İstanbul 2020, s.364 vd.

²⁷ *Nexum* hakkında bkz. KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları*, İzmir, 1993, s.204-205

²⁸ *Legis actio per conditionem*; Konusu belirli para alacaklarının takibi için *Lex Silia* ile ihdas edilen kanuni bir dava şeklidir. Bu dava şekli ile getirilen yenilik, tartışmalı olmakla birlikte, örneğin Gaius bu dava şeklinin niçin ihdas edildiğinin anlaşamadığını ifade etmektedir, borç ilişkilerinin takibini konu alan *per sacramentum* veya *per iudicis postulationem*'den farklı olarak borcun sebebinin gösterilmek zorunluluğu bulunmaksızın alacakların takibine olanak tanınmasıdır. (UMUR, Ziya: *Roma Hukuku (Roma Hukuku)*, İstanbul 1984, s.536). Böylece geçerli bir hukukî sebebe dayanmayan hukukî ilişkilerde, karşı taraf ifaya zorlanamayacak ve fakat bu durumda verilen şeyin iadesi bu yolla sağlanabilecekti, (Roma hukukunda sebepsiz zenginleşme hakkında bkz. GÜNAL, Nadi: *Roma Hukukunda Var Olmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)*, Ankara 1996, s.14 vd.).

²⁹ UMUR, Roma Hukuku, s.536.

³⁰ RADO, Türkân: *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul 2019, s.121 vd.

verildiği durumları kapsamaya başladı ve böylece isimsiz sözleşme olarak adlandırılacak hukukî ilişkiler grubu şekillendi³¹.

İsimsiz sözleşmeler bakımından ortaya çıkan en büyük sorun, bir kimseye önceden mevcut herhangi bir borcun ifası amacıyla olmaksızın bir mal verildiğinde bunun iadesinin nasıl sağlanacağıdır. Eğer mal, tanınmış bir akdî bağ çerçevesinde verilmiş ise sorun yoktur. Fakat tanınmış bir hukukî ilişki söz konusu olmadan diğer tarafa verilen şey karşılığında ona nasıl bir tazmin aracı tanımak gerekeceği bir sorun teşkil eder³². Benimsenecek çözüm edimin verme ya da yapma edimi olmasına göre ikili bir tasnifle ele alınabilir. Eğer borç konusu verme edimi ise verilen şeyin iadesini istemeye dayanan *condictio causa data causa non secuta* tanınmak gerekir³³ çünkü burada edimini yerine getirmeyen tarafın haksız olarak zenginleştiği açıktır. Fakat bu dava kalıbı da *do ut des* (veriyorum vermen için), *do ut facias* (veriyorum yapman için) dışında kalan; *facio ut des* (yapıyorum vermen için) ve *facio ut facias* (yapıyorum yapman için) biçimindeki hukukî ilişkilere uygun düşmez. Bu sonuncular için olsa olsa, *actio doli* (hile davası) açılabilir zira bir yapma borcunun iadesinin nasıl mümkün olacağı işin doğası icabı bir sorundur. Edimi bir yapma borcundan ibaret olan bir kimsenin ifayı tamamlamasından sonra karşı taraf edimini ifa etmezse bu yapılan ifanın *causa data causa non secuta* ile istenebilmesi mümkün olmayacaktır çünkü buna fiziken imkan yoktur. O halde bir yapma borcunun ifası söz konusu olduğunda bir adım öteye gitmek ve karşı tarafı ifaya zorlamak anlamında ona bir güç vermek gerekir³⁴. Nitekim bu husus, yani akdî bir bağ çerçevesinde olmaksızın karşı tarafa yapma tarzında bir ifade bulunmuş kimsenin kendi edimini istemeksizin karşı tarafı ifaya nasıl zorlayacağı hususu *Sabianus* ve *Proculianus* okulları arasında tartışma konusu olmuştu³⁵. *Sabinianus* Okulu söz konusu ilişkiyi bilinen benzer ilişkilere yaklaştırarak verme ve yapma edimleri açısından yaptığı bir tasnifle, *do ut des* formülüne uyan satış sözleşmesinin ya da *do ut facias* formülüne uyan vekâlet veya *locatio conductio* (kira, hizmet ya da eser) sözleşmesinin davalarını tanımayı uygun görmüştü³⁶. Söz konusu ilişkiyi tipik bir komşu sözleşmeye yaklaştırıp sonra da onun davasını tanımanın pek de pratik bir çözüm olmadığını düşünen *Proculianus* Okulu ise yeni bir dava verme çabasına girerek³⁷ *actio civilis incerti*³⁸ veya *actione incerti*³⁹ veya *praescriptis verbis*⁴⁰ olarak isimlendirilen⁴¹ bir dava hakkı tanımak eğiliminde olmuştu. İsimsiz sözleşmelere ait davanın kökeninin *actio incerti civilis* olarak gösterilmesinin nedeni de bu eğilime bağlanmalıdır⁴².

Actiones incertae, davacının iddiasına konu olan şeyin kesin olarak tespit edilemediği, bu sebeple *intentio*⁴³ kısmında maddi vakıaların anlatıldığı davalardır. Giffard, bu davaların önce *do ut des* ve *do ut facias* formülündeki ilişkilere söz konusu olduğunu ve daha sonra *Ulpianus* tarafından bunların dışında kalan tüm hukukî ilişkilere de teşmil edildiğini ileri sürmektedir⁴⁴. Buna göre bizim D.19.3.1 pr.'da gördüğümüz *actio de aestimato*, *actio incerti*'nin *aestimatum*'a has olan özel bir uygulama şekli ibaret olmalıdır⁴⁵. *Actio civilis incertae* ya da *condictio incerti*'nin niçin

³¹ ERDOĞMUŞ, s.46, dn.94: RADO, s.122-123. İsimsiz sözleşmeler aynı sözleşmeler grubu içinde genişleyen sözleşmelerdir. Zira bu sözleşmeler; *do ut des* (veriyorum vermen için), *do ut facias* (veriyorum yapman için), *facio ut facias* (yapıyorum yapman için) ve *facio ut des* (yapıyorum vermen için) olmak üzere dört başlık altında sınıflandırılır. Tüm bu sözleşme ilişkilerinde hukuki sebep *causa credendi* yani karşı taraftan bir alacak hakkı elde etmektir. Taraflardan birinin edimini diğer taraftan daha önce ifa etmesiyle isimsiz sözleşme meydana gelip bu bir bağışlama niteliğinde değildir; amaç, karşı tarafı borç altına sokmaktır. Burada özellikli olarak sözleşmenin kurulması için taraflardan birinin edimini derhal ifa etmesi şarttır (DE VILLIERS, Melius: “Notes on the Innominate and Real Contracts”, South African Law Journal, 42(1), 1925, s.26-30).

³² PETIT, s.423.

³³ CHAUDET, François: *Condictio Causa Data Causa Non Secuta Critique Historique De L'Action En Enrichissement Illégitime De L'art. 62 al.2 CO.*, Lausanne 1973, s.77.

³⁴ ORTOLAN, s.334.

³⁵ DESJARDINS, Albert: “De L'Action Praescriptis Verbis”, RHD, 11, 1865, s.623 vd.

³⁶ PETIT, s.424-425; ORTOLAN, s.335. (Ortolan, bu sonuca özellikle, bizim de çalışmamızın esasını oluşturan *aestimatum* 'la ilgili metin D.19.3'ten yola çıkarak varmıştır).

³⁷ D.19.5 (*De Praescriptis Verbis*).

³⁸ D.2.14.7.2.

³⁹ D.19.5.9.

⁴⁰ D.19.5 (*De Praescriptis Verbis*).

⁴¹ PETIT, s.424-425.

⁴² GIFFARD, “Interpolation”, s.138; HERZOG, s.310-312. Yazar, bunun üç kanıt olduğunu söyler: D.2.14.7.2; D.19.5.6 ve D.19.5.8'dir, (*actio incerti civilis* hakkında bkz. GIFFARD, A. E.: “L'Actio Civilis Incerti et le Synallagma (D.2.14.7)”, RHD, 4. Sèrie, 34, 1957, s.337-346 çevrimiçi www.jstor.org Erişim Tarihi: 27.08.2021).

⁴³ *Intentio*; davacının iddiasının dayanağının yer aldığı *formula* bölümüne verilen isimdir (UMUR, Lügat, s.90).

⁴⁴ GIFFARD, A.: “Precarium, Condictio Incerti Et Actio Praescriptis Verbis” (“Precarium”), Studi In Onore Di Salvatore Riccobono, Nel XL Anno, Del Suo Insegnamento, II, Palermo, Art. Grafica G. Castiglio-Editore, 1936, s.281.

⁴⁵ GIFFARD, “Interpolation”, s.139.

praescriptis verbis olarak adlandırıldığı ya da bu dönüşümün nasıl gerçekleştiği ise⁴⁶ bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

D. *Aestimatumun* Benzer Hukukî İlişkilerden Farkları

1. Genel Olarak

Roma Hukukunda *aestimatum*'un bağımsız bir sözleşme olarak mı bilindiği yoksa somut olayın özelliklerine göre *ius civile*'de tanınan sözleşme tiplerinden birine mi benzetildiği hususunun tartışmalı olduğuna yukarıda değindik. D.19.3.1 pr. metninin çok sağlıklı olmaması yüzünden hangi dönemden itibaren var olduğu kesin olarak bilinemesi de, *aestimatum*'u, kendisine has özel bir sözleşme olarak kabul etme çabası da gözden kaçmaz. Bunu özellikle “*actio de aestimato tereddüdün ortadan kalkması için önerilir*” anlamına gelen “*actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia*” ifadesinden anlıyoruz ki bu sözleşme satış, kira, hizmet, vekâlet gibi komşu hukukî ilişkilerden daima ayırt edilmiştir. Bu da bize, Klasik devirden itibaren var olup olmadığı tartışması sabit kalmakla birlikte, *aestimatum*'un Romalılar tarafından kendine özgü ayrı bir sözleşme tipi olarak algılandığını düşündürmektedir.

Aynı şekilde bugün, Türk hukuku açısından da *aestimatum*'a karşılık gelen satış için bırakma sözleşmesi de benzer sözleşmelerden bağımsız, kendisine özgü, isimsiz bir sözleşme tipi olarak kabul edilmektedir⁴⁷.

2. Satış Sözleşmesi ile Arasındaki Farklılık

Satış sözleşmesinde amaç, malın satıldığı kimseye mülkiyet hakkını sağlamaktır. Oysa *aestimatum*'da satış için bırakan, malı bıraktığı kimseye mülkiyet hakkını daimî olarak sağlamak niyetiyle değil, malı onun aracılığıyla bir başkasına satmak niyetiyle hareket etmektedir. Şu halde satış için bırakılan, yani *aestimatum* borçlusu, malın mülkiyetini daimî olarak elde etmek saikiyle hareket etmez, o, malı başkasına satacak ve devredecek olduğu için mülkiyet hakkını geçici olarak elde etmek niyetindedir. Bu durumda amaç maldan tam anlamıyla bir yararlanma hakkına sahip olmak değil malı bir başkasına satmaktır. Satış sözleşmesinde alıcının yalnızca satış bedelini ödemekle yükümlü olduğu, malı geri vermek gibi bir borcu olmadığı halde; *aestimatum*'da, mal, başkasına satılmak amacıyla bırakıldığından, satış için bırakılan kimsenin, satış bedelini ödemek veya malı geri vermek gibi bir seçimlik borcu vardır⁴⁸.

Aestimatum'un satış sözleşmesi ile örtüşmediği hususu rahatlıkla anlaşılabilirse de şarta bağlı bir satış sözleşmesi olup olmadığı tartışmalara konu olmuştur. Özellikle doktrinde **Piotet**, satış için bırakma sözleşmesinin şarta bağlı bir satış sözleşmesi olduğu konusunda ısrarcıdır; yazara göre, bu sözleşme malın bir başkasına belirli bir süre içinde satılması geciktirici şartına bağlı olarak yapılan tipik bir satış sözleşmesinden ibarettir⁴⁹.

Bu noktada *aestimatum* ilişkisinin niçin kendisine bir *pactum* eklenmiş satış sözleşmesi şeklinde kurulmadığı akla gelmesi ve cevaplandırılması gereken bir sorudur. Zira önce satış sözleşmesi akdedilerek malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi ve hemen akabinde bu satış sözleşmesine, “*malın üçüncü kişiye satılması eğer satılamaz ise malın iadesi*” kaydıyla bir *pactum*, yani satıcıya alım hakkı tanıyan bir *pactum de retrovendo* ile, malın iadesinin sağlanması mümkün olabilirdi⁵⁰. Satış sözleşmesi iyi niyete dayalı bir sözleşme olarak ihdas edildiği için ekli *pactum*'larla öngörülen şart gerçekleştiğinde satış sözleşmesinden doğan davayı açarak malın iadesi sağlanabilirdi. Böylece *aestimatum* ile ulaşılmak istenen amaca satış sözleşmesine ekli bir *pactum de retrovendo* ile de pekâlâ ulaşılabildi. Bununla birlikte *aestimatum* ilişkisi objektif esaslı unsurları bakımından satış sözleşmesine uymamaktadır. *Aestimatum, contrahitur re* niteliğindeki sözleşmelere uymaktadır. Çünkü *aestimatum* malın başkasına satılması maksadıyla karşı tarafa bırakılmasıyla kurulmaktadır, bu bakımdan *aestimatum* sözleşmesi *real* bir sözleşmedir⁵¹. Bu

⁴⁶ Bu hususta bkz. GIFFARD, “Precarium”, s.139.

⁴⁷ TEOMAN, s.15 vd.; BİLGE, s.11.

⁴⁸ TANDOĞAN, “Satış İçin Bırakma Sözleşmesi”, s.3; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.21; AKYOL, s.48-49; TEOMAN, s.16.

⁴⁹ PIOTET, s.57. Thaller de Roma hukukundaki *aestimatum* için aynı fikri savunmaktadır (Thaller, s.639-655'den nakleden: MEYLAN, s.105).

⁵⁰ *Pactum de retrovendo* kaydı ile yapılan *pactum* sayesinde satıcıya belli bir sürenin geçmesi ya da belli şartların gerçekleşmesi durumunda malı geri alma hakkı tanınırdı (SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı, Güncellenmiş 2.Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s.494).

⁵¹ Bu bakımdan satış sözleşmesinde gördüğümüz *sinallagma* ilişkisinin *aestimatum* bakımından mevcut olduğunu söyleyemeyiz; ancak *real* sözleşmelerde *sinallagma* ilişkisinin bulunduğunu ileri süren aksi yöndeki bir görüşe de burada yer vermek icap eder. Türel'e göre, reel sözleşmelerde, (sanıyoruz ki yazar *real* sözleşmeleri kastetmektedir), taraflar arasında bir *consensus* bulunduğu ve bu aşamada her iki taraf üzerinde eksik borç doğduğu ve bu bakımdan bir *sinallagma* ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir (TÜREL, Ege: “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Sebep

bağlamda malın mülkiyetinin karşı tarafa devrinin hukukî sebebi *causa solvendi* değil, *causa credendi*'dir. Satış sözleşmesinde, satıcı malın mülkiyetini devretmek üzere zilyetliği devrederken kendi borcunun ifası amacıyla hareket etmekte; *aestimatum* alacaklısı ise, malın başkasına satılıp devredilmesi suretiyle kendi yararına bir işin görülmesini hedeflemektedir⁵². Şu halde *aestimatum* ilişkisinde karşı taraftan bir alacak hakkı elde etmek beklentisi vardır. *Aestimatum*'un, bu mahiyetiyle, satış sözleşmesine uymaması onun ayrı bir dava ile korunmasını gündeme getirmiştir. Nitekim *Proculianus* okuluna göre objektif esaslı unsurlarını taşımayan bir satış sözleşmesi yok hükmündedir, mesela “*bir diğerinin inşası karşılığında sana evimi satıyorum*” örneğindeki gibi. Burada satış bedeli inşa edilen bir başka ev ile ikame edilmiş demektir ki bu edim mutlaka bir miktar paradan ibaret olması gereken satış bedeli edimine uymaz. Bu bağlamda şunu da eklemek gerekir ki tarafların ekledikleri *pactum*'larla isimli sözleşmelerin objektif esaslı unsurlarını değiştirmeleri durumunda da aynı sonuç geçerlidir⁵³; bu gibi durumlarda da hukuki ilişki ayrı bir dava ile korunmalıdır⁵⁴.

3. Vekâlet Sözleşmesi ile Arasındaki Farklılık

Satış için bırakılan kimsenin bu malı satmakla, tıpkı bir vekil gibi, başkasının işini gören bir kimse gibi telâkki edilmesinden dolayıdır ki *aestimatum* ile vekâlet sözleşmesi arasında büyük bir benzerlik kurulur. Bununla birlikte, vekilin başkası adına ve hesabına, *aestimatum* borçlusunun ise kendi adına ve hesabına hareket etmesiyle her iki sözleşme birbirinden ayrılır. Yine vekil, vekâlet verenin talimatıyla bağlı olup kararlaştırılan bedelin altında bir satışa yetkisi yoktur⁵⁵. *Aestimatum* sözleşmesinde ise *aestimatum* borçlusu kararlaştırılan bedelin altında bir fiyata da malı satabilme serbestisine sahiptir⁵⁶.

4. Komisyon Sözleşmesi ile Arasındaki Farklılık

Komisyon ile *aestimatum* 'un birbirinden ayrıldığı ilk nokta, komisyoncunun kendi adına ve müvekkili hesabına hareket etmesine karşılık *aestimatum* borçlusunun kendi adına ve hesabına hareket etmesidir⁵⁷. Bunun sonucu olarak komisyoncu, kararlaştırılan bedelin altında bir satış yaptığı zaman aradaki farkı müvekkiline ödemek zorunda kaldığı gibi, fazlasına sattığında da fazlalığı kendisinde alıkoyamayıp yine müvekkiline vermek zorundadır. Oysaki *aestimatum* borçlusu, malı kararlaştırılan bedelin daha fazlasına satabileceği gibi, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmediği sürece, daha aşağısına da satabilir; ancak her iki halde de satış için önceden kararlaştırılan bedeli vermek zorundadır⁵⁸. Bu durumda satış için bırakılan, malı kararlaştırılan bedelden daha fazlasına sattığında fazlalık kısmı, komisyoncunun aksine, kendisinde alıkoyabilir. Bundan başka komisyoncu yürüttüğü işin karşılığı bir ücret alır. Oysaki satış için bırakılanın ücret talep etmesi gibi bir durum söz konusu olamaz; eğer bir kazanç elde etmek istiyorsa malı kararlaştırılan bedelin üzerinde bir fiyata satmak için çaba göstermek durumundadır⁵⁹.

5. Şirket Sözleşmesi ile Arasındaki Farklılık

Aestimatum sözleşmesi şirket sözleşmesinden de ayrılır⁶⁰. Zira şirket sözleşmesinde ya da diğer bir deyişle adi ortaklık sözleşmesinde iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaca ulaşmak için emek ve sermayelerini birleştirmeleri söz konusudur. Bu unsurun ilk bakışta *aestimatum* için de geçerli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, *aestimatum* 'da, tarafların malın satılması ortak amacı etrafında birleştikleri görülse de, ortak amacın gerektirdiği etkinliklere katılma unsuru bakımından eksiklik vardır. Malın satılmasını isteyen kişi satış için bıraktıktan sonra malın satılması için hiçbir

ve Sinallagma İlişkisi”, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, MÜHF-HAD, 23(3), 2017, Özel Sayı, s.371). Biz aynı fikirde değiliz, zira *contractus realis* 'te amaç, edimi ona tekabül eden yeni bir edimle karşılamak, yani edim değiş tokuşu değil, alınan malı geri vermek edimidir; mesela kullanım ödünçü, saklama sözleşmesi, rehin sözleşmesinde olduğu gibi. (real sözleşme kavramı hakkında bkz. KOÇAYUSUFAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, Hemen hemen hiç değiştirilmemiş 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s.115-117; HATEMİ/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, §2 N. 12.

⁵² DESJARDINS, s.623.

⁵³ Mesela vekâlet sözleşmesinde ivaz eklenmiş olması taraflar arasındaki ilişkinin vekalet olarak nitelendirilmesini engeller; bu durumda *actio mandati* yer bulmayacaktır, burada artık yeni bir borç ilişkisi söz konusu olur. Bununla birlikte *Sabinianus* okulunun *Proculianus* 'ların aksine aynı sözleşmenin davasını vermek eğiliminde olduğunu da ilave etmelidir (DESJARDINS, s.624).

⁵⁴ DESJARDINS, s.625-626.

⁵⁵ Öte yandan, mutlaka bir bedel kararlaştırılmış olması da gerekmez. Hiç bedel kararlaştırılmamışsa vekilin vekâleti özenle ifa sonucu elde ettiği bedel ne ise müvekkil onu elde eder (TANDOĞAN, “Satış İçin Bırakma Sözleşmesi”, s.5).

⁵⁶ TANDOĞAN, “Satış İçin Bırakma Sözleşmesi”, s.5.

⁵⁷ TEOMAN, s.28; TANDOĞAN, “Satış İçin Bırakma Sözleşmesi”, s.4; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.22.

⁵⁸ TANDOĞAN, “Satış İçin Bırakma Sözleşmesi”, s.4; TEOMAN, s.27 vd.

⁵⁹ TEOMAN, s.28-29; AKYOL, s.50.

⁶⁰ BUCKLAND, s.72-73.

çaba göstermez, bu bakımdan, malın satılmasına yönelik amaç şirket sözleşmesindeki ortak amaca tekabül etmez⁶¹.

Roma Hukuku açısından meseleye baktığımızda ise, *aestimatum*'un hangi sözleşmelerle yakınlık içinde olduğu sıralanırken *aestimatum* ile ilgili metinlerde, şirket sözleşmesine yer verilmemiştir. *Aestimatum*'un şirket sözleşmesinden farklı olduğu "...et societas non videtur contracta in eo qui te non admisit socium distractionis..."ifadesiyle D.19.5.13 pr.'da dile getirilmiştir. D.19.3.1 pr.'daki metinde *aestimatum*'un satış, vekâlet, kira, istisna ve hizmet sözleşmelerinden farklı olduğu açıkça belirtilmekteyken şirket sözleşmesine hiç değinilmemiş olmasının nedeni hakkında yürütülen fikir, bunun tamamen basit bir unuttan kaynaklanmış olabileceği yolundadır⁶².

6. Hizmet Sözleşmesi ile Arasındaki Farklılık

Aestimatum'un bir hizmet sözleşmesi olduğu da söylenemez. Burada *aestimatum* borçlusunun, malı satmak suretiyle bir hizmet gördüğü ve malı karşılaştırılan bedelin üstünde bir fiyata sattığında aradaki farka kendisinin sahip olacağından bahsediliyorsa da buradaki hizmetin teknik anlamda bir hizmete ve ücretin de teknik anlamda bir ücrete karşılık geldiği sonucuna varılamaz. *Aestimatum* borçlusunun hizmeti teknik anlamıyla bir hizmet değildir çünkü hizmet sözleşmesinde görülen işçi ile işveren arasındaki emir talimat ilişkisi *aestimatum*'da yoktur, *aestimatum* borçlusu bağımsız faaliyet gösterir. *Aestimatum* borçlusu malı istediği koşullarla ve istediği fiyata satabilir, *aestimatum* alacaklısı buna karşamaz. *Aestimatum*'da teknik anlamıyla bir ücret de söz konusu değildir zira malı daha yüksek bir fiyata sattığı zaman elde edilen fazlalığın *aestimatum* borçlusunun kendisinde kalması için karşılığı bir ücret olarak vasıflandırılmaz. Zira *aestimatum* borçlusu malı karşılaştırılan bedelin üstünde değil de altında bir fiyata sattığı zaman ücret adına bir talepte bulunmak şöyle dursun aradaki farkı bizzat kendisi ödeyecektir. Bundan başka, hizmet sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi olduğu halde, *aestimatum*, ani edimli bir borç ilişkisi karakterindedir⁶³.

III. AESTIMATUM SÖZLEŞMESİNİN ROMA HUKUKUNDAKİ UYGULAMA ALANI

A. Genel Olarak

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, *aestimatum*, ana çizgileriyle gerek Roma gerek Türk hukukunda, bir malın değer biçilmek suretiyle satış için bırakılması manasına gelmektedir. Bununla beraber *aestimatum*'un Roma Hukukundaki işlevinin sadece satış için bırakma sözleşmesinin karşıladığı ihtiyaca cevap vermektan mi ibaret olduğu, yoksa çok daha geniş çerçevede Roma Hukukunun ticarî temsil anlamındaki tüm boşluklarını dolduran bir işleve mi sahip olduğu meselesi tartışmalıdır⁶⁴.

Bugünkü hukukumuzda ticarî temsil, ticarî vekillik, seyyar tüccar memurluğu, pazarlamacılık, komisyonculuk gibi kurumlar birbirinden ayrılmış olup işlevleri de az çok farklılaşmıştır. Roma'da ise bu kurumlar kesin çizgilerle birbirinden ayrılmış değildi. Bu sebeple, doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir düşünceye göre, modern hukuktaki ticarî temsil, ticarî vekillik, komisyonculuk, seyyar tüccar memurluğu gibi kurumlara uygun düşen bir ticarî

⁶¹ TEOMAN, s.37.

⁶² MEYLAN, s.107 ve s.123'te dn.2.

⁶³ TEOMAN, s.38-39.

⁶⁴ HERZOG, J. L.: "Les Agents Commerciaux Dans La Rome Antique" Revue Trimestrielle De Droit Commercial, 18, 1965, s.66-67.

vekâletin Roma Hukukundaki yokluğu bu boşluğun büyük ölçüde *aestimatum* tarafından doldurulmasını gerektirmişti⁶⁵.

B. Ticarî Temsil ve Ticarî Vekillik

Bugün Türk hukukunda ticarî temsilci kurumu⁶⁶, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.547-551 arasında düzenlenmiş ve şu şekilde tanımlanmıştır:

TBK m.547

“Ticarî temsilci, işletme sahibinin, ticarî işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticarî temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir”.

Maddedeki tanımdan anlaşılmalıdır ki ticarî temsilci, kendisine işleri idare etme ve söz konusu teşebbüsü temsil etme yetkisi verilen kişidir⁶⁷. Ticarî vekil ise TBK m. 551’de şu şekilde tanımlanmıştır: “Ticarî vekil, bir ticarî işletme sahibinin, kendisine ticarî temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir”. Buna göre ticarî vekil; ticarî işletmeyi işleten kişi tarafından ticarî işletmenin olağan iş ve işlemleriyle sınırlı kalarak ticarî işletmeyi yönetmek veya bu işletmenin bazı işlemlerini yürütmek üzere tacire bağlı olarak atanan kişidir⁶⁸. Ticarî temsilci ve ticarî vekil arasındaki en önemli fark yetkilerinin kapsamı bakımındandır. Nitekim ticarî temsilci, ticarî işletme sahibinin kendisi gibi (*alter ego*’su) olup yetkileri ticarî vekile göre daha geniştir; zira ticarî temsilci, ticarî işletmenin olağan ve olağanüstü bütün işlemleri yapmaya yetkili iken, ticarî vekil sadece olağan işlemleri yapmaya yetkilidir⁶⁹.

Ticarî temsilci ve ticarî vekil ile işletme sahibi arasında bir temsil ilişkisi vardır. Buna göre ticarî temsilci bakımından onun yaptığı işlemlerin sonuçları temsil olunan üzerinde doğar. Bu bakımdan ticarî temsilcinin işlemi bizzat temsil olunanın işlemi gibidir⁷⁰. Ticarî temsilci ile ticarî işletme sahibi arasında kurulan temsil ilişkisi işletme sahibinin iradesine dayalı bir iradî temsil ilişkisidir. Ticarî işletme sahibi varması gerekli tek taraflı bir irade beyanında bulunduğu zaman temsil yetkisi verilmiş demek olup karşı tarafın kabulüne ihtiyaç yoktur⁷¹.

Roma Hukukunda, bugün anladığımız anlamda bir ticarî temsilci ya da ticarî vekil gibi bir kavrama rastlanmaz. Bunun nedeni Roma Hukukunda doğrudan temsil anlayışının bulunmayışına bağlanabilir⁷². Ticarî temsilcinin yaptığı işlemler doğrudan işletme sahibi üzerinde hüküm doğuracağı için ticarî temsil doğrudan temsil anlayışına dayalıdır. Oysaki Roma’da gerçek manasıyla bir doğrudan temsil ilişkisi mevcut değildi⁷³. Romalıların anlayışına göre bir hukukî işlemin sonuçları ancak tarafları üzerinde doğar. Başka deyişle, hukukî işleme kimler taraf olmuşsa ancak onlar bu hukukî işlem ile bağlanıp hukukî işlemin dışında kalan kimselerin bu hukukî işleminden etkilenmeleri beklenemezdi⁷⁴. Bu bakımdan Roma Hukukunda, ister kanuni temsil ister iradi temsil yoluyla olsun, başkasının işini idare eden kimsenin yaptığı hukukî işlemin sonuçları iş sahibinin üzerinde doğrudan doğamazdı. Başkası hesabına da olsa hukukî işlemi bizzat kendi adına yapar ve bu suretle kendisi için iktisap eder, alacaklı ve borçlu olur, sonrasında bu hak ve borçları ayrı bir hukukî işlemle iş sahibine devrederdi. Bu bakımdan Roma Hukukunda benimsenen temsil

⁶⁵ MEYLAN, s.104.

⁶⁶ Borçlar Kanunumuzdaki ticarî temsilci kavramının kökeni, Alman Ticaret Kanunu (HGB)’de düzenlenmiş olan “prokura” kavramı hakkında bkz., (ULUSAN, İlhan: “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist” Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.625-626. Aslında prokura ilişkisi özel bir ticarî temsil ilişkisidir; çünkü prokura Borçlar Hukukundaki genel temsil yetkisine nazaran çok daha geniş kapsamlıdır, öyle ki işletme sahibinin “*alter ego*”su, yani “diğer ben”idir (DOMANIÇ, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4.Bası, İstanbul 1988, s.322; POROY/YASAMAN, s.290).

⁶⁷ Ayrıntı için bkz. BİRSEL, Mahmut T.: “Ticarî Mümessil Tarifinde Şahsi Unsur”, BATİDER, 2 (1), 1963, s.2.

⁶⁸ YOLAL, Oğuz: “Ticarî Vekil İle Benzer Kavramların Karşılaştırılması”, MÜHF-HAD, 26 (2), 2020, s.1268.

⁶⁹ Ticarî temsilci ile ticarî vekil arasındaki farklar için bkz. YOLAL, s.1283 vd.

⁷⁰ POROY/YASAMAN, s.289-290; ACAR, Faruk: “Sınırlı Ehliyetsizlerin Ticarî Mümessil Olarak Tayini Sorunu”, Selahattin Sulhi Tekinay’a Armağan, İstanbul 1999, s.1-3.

⁷¹ ACAR, s.3-4.

⁷² Gai. Inst., 2. 95.

⁷³ EMİROĞLU, Haluk: “Roma Hukukunda Vekâlet ve Temsil”, AÜHFD, 52(1), 2003, s.109. Modern hukuklardaki doğrudan temsil anlayışı 19 uncu yüzyıl dogmatikğine aittir, Romalılar genel bir temsil kurumunu Roma Hukukunun hiçbir döneminde tanımamışlardır (SÖĞÜTLÜ, s.295).

⁷⁴ Bu hususla ilgili olarak Ius. Inst., 3.19.19’da şöyledir: “*Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest...* (Bir başkası için *stipulatio*’yu, yukarıda söylendiği gibi, hiç kimse yapamaz...)”. D.50.17.123.1 pr.’da da, “*nemo alieno nomine lege agere potest...* (hiç kimse başkası adına hukuken davranamaz...)” denmiştir. D.45.1.38.17’de ise, “*alteri stipulari nemo potest...* (hiç kimse diğer kimse için *stipulatio* yapamaz...)” denerek yine genel kural belirtilmiştir, (ayrıntı için bkz. SÖĞÜTLÜ, s.293-296).

anlayışı doğrudan değil, dolaylı bir temsil anlayışı idi⁷⁵. Roma’da doğrudan temsilin görülmeyişinin en önemli nedeni aile evlatları ve köleler sebebiyle buna gereksinim duyulmamış olmasıdır⁷⁶.

Doğrudan temsil anlayışına yabancı olmasına bağlı olarak Roma’da ticarî temsil gibi bir kurum mevcut olmasa da bu ihtiyacı gideren başka bazı kurumlara rastlanmaktadır. Bu kurumlar arasında ilk etapta *institor*’luk ve *procuratio* akla gelmektedir. Ancak, bizim fikrimize göre, *aestimatum*’u da bu ihtiyacı gideren kurumlar arasında saymak icap eder.

Ticaretin gelişmesi ve karmaşıklaşması zamanla Roma’da bugünkü gibi bir ticarî temsile duyulan ihtiyacı da arttırmıştı. Zamanla aile evladı ve köleler dışında kalan ve ticarî işletmenin başına geçirilmiş *sui iuris* kimselerin ticarî faaliyetleri sebebiyle aile evlatları ve kölelerin ticarî faaliyetleri nedeniyle aile reisine doğrudan açılacak munzam davaların aile dışından atanmış bu hür kimseler için de tanınmaya başlamasıyla modern hukuktaki gibi bir ticarî temsil anlayışına doğru adımlar atılmıştır. Aile reisinin ticarî işletmesinin başında bulunan bu aile dışı kimselerin yaptıkları hukukî işlemlerden doğan borçlardan dolayı da, sanki bu borçlar aile reisi üzerinde doğmuş gibi, dava açılmaya başlandı⁷⁷. Böylelikle aile reisinin ticarî işletmesinin başına geçirdiği kimse köle dışında hür bir kimse olduğu zaman ticarî işletmeyi yöneten kişi bugünkü ticarî temsilciye yaklaşmış oluyordu. Ticarî işletmenin başına geçen kimse *institor* terimiyle ifade edilir ve yaptığı hukukî işlemlerden dolayı kendisine dava açılabilirdi⁷⁸. Bu bakımdan *institor*’un yaptığı hukukî işlemler aslında doğrudan aile reisini bağlar ve bu suretle *institor* aile reisinin ticarî temsilcisi veya ticarî vekili gibi hareket etmiş olurdu.

Roma’da ticarî temsil ihtiyacını gideren bir başka kurum da *procuratio*’dur. *Procuratio*, kural olarak bir kimsenin tüm işlerinin idaresinin üstlenilmesi anlamına gelir⁷⁹. Buna göre *procurator*, bir kimsenin tüm işlerini ya da sadece tek bir işini idare etmekle yetkilendirilmiş kimse olup, günümüzdeki kâhyalar gibi, yapılması gereken tüm işleri idare ederek malvarlığını yönetirdi⁸⁰. *Procurator*’un genellikle işin idaresi konusunda yetkilendirilmiş olsa da, yetkisi olmadan da bir kimsenin işlerinin idaresini üstlenmiş olmasına bir engel yoktu, bu durumda iş sahibi ile *procurator* arasındaki ilişki vekâletsiz iş görme hükmünde olurdu⁸¹. Şu halde Roma’da teknik anlamda bir doğrudan temsilin var olduğu sonucuna ulaşılamasa da *procurator*’un bugünkü anlamda ticarî temsilcinin işlevini üstlendiği sonucuna pekâlâ varılabilir.

Kanaatimize göre *aestimatum*’da da *institor* ve *procurator*’un üstlendiği işleve benzer bir durum vardır. Gerçekten de *aestimatum* hükümleri çerçevesinde malı başkasına satmak üzere devralan *aestimatum* borçlusu malı üçüncü kişiye satmak suretiyle aslında bir başkasının işini görmüş olmaktadır. *Aestimatum* alacaklısı malını başkası vasıtasıyla satmaktadır. *Aestimatum*’un vekâlet ilişkisinden farklı olduğu kabul edilmekle birlikte, başkasının malını satarak, malın takdir edilen değerini ya da satmadığı takdirde malın kendisini iade eden kimse esasında ister istemez bir temsil yetkisi çerçevesinde başkasının işini görmüş olur. Malı üçüncü kişiye satarak bu kazanç karşılığında malın takdir edilmiş değerini iş sahibine vermekle, malın satımını üstlenen kişi, bir anlamda ticarî temsilci ya da ticarî vekil gibi hareket etmiş olur.

C. Seyyar Tüccar Memurluğu

Seyyar tüccar memurları eski Borçlar Kanunumuzun 454 üncü maddesinde şu yolda düzenlenmişti:

eBK m.454

“Bir müessese için merkezinin haricindeki mahallerde muamele icra eden seyyar memurlar, müessese namına sattıkları malın bedelini almak ve makbuz vermek ve borçluya mehil ita etmek salahiyetini dahi haiz sayılırlar. Bu salahiyetin tahdidi, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı muteber değildir”.

Yeni Borçlar Kanunumuzda buna tekabül eden bir düzenleme yoktur. Seyyar tüccar memurlarının faaliyetleri bir pazarlama faaliyeti olduğundan pazarlamacılık sözleşmesi

⁷⁵ UMUR, Roma Hukuku, s.433; EMİROĞLU, s.109.

⁷⁶ EMİROĞLU, s.109.

⁷⁷ UMUR, Roma Hukuku, s.434.

⁷⁸ TAHIROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, s.226-227.

⁷⁹ EMİROĞLU, s.104; SAYIN KORKMAZ, S. Bengi: Roma Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatım), Ankara 2014, s.169.

⁸⁰ UMUR, Lügat, s.171; ÖZDEMİR, Halide Gökçe: Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Seçkin, Ankara, 2001, s.18 dn.21.

⁸¹ ÖZDEMİR, s.154.

kapsamında görülmelidir⁸². Eski Kanunda yasal düzenlemesi bulunmayan pazarlamacılık sözleşmesi yeni Borçlar Kanunu ile yasal literatürümüze girmiştir:

TBK m.448

“Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlacının sürekli olarak, bir ticarî işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”.

Buna göre, bir işletmenin merkezinin bulunduğu yer dışında faaliyet gösteren pazarlamacılar birer ticarî vekil gibidirler⁸³. Bugün olduğu gibi Roma ticarî hayatında da seyyar tüccar memurlarının olduğu ve önemli ölçüde faaliyet gösterdikleri bilinmektedir. Zira D.14.3 (*De institoria actione*) metinleri, bize şehirleri baştanbaşa dolaşan ve aile reisinin, ya da daha doğru ifadeyle, iş sahiplerinin verdiği eşyaları ya da ticaret mallarını satan kişilerin varlığından söz etmektedir⁸⁴. Köle veya aile evladı ya da hür kimseler arasından seçilerek görevlendirilen bu kişiler, yani *institor*'lar, ticaret mallarını yanlarında götürerek başka şehirlerde de satabilecekleri için bugünün pazarlama faaliyetine denk düşen bir faaliyet üstlenmişlerdir. Aynı durum *aestimatum* çerçevesinde malları satacak olan kimseler için de geçerlidir. *Aestimatum* sözleşmesi uyarınca malı satmak üzere devralan kişi bu malı başka yerlere giderek gezginci bir şekilde de satabileceği için, *aestimatum*, tıpkı *institor*'luk kurumunda olduğu gibi, pazarlamacılık ihtiyacını da karşılamıştır.

D. Komisyonculuk

Doktrinde ileri sürüldüğü üzere⁸⁵, *aestimatum*, Roma'da pek çok ticarî boşluğu ve bu arada modern komisyon sözleşmesinin boşluğunu da doldurmuştur.

Bugün günlük hayatta önemli bir yer tutan komisyon sözleşmesi yasal olarak da (TBK m.532-546) ayrıntılı sayılabilecek bir düzenlemeye sahiptir. Madde düzenlemelerinden anlaşılır ki kendi adına ve vekâlet veren hesabına ve bir ücret karşılığında taşınır ya da kıymetli evrak alım satımını üstlenen kişiler komisyonculardır. Buna göre komisyoncu ile iş sahibi arasında dolaylı temsil ilişkisi vardır. Roma Hukukunda komisyon sözleşmesinin bilinip bilinmediği ise tartışmalıdır⁸⁶. Ancak fikrimize göre *institor* ve *procurator* Roma'daki komisyoncuların üstlendikleri işlevleri de Roma'da yerine getirmiş olmalıdır zira *institor* ve *procurator*'ların çoğu zaman komisyonculuğa da benzeyen faaliyetleri ve çalışma tarzları bizi bu sonuca vardırmaya elverişlidir.

Bu sonucun *aestimatum* bakımından da geçerli olup olmadığı hususunda doktrinde öncelikle her iki kurum arasındaki farklılıklara işaret edilmiştir⁸⁷. Nitekim komisyon sözleşmesinde, kural olarak, elde edilen satış bedelinin ödenmesi, *aestimatum*'da ise kararlaştırılan bedelin ödenmesi; ayrıca *aestimatum*'da, mala biçilen değeri ödemek ya da malı geri vermek gibi bir seçimlik hakkın bulunması bunların iki farklı kurum olarak algılandığı ve komisyonculuk gibi bir fikre Romalıların ulaşamadığı sonucunun çıkarılmasına neden olmuştur⁸⁸. Öte yandan bu iki kurumun hukukî doğasının aynı olduğu ve dolayısıyla basit bir bağlantıdan daha fazlasının bulunduğu da savunulmaktadır⁸⁹. Bizim de kanaatimiz *aestimatum* sözleşmesi ile komisyon sözleşmesi arasında işlevsel olarak büyük bir benzerliğin bulunduğu yönündedir. Zira bir *aestimatum* sözleşmesi çerçevesinde malı başkasına satacak olan kimse olan *aestimatum* borçlusunu ile malı ona temlik eden kimse olan *aestimatum* alacaklısı iç ilişkide birbirlerine *aestimatum* sözleşmesi ile bağlanmış olurlar. Ancak *aestimatum* borçlusunu malı üçüncü kişiye satacak olduğu için dış ilişkide bir komisyoncu gibi hareket ediyor demektir. Malı kendi adına ve hesabına satar ve fakat malın takdir edilen değerini ödedikten sonra geri kalan kısmını, sanki komisyon ücretiymiş gibi, kendisinde alıkoyar. Başka deyişle, *aestimatum* borçlusunun malın takdir edilen değerinin üzerinde bir satış

⁸² Yeni Borçlar Kanunundaki pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin düzenlemenin eski kanun dönemindeki seyyar tüccar memurlarının bir karşılığı olarak getirilip getirilmediği meselesi doktrinde tartışmalıdır, (bkz. ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Fusun: Ticarî İşletme Hukuku, 4.Baskı, 2015, s.700-701).

⁸³ ÖCAL, Akar: “Türk Hukukunda Seyyar Tüccar Memurları”, ESADER, Onuncu Yıl Özel Sayısı, 5(1), s.357.

⁸⁴ GOMBEAUX, E.: “Des Réprésentants De Commerce”, Annales De Droit Commercial, 20, 1996, s.89-90; HERZOG, s.62. Herzog, bu kişilerin durumunu geçmiş yıllarda çokça görülen, kapı kapı dolaşarak mal satan işportacıların durumuna benzetmektedir.

⁸⁵ MEYLAN, s.104.

⁸⁶ Tartışma ve eleştiriler için bkz. HERZOG, s.67 dn.1.

⁸⁷ HERZOG, s.67.

⁸⁸ Tartışma ve eleştiriler için bkz. HERZOG, s.67 dn.1.

⁸⁹ Bu görüşte HERZOG, s.67.

gerçekleştirdiğinde bundan elde edeceği kazanç onun komisyonu gibidir. Ayrıca bugünkü hukukta komisyoncu malı vekâlet verenin belirlediği bedelin altında satacak olursa, bu durumun haklı bir sebebe dayandığını ispat etmedikçe, takdir edilen bedeli ödemekle yükümlü tutulur (TBK m.535). Bu durum malı daha düşük değere satsa bile malın önceden takdir edilen bedelini ödemek zorunda olan *aestimatum* borçlusu için de geçerlidir. Şu halde *aestimatum*'un modern hukuktaki komisyonculuk kurumuna tekabül eden bir işlevi de söz konusu olmuştur.

IV. SONUÇ

Çalışmamızda ulaştığımız ilk tespitlerden biri *aestimatum* sözleşmesi ile ilgili pek çok hususun tartışmalı olduğudur. *Aestimatum*'un Roma'da ne zamandan itibaren bulunduğu, ne zamandan beri bir *contractus* olarak tanındığı, hangi dava ile korunduğu, hukukî niteliğinin ne olduğu, isimsiz sözleşmelerin bir prototipi olup olmadığı gibi hususlar bu tartışmaların başında gelir. *Aestimatum*'un uygulama alanını tespit edebilmek için bu tartışmaları incelemek ve değerlendirmek gerektir ve fakat *aestimatum* ayrı bir tez konusu olacak kadar geniş bir malzemeye sahiptir. Biz bu çalışmamızın sınırlı çerçevesinde, *aestimatum* ile ilgili olarak, onun bir *contractus* olarak tanınıp tanınmadığı tartışmalı olsa da, Klasik Hukuktan beri bulunduğu ve *incerti* bir dava ile korunduğu, sonrasında *incerti* davalarla korunan diğer tüm ilişkilerle bir araya getirilerek isimsiz sözleşmeler grubuna dahil edildiği ve Iustinianus Hukukundan itibaren de *actio praescriptis verbis* ile korunan bir sözleşme olduğu sonucuna ulaştık.

Çalışmamızda ulaştığımız bir diğer tespit, *aestimatum*'un modern hukukun ticarî vekâlet ilişkilerine karşılık geldiği, modern ticaret hukukunda vekâlet ilişkileri çerçevesindeki pek çok kurumun Roma Hukukundaki boşluğunu doldurduğudur. *Aestimatum*, bir kimsenin önceden bir değer biçmek suretiyle bir malı satılmak maksadıyla bir başkasına temlik ettiği, buna karşılık malı devralan kimsenin malı satmayı üstlenerek, malı sattığı takdirde önceden kararlaştırılan bedelini ödemeyi, satmadığında ise malı iade etmeyi üstlendiği bir sözleşme demektir ve bu yapıyla *aestimatum*'un modern hukuktaki ticarî temsil, ticarî vekillik, komisyonculuk, pazarlamacılık gibi faaliyetlere tekabül eden bir işlevi mevcut olmuştur. Bu tür hukukî kurumlara duyulan ihtiyaç *institor*'luk, *procuratio* gibi kurumların yanı sıra *aestimatum* tarafından da giderilmiştir.

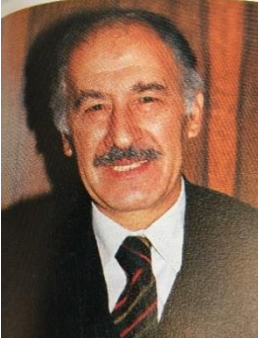
KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: “Sınırlı Ehliyetsizlerin Ticarî Mümessil Olarak Tayini Sorunu”, Selahattin Sulhi Tekinay’a Armağan, İstanbul 1999, s.1-3.
- ACCARIAS, C.: Précis De Droit Romain, Des Institutes De Justinien, Tome II, 4.édition, Paris 1891.
- AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, I.Fasikül, İstanbul 1984.
- ARSEBÜK, Esat: Borçlar Hukuku, Cilt 1-2, 3.Bası, Ankara 1950.
- BESELER, Beitrage zur Kritik der Römischen Rechtsquellen, 3, 1910-1913.
- BİRSEL, Mahmut T.: “Ticarî Mümessil Tarifinde Şahsi Unsur”, BATİDER, 2(1), 1963, s.1-13.
- BUCKLAND, W. W.: “Aestimatum”, Law Quarterly Review, 43(1), 1927, s.74-80.
- CHAUDET, François: *Condictio Causa Data Causa Non Secuta Critique Historique De L’Action En Enrichissement Illégitime de L’Art.62 al.2 CO.*, Lausanne 1973.
- COLLINET, Paul: *La Nature Des Actions Des Interdits Et Des Exceptions Dans L’Oeuvre De Justinien*, 1947.
- CUQ, Edouard: *Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains*, 2.édition, Paris 1928.
- DE VILLIERS, Melius: “Notes on the Innominate and Real Contracts”, South African Law Journal, 42(1), 1925, s.26-31.
- DESJARDINS, Albert: “De L’Action Praescriptis Verbis”, RHD, 11, 1865, s.622-642.
- DI MARZO, Salvatore: *Roma Hukuku*, (Çev: Ziya Umut), 2.Baskı, İstanbul 1959.
- DOMANIÇ, Hayri: *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988.
- EMİROĞLU, Haluk: “Roma Hukukunda Vekâlet ve Temsil”, AÜHFD, 52(1), 2003, s.101-111.
- ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 2019.
- GIFFARD, A.: “Precarium, Condictio Incerti Et Actio Praescriptis Verbis” (“Precarium”), Studi In Onore Di Salvatore Riccobono, Nel XL Anno, Del Suo Insegnamento, II, Palermo, Art. Grafica G. Castiglio-Editore, 1936, s.275-281.
- GIFFARD, A.E.: “L’Actio Civilis Incerti et le Synallagma (D. 2, 14, 7)”, RHD, 4. Sèrie, 34, 1957, s.337-346 çevrimiçi www.jstor.org Erişim Tarihi: 27.08.2021, s.337-346.
- GIFFARD, A.E.: “Une Interpolation Prétendu Dans Dig. De Aestimatoria 19, 3, 1” (“Interpolation”), in *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris 1959, s.135-139.
- GOMBEAUX, E.: “Des Réprésentants De Commerce”, *Annales De Droit Commercial*, 20, 1996.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: “Koltukçu (=Gezginci) Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-2), 1951, s.524-548.

- GÜNAL, Nadi: Roma Hukukunda Var Olmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti), Ankara 1996.
- HATEMİ/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- HERZOG, J. L.: “Les Agents Commerciaux Dans La Rome Antique”, Revue Trimestrielle De Droit Commercial, 18, 1965, s.61-68.
- IUSTINIANUS, Institutiones, Türkçe Metin: Ziya Umur, İstanbul, 1968.
- KAYA, Mehmet Ali: İlkçağ Tarihi ve Uygarlığı, 3.Basım, Bilge Kültür Sanat Yayınları, İstanbul 2020.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, Hemen hemen hiç değiştirilmemiş 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları, İzmir, 1993.
- KURTOĞLU, Seda: “Contractus Aestimatorius”, Ankara Barosu Dergisi, 14(6), 1957, s.250-253.
- LENEL, Otto: L’Edit Perpétuel, Ouvrage Traduit En Français Par Frédéric Peltier, Tome II, Paris, 1903.
- MEYLAN, Philippe: Origine Et Nature De L’Action Praescriptis Verbis, Lausanne, 1919.
- ORTOLAN, M.: Explication Historique Des Instituts, De L’Empereur Justinien, Tome III, 8.édition, Paris 1870.
- ÖCAL, Akar: “Türk Hukukunda Seyyar Tüccar Memurları”, ESADER, 5(1), s.355-361.
- ÖZDEMİR, Halide Gökçe: Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Seçkin, Ankara, 2001.
- PETIT, Eugène: Traité Élémentaire De Droit Romain, 9.édition, Paris 1925.
- PIOTET, Paul: Le Contrat Estimatoire, Dit Soumission ou De Consignation (Trödelvertrag), Editions Stämpfli & Cie, Berne 1967.
- RADO, Türkân: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- SAYIN KORKMAZ, S. Bengi: Roma Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatium), Ankara 2014.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016.
- SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı, Güncellenmiş 2.Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2020.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Özel Borç İlişkileri), I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul 1988.
- TANDOĞAN, Haluk: “Satış İçin Bırakma Sözleşmesi” (“Satış İçin Bırakma Sözleşmesi”), BATİDER, 7(1), 1974, s.1-9.
- TEOMAN, Nebiyye: “Satım İçin Bırakma Sözleşmesi” Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1987.
- THALLER, E.: “A Propos Du Contrat Estimatoire” dans Mélanges Appleton, 1903, s.639-655.
- TÜREL, Ege: “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Sebep ve Sinallagma İlişkisi”, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, MÜHF-HAD, Özel Sayı, 23(3), 2017, s.3365-393.
- ULUSAN, İlhan: “İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist” Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.625-675.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügati (Lügat), İstanbul 1983.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mevhumlar-Hakların Himayesi (Roma Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul 1984.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsun: Ticarî İşletme Hukuku, 4.Baskı, 2015.
- YOLAL, Oğuz: “Ticarî Vekil İle Benzer Kavramların Karşılaştırılması”, MÜHF-HAD, 26(2), 2020, s.1264-1304.

Prof. Dr. Mustafa Tören YÜCEL  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.962132> 



Ankara'nın Ulus semtinde Augustus Tapınağı'nın bitişiğinde Hacı Bayram Camii'nin bulunduğu mahallede iki katlı ahşap bir Ankara evinde dört kardeşten üçüncüsü olarak 12 Şubat 1937'de doğdum. Üç yaşına geldiğimde Ankara'nın Yeni Turan Mahallesi (Arnavut ve Boşnakların çoğunlukta olması nedeniyle Arnavut Mahallesi olarak ta adlandırılmaktaydı) taşındık. Mahalle sanki New York'un Manhattan semtini planlayan şehir tasarımcısı türü bir mimar tarafından tasarlanmıştı. Mahalle birbirine paralel olan ve uzunluğu 400 metre olan dört sokaktan ibaretti. Mahallenin bir tarafında İncesu deresi ve hipodrom (at yarışları ve resmi tören geçitlerinin yer aldığı mekan) öteki tarafında Kazık İçi Bostanları olarak anılan Ankara'nın sebze bahçeleri yer almakta idi. Mahalleye şehir suyu şebeke bağlantısı yapılmadığı için su ihtiyacı taşıma sularla çeşmelerden veya kuyulardan temin edilmesine karşın sanki Goethe'den esinlenerek mahalle sakinleri evlerinin önlerini süpürdükten sonra yıkadıkları için mahalle her daim tertemiz idi. Mahalle'nin İstanbul caddesi kenarında bir tek kahvehanesi bulunma ve kaynaşma mekanı olarak yer alırken, bu mekana çocukların girmesi *de facto* yasaktı.

Ev kapılarının kilitsiz olduğu bu mahallede kişilerin bireysel düzeyde kime, nasıl ve ne kadar güvenebileceği toplumsal düzeydeki mekanizmalara dayalı olarak kendiliğinden oluştuğuna tanık oldum. İşte eski Ankara mahallelerinde oluşan mahalle bilinci, ayıplanma duygusu yoğun bir yaşam ortamında konut kapıları kilitsiz ve sakinleri olabildiğince güven içinde yaşamaktaydılar. Bu güven duygusunun olabildiğince toplum kurumlarına karşı beslenmesi önemli olmalı. “Düşmansız yaşamak güvenmeyi gerektirmektedir.” Şimdilerde anlıyorum ki, o günkü mahallemiz Durheim'in teorik yaklaşımının somut bir örneği idi: Mekanik dayanışma ve zamanla organik dayanışma vücut bulmuştu.

Yaşamımın ilkökul, ortaokul ve liseyi kapsayan büyük bölümü bu mahallede geçti. Şimdilerde olduğu gibi okul servisleri olmadığı için evden Ulus'ta Posta Caddesinde yer alan ve ismi ile somutlaşan Devrim İlk Okuluna (şimdilerde yerinde Modern Çarşı diye anılan hırdavatçılar mekanı olmuş) tahta bir çanta ile yaya olarak gidip geliyorduk. Tahta çanta kiş günlerinde kar yağdığı zaman Ankara'da Merkez Bankası binası arkasındaki yokuşta kızak işlevi görmekteydi. Okula gidiş-gelişimiz oldukça zevkli idi. Hele baharla Ankara'nın temiz havasını soluyarak çiçek açan akasya ağaçlarından nasiplenerek yol almanın zevki çok özgün idi. Bu yürüyüşlerimiz orta eğitimde de devam etti. İlkokulda yaya olarak gidiş-geliş olarak kat ettiğimiz 8 km'lik mesafe Cebeci Orta Okuluna giderken 30 km'ye çıktı. Cebeci ortaokulu zamanın en modern okulu idi. Sonradan çok seçkin olduğumu anladığım öğretmenler arasında rahmetli Kartal Tibet'in (film artisti ve prodüktörün) babası avukat Hasan Tibet idman dersine gelirken, rahmetli Doç. Dr. Bahriye Üçok tarih dersine geliyordu. Benim yaşamımda yer alan rastlantıların ilki, Bahriye öğretmenin eşi olarak Prof. Dr. Coşkun Üçok'un Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki eğitim sürecinde Türk Hukuk Tarihi ile Siyasi Tarih derslerine gelmesi olmuştur.

Lise eğitimimi Ankara'daki o zamanlar için iki liseden biri olan ve Hergelen diye isimlendirilen itfaiye meydanındaki Gazi Lisesi'nde tamamladım. Lisedeki öğretmen kadrosu tümüyle seçkin kişilerden oluşuyordu. Hele matematik hocamız, Maşuk, beyaz önlüğü içinde azametiyle bizler üzerinde çok etkili olmuştu. Ne var ki, sınav sonucuna bir kez itiraz ettiğimde aldığım yanıt çok ilginç idi: “Çatalla çorba içilir mi?” Bu arada oldukça genç olan idman hocamız Talat Akgül bizlere yaşam boyu rehber olacak fiziki eksersizleri her derste yineleyerek eksersiz ne kadar önemli olduğunun bilincimize yer etmesini sağlamıştı. Bu süreçte ilginç bir gelişmeye de tanık olduk. Liseye başladığımızda üç yıl olan lise eğitimi dört yıla çıkarıldı(!?). Lise son sınıfta

Edebiyat/Fen bölüm seçiminde bana yatkın olan Fen bölümünü seçmiş ve liseyi pekiyi derece ile bitirmiştim. İlginç olan ise bizler liseyi dört yılda bitirdikten sonra lisenin yine üç yıla indirildiğine tanık olmamızdı. Ne var ki, bu eşitsiz ve adaletsizlik, bu konumda olanlar için ilerde bir kademe ilerlemesi tanınarak giderilmişti.

Orta eğitim sürecinde bende egemen olan herkesin avukatlığını yapmak düşünce ve eylemi lise sonrası beni doğrudan Hukuk Fakültesine yönlendirdiği için; o zamanlar sınavsız girişle Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine kaydımı yaptırdım. O yıl hukuk fakültesi birinci sınıfındaki öğrenci sayısı 5,000 kadar idi. Tüm sorun hocayı dinleyebilecek bir sırada yer bulabilmek olduğundan evden sabah 6.00 'da çıkarak okula gidip kapı önünde kapıların açılma saatini bekliyordum. Sonraları sınıfta ön sırada oturmanın öğrenim açısından ne kadar önemi olduğunu anladım.

Akademik giysileri içinde gelen Anayasa dersi öğretim görevlisi Prof. Dr. Bülent Nuri Esen ile Medeni Hukuk öğretim görevlisi Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu teatrel duruşları ve söylevleri ile oldukça etkileyici olmuşlardı. Birinci sınıf benim için yabancı bir dil öğrenmek gibi kavramlara nüfuz etmekle geçti. Bu süreçte kavramsal düzeyde bana yardımcı olan Sayıştay hâkimi rahmetli babam Ali Rıza Yücel sayesinde ilk yılın Şubat tatilinde okuduğumu anlama yetisine kavuşmuştum.

Hızla akan zamanla kendimizi sınavlarda bulduk. Sınav yöntemi her yıl okutulan altı dersten ikisinin kura ile seçilerek yazılı eleme sınavına girilmesi; bu sınavı geçenlerin ilan edilmesi sonrası aynı günde dört ayrı dersten sözlü sınava girilmesi şeklinde idi. Bu sınavlardan yüksek notlarla geçmenin Fakültemizce basılan yayınlarla ödüllendirilmesi kuralı gereği bendeniz ilerde oluşacak hukuk kitaplığımın temel taşlarına sahip olmuşum. Bu başarı dizisi üç yıl daha devam ederek fakülte üçüncüsü olarak okuldan mezun oldum.

Hukuk fakültesinde dört yılda okutulan dersler arasında Adalet Psikolojisi seçimlik dersler arasında yer alırken, Kriminoloji'ye ders programında yer verilmemişti. Bu seçimi yapmayan çoğu öğrenciler önyargıların kararlarımızı nasıl renklendirmekte olduğundan habersiz; bu bağlamda etkileyici öğeler olarak kişisel deneyimler ile kültürel çevrenin yer almasından, otomatik alınan bazı davranış kararlarının bilinç, niyet ve kontrolden yoksun olarak vücut bulmasından yoksun olarak mezun oldular; bizlerin algısının, belleği ve sosyal yargılarının sınırlı verilerden inşa edilen bilinç dışılığımızı inşa ettiğini göremediler. İşin ilginç yanı Ankara Hukuk Fakültesi'ne özgü olan bu yaklaşım diğer hukuk fakültelerince de kopya edilerek Adalet Psikolojisi hukuk fakültelerinde seçimlik ders olarak okutulmaya devam emektedir. Halbuki, adaletin bir karar olduğu; kendiliğinden ortaya çıkmadığı; ve onu çıkartanın biz insanlar olduğu unutulmuştu. Gerçekte, fakültelerde yargılama/karar süreci psikolojisi araştırma konusu edilmeli; öğrencilerin bu türden araştırma sonuçlarını irdeleyerek kendilerini tanımalarına fırsat verilmeliydi.

Aynı durum kriminoloji dersi için de geçerli idi. Kriminoloji halen ders programlarında seçimlik ders olarak yer almaktadır. Öğreti ise bu dersin önemine şöyle vurgu yapıyordu: Prof. Dr. Füsün Sokullu, “Ceza Hukukunun Kriminoloji, Psikoloji ve Sosyoloji bilmeden eksik olacağını Dönmezer’ den öğrendim” (Sulhi Dönmezer Armağanı C.I, Ank., 2008, s.333); Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck’e göre ise, “Kriminolojisiz ceza hukuku kör, ceza hukuksuz kriminoloji ise sınırsızdır.”

Bu dört yıllık fakülte eğitimim sırasındaki tanıştığımız akademisyenler arasında önceliklere ek olarak Faruk Erem, Yaşar Karayağın, Turgut Kalpsüz’ü sevgi ve saygı ile anmadan geçemeyeceğim. Bizlere hukuk kavram kristalinin 360 derecelik algılanmasında önemli katkıları olan hocalarımızı takdirle anarken, hocaların hocası Prof. Dr. Ernest Hirsh’in Fakültemizi ziyareti sırasında Ticaret Hukuk dersinde “Çekler” üzerine verdiği dersteki kavramları yaşatır “anlatım yöntemini” unutulmaz bir hatıra olmanın ötesinde akademik yaşamımda da her zaman değerli bir rehber olarak gördüm.

Hukuk fakültesini bitirdiğimde avukat olmak üzere avukatlık stajıma başladığımda; Milli Eğitim Bakanlığınca Adalet Bakanlığı hesabına Avrupa’da hukuk doktorası yapmak üzere sınav açılacağı duyurusu üzerine bu sınava odaklandım. Dört arkadaş olarak bu sınavı kazandığımızda; üçü Avrupa’ya gönderilirken, Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu’nun önerisini kabul ederek infaz (penoloji) konusunda doktora eğitimi için ABD’ye gitmeyi. kabul ettim. Lise İngilizce bilgisi ile ABD’de doktora eğitimine gitmenin ne kadar zor olabileceği bilincinden yoksun olduğum için gözü kapalı atlamıştım. Gidiş öncesi veda için Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü müteveffa tetkik hâkimi ve sonradan sırasıyla Hukuk İşleri Genel Müdürü, Danıştay Üyesi ve Anayasa Mahkemesi üyesi olan Dr Bülent Olçay’ı ziyarete gittiğimde soğuk bir duşla

ayrıldığımlı hatırlıyorum. Sayın Olçay, “Avrupa’ya giden arkadaşlar için değil amma, ABD’de doktora eğitiminin çok zorlu bir süreç olduğunu” bana söylemişti.

Evet, ABD maceramız 14 Mart 1960 tarihinde başladı. KLM uçağı ile Viyana, Londra üzerinden New York’a uçtuk. Dil eğitimi için Columbia Üniversitesi ile New York Üniversitesinde toplam dokuz aylık eğitim sonrası (dili öğrenmemde sonradan önemli bir katkısı olduğunu



öğrendiğim bir yönteme başvurarak geceleyin açık oturumları dinlemek üzere radyo ile yatağı giriyordum) New York Üniversitesi Kamu İdaresi Fakültesinde bir dönem aldığım dersler sonrası ABD’nin tanınmış kriminologlarından Paul Tappan ve Gerhard O.W. Mueller’in New York Üniversitesi Hukuk Fakültesine gelmesiyle eğitiminin geri kalanına orada devam ettim. New York Üniversitesi Hukuk Fakültesi ABD’nin doğu kesimindeki on meşhur hukuk fakültesinden biri olarak ün salmıştı. Bu ünün benim üzerindeki psikolojik ağırlığı altında fakülte kütüphanesinin alt katındaki ayırmış olduğum kabinde okumalar, düşünceler ve irdelemeler başlamıştı. Başlıca eserleri *Moral Decision, Sense of Injustice* olan Hukuk Felsefesi’ne gelen Edmund Cahn, bir keresinde derste “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin hangi dava ve kararlar oluşturduğunu ve bilenin ismini yaşam boyu dile getireceğini söylediğinde, kimsenin parmağı kaldırmadığı anda soruyu yanıtlamamın etkisini hep hissettim.

New York’ta yaşam oldukça pahalı idi. Aylık olarak verilen burs 140 dolar olup, bunun yarısı yurt ücreti olarak verilğinde geri kalanla geçinmek zor olduğundan bazı ihtiyaçları sevgili annem Sultan Müyesser Türkiye’den karşılıyor olmasına rağmen; bu durumu düzeltmek üzere rahmetli İsmet İnönü’nün New York’a gelişinde durumum kendisine iletilerek burs miktarının Türkiye’ye dönüş sonrası 170 dolara çıkarılması sağlanmıştı.

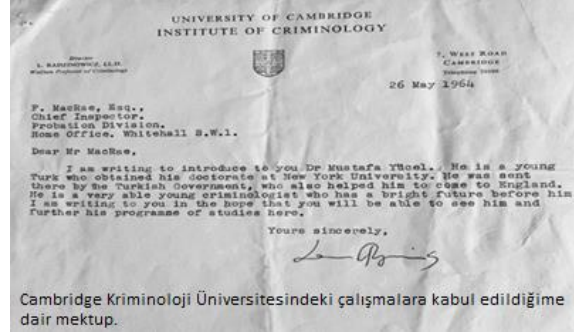
Doktora eğitimim sırasında hocam G.O.W Mueller sayesinde sosyoloji kongrelerine, seminerlere katılıyor; kütüphanemi ve bilgi dağarcığımlı zenginleştiriyordum. Bir keresinde Chicago’da Northwestern Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Savcılar Seminerine katıldığımda konuşmacının “Aristoteles’in Retorik’ini okumadan bir kişinin avukatlık yapabileceğini düşünemiyorum” sözü benim için sarsıcı olmuştu. O akşam kitabı temin etmişim. Yıllar geçtikten sonra Hakimler ve Savcılar Eğitim Merkezinde verdiğim derslerde bu kitabı tanıtarak retorik bilincini oluşturmaya çalışıyordum. Kitabın iki kez Türkçeye tercüme edildiğine tanık oldum. Bundan da esinlenen Hâkim Hilmi Şeker’in “Esbab-ı Mucibe’den Retoriğe-Hukukta Gerekçe” adlı eserinin de, kuşkusuz, hukuk öğrencileri ve avukatlar için önemli bir referans olduğunu düşünmekteyim.

New York’ta katıldığım toplantılardan birinde Cambridge Üniversitesi Kriminoloji Enstitüsü Müdürü Prof. Dr. Leon Radzinowicz ile tanışmam ve kendisinin beni Enstitüde görmek istemesi üzerine Türkiye’ye dönüş yolunda iki ay enstitü seminerlerine aktif olarak katılarak zamanın namlı kriminologlarıyla diyaloga girmek fırsatını yakaladım. Bu Enstitü ve Hukuk Fakültesi Trinity College bünyesinde yer alıyordu. Bu fakülteye giriş için gerekli koşulların yerine getirilmesi sonrası aday öğrenci, kendisine bir saat önce verilen bir sayfalık metni argüman geliştirme yetisinin ölçülmesi için sorgulamayı, yarım saatlik bir sürede başarılı bir biçimde tamamlamak zorundaydı. Seçkin akademik kadronun öğrencilere sağladığı yorumlama ve analiz etme ile hukuki anlayış yetisi mezunlarına toplumda seçkin bir yer sağlamıştır. Nitekim, AİHM hâkimi Prof. Dr. Mark Villiger’e mahkeme huzuruna gelen avukatlarından hangi ülke avukatının etkileyici olduğunu sorduğumda İngilizler diyerek, yanıtına devamla, kendisi İsviçre’de Basel Hukuk Fakültesi mezunu olarak Cambridge Hukuk Fakültesi’nde staja gittiğinde iki hukuk fakültesi arasındaki farkın Porsche araba ile yaya arasındaki fark kadar olduğuna işaret etmişti. (TBB’ince düzenlenen “Bir Adli Organ Olarak Savcılık” Dedeman Oteli, Ankara, (7-8/07/2006). Bu çerçevede Trinity College dekanı tarafından davet edildiğim öğle yemeğine değinmeden geçemeyeceğim. Hocalar yemek salonuna akademik giysileri içinde başta dekan olmak üzere ikişer kollu yürüyerek girdiler. 15 metre uzunluğundaki yemek masasının bulunduğu platform öğrencilerin bulunduğu yemek salonundan 30 santimetre yüksekte idi. Öğrenciler de yemek salonuna siyah cüppeleri ile gelmişti.

Yemek sonrası yine aynı askeri disiplinle içki servisi yapılan başka bir salona geçildi. Bu kez kıdemli bir akademisyen masaya başkanlık yapıyordu. Servis ve konuşmalar sonrası rahat koltukların olduğu üçüncü salonda kahve ve çay servisinin yapıldığına tanık oldum. İşte o günkü

öğle yemeği, yemek ve içki-kahve ötesi entelektüel ziyafetin servis edildiği bir sembol olarak belleğimde yer etti.

Öte yandan, Enstitü Müdürünün aşağıda yer alan referans mektubu ile Londra’da ceza adaleti sistemi kurumlarını ziyaret ederek kurumların *de facto* işleyişine tanık oldum. Bu arada ceza mahkemelerindeki duruşmaları izliyordum. Bir keresinde Londra’daki bir sulh ceza mahkemesinde tanık olduğum cinsel uzvun umumi tuvalette teşhir edilmesi davasında hâkimin sanığa “Sir, siz bir kere daha huzura gelmişsiniz; sizin bir psikiyatri görmenizi sağlık veririm. 25 Pound cezaya hükmediyorum.” diyerek beş dakikada bitirmesine kıyasen Ankara’da bir Sulh Ceza Mahkemesinde beş yıldır süren bir hakaret davası karşısında, *dava yönetiminin* yargılama sürecinin anahtar değişkenlerinden biri olduğunu göstermesi bakımından oldukça önemli olduğunu düşünmekteyim.



Nasıl geçmesin ki, dört yıl üç aylık bir süre memleketten ve sevdiklerinden ayrı kalmanın ötesinde üniversite kafeteryasında yemek sayılmayacak türden bir kültüre esir olmuştum. Bu nedenle Ankara’ya varış sevgili annemin yemekleri sayesinde yeniden damak tadına uygun yemeklere kavuşmak demek oluyordu.

Ankara’da iki günlük bir dinlenme sonrası mecburi hizmet gereği Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğüne diplomalarımı atanma işlemlerimin yapılması için yaptığım başvuru iki saat içinde tamamlanarak Ankara Adliye’sinde Savcılık stajına başladım. Bir yıllık bu staj süresinin çoğu Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğünde yürüttüğüm projelerle geçti. Amacım Cemil Meriç’in Hakikat bin bir cepheli, bin bir görünüşlü. Karşınızdaki, görmediğinizi gösterecek size. Sizden farklı düşündüğü ölçüde yaratıcı ve öğreticidir.” öğretisini egemen kılmak idi. Bu amaçla siyasetin teoriye dayalı olması gereği teorik yaklaşımları sergilemek ötesinde mukayeseli çalışmalarla cezaların infazı (penoloji) konusunda değişimler sağlamak üzere genel müdürlük personelinin bilinçlenmesi önem arz ediyordu. Bu doğrultuda Avrupa Konseyi Suç Sorunları Bölüm Başkanlığının sağladığı olanaklarla genel müdür ve yardımcılarının cezaların infazı konularında düzenlenen toplantılara katılması ve yabancı ülke cezaevlerinde gözlemlerde bulunması sağlandı. Bu fikri gelişme sonrası 1965 tarihinde yasalaşan *Cezaların İnfazı Hakkındaki* 647 sayılı Kanunla Türk İnfaz tarihinde radikal bir adım atılmış oluyordu. Bu süreçte Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğünde danışman olarak bulunan Birleşmiş Milletler’de Suçların Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Bölüm eski başkanlarından Prof. Dr. Manuel Lopez-Rey’in önemli katkısı yadsınamaz. Kendisi danışmanlığı sırasında ülkedeki çoğu cezaevlerinde gözlemde bulunarak tarafımdan tercüme edilen “Türkiye’de Suçluların İslâhı” adlı eseri kaleme almıştır. Muhterem hocamızla birlikte Ankara Sıhhiye semti Sağlık Sokak’ta hizmet vermeye başlayan Sosyal Hizmetler Akademisinde birlikte “Kriminoloji ve Sosyal Hizmet” dersini vermeye başladık. Bu dersler sırasında bana “ne kadar ücret alacaksınız” diye sorduğunda kendisine mühim değil yanıtını verdiğimde, “o zaman hiç kıymetin olmaz” diyordu. Ne var ki, ülkenin bana sağladığı olanaklar karşısında kültürümüze özgü değerleri benimsemiş bir kişi olarak ücrete bakmaksızın ders vermeye Akademi’de uzun yıllar devam ettim. Arkasından Polis Akademisi, Jandarma Subay ve Tatbikat Okulu’nda Kriminoloji ve Adalet Psikolojisi dersleri vermeye başladım. Akademik çalışmalar beraberinde ülkeye özgü kriminolojik verileri ve bilgileri

sorgulamayı getirdiğinden yeni araştırmalara yönelme ve bunları gazete ve (Ankara Baro Dergisi, Türk İdare Dergisi ve Adalet Dergisi olmak üzere) dergilerde yayınlama benim için bir tutku haline gelmişti. Amerikan akademik dünyasında yer alan “Publish or perish”(Ya yayınlarsın, ya yok olursun!) deyişi kanıma girmişti. İşte bu iyi mikrop sayesinde bugün de yazmaya devam ediyorum. Değişmeyen amacım Türkiye’de ceza adaleti ve özel sektör içinde hizmet sunumunu geliştirmede pratik bir rol oynamak; hâkimlerde kriminolojik/psikolojik aklın derecesini yükseltmek; hukuk teorisi, kavramlar ve soyutlamalarla dile getirilmekte, gerekçelendirilmekte ve somutlaştırılmakta ise de, kurallardan biri ihlâl edildiğinde cezalandırılan ve cezaevine konulmanın bir kavram değil, bir insan olduğunu vurgulamaktı. İnsanı devre dışı bırakıp, hukuku cansız nesnelere *toplama*na dönüştüremeyiz. Bir kavram ne denli yüceltilirse yüceltilsin, anlamı, kavramın tikel/toplumsal varlıkların deneyimlerine ilişkin sonuçları gözlenerek irdelenmeli ve hukuk bilgisinin, uğruna hukuk yaratılan kişiler/toplum göz ardı edildiğinde, çok az şey ifade edeceği bilinmeli; hukukun insani boyutu olduğu kadar *toplumsal bir olgu* olduğu da unutulmamalıdır.

Evet, yeniden mesleki görevime dönüldüğümde görülen manzaranın çok ilginç olduğunu belirtmek isterim. Çok genç yaşta olmam nedeniyle Adalet Bakanı Hasan Dinçer’in beni Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü yapmak istemine olumu yanıt vermedim. Genel Müdürlük, Kadirli kaymakamı olarak nam salmış Adalet Bakanı Mehmet Can (1978) zamanında yeniden boşalınca Bakanlık tarihinde ilk kez vuku bulan bir süreçle, üst düzey görevlilerin oyları ile genel müdür seçildim. İlk yaptığım o zamana dek dokuz üst düzey görevlisinin müsteşarlık makamı hariç sekreteri olmayan genel müdürlüğe bir sekreter atamak oldu. Bakanlık mimari yapısında sekreter odası olmasına karşın kimsenin aklına sekreter gereksinmesi gelmemesi hayret verici idi. Sekreterin klasik işlevleri ötesinde en önemli işinin hediye paketleri için bir majino hattı oluşturmasını amaç edinmiştim.

Sekreter ötesinde gerçekleştirmeye çalıştığım reform yaklaşımları bağlamında, cezaevleri ziyaret mahalli düzenlemeleri, gönüllü ziyaretçi oluşturulması, cezaevinden gönderilen mektuplarda muhataplarını incitmemek üzere zarfın üzerine “görölmüştür” damgasının vurulmaması ve adres yerine de cezaevinin bulunduğu yerin adresinin yazılması; kırmızı renkte olan cezaevi araba renginin gri renge boyatılması, açık cezaevi sayısının artırılması, Afyon merkezli gezici güvenlik oluşturulması, *çocuk ceza ve islahatları* etiketinin *çocuk islahatları* olarak değiştirilmesi; cezaevleri teşkilatına sosyal hizmet uzmanı ve psikologların alımının hızlandırılması ve en önemlisi de 647 sayılı yasada yapılan değişikliklerle bir aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezalara paydos edilmesi yanında kurumlarda çalışmayı motive etmek üzere açık rejimde çalışan hükümlülerin çalıştığı her ay için altı günlük indirim yapılması gerçekleştirilmiştir. Amacım cezaların infazına egemen olan klasik ceza anlayışından uzaklaştırıcı düzenlemeleri egemen kılmak; cezaevinin artık bizim ana çıpamız olmadığı yeni adalet alanlarını yaratıcı bir şekilde keşfetmek idi. Bu amaç doğrultusunda her Pazar günü cezaevi yaşamını sergileyen TV programları bir süre devam etti. Bu çerçevede Julide Gülizar ile TRT’ye yaptığım bir söyleşide saydamlık amaçlı olarak cezaevi duvarları yıkılsın ifademine sansür edildiğine tanık oldum. Öte yandan 30 Mart 2013 tarihli “Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik” te yapılan değişikliklerle hükümlülerin eşleriyle baş başa görüşmeleri için cezaevlerine “*pembe oda*” oluşturulması düşüncesini yirmi beş yıl önce 1978 yılında İmralı’da başlatmak üzere yaptığımız girişim de medyada sergilenen tepki üzerine gerçekleşmemiş idi.

Genel Müdür oluşumun ertesi günü, Yozgat Cezaevinde vuku bulan isyan nedeniyle gittiğimde gördüğüm manzara halen belleğimde yer almaktadır: Vali olarak Necat Eldem duruma el koyarak güvenlik kuvvetleri ve itfaiye hazırlanmış; hava sisli ve yağmurlu idi. İsyanın nedeni meçhul olduğundan, durumu anlamak üzere koğuşlara gitmek üzere ana kapıya yönelerek babanızın geldiğini söyleyerek, kapıyı açmalarını istedim. Normalde kapının dışarıya doğru açılması gerekirken, içeri açılan kapının arkası tahkim edildiğinden on dakikalık bir süre sonra kapı açıldı ve içeri yalnız olarak girip dert haline gelmiş sorunlarını dinlediğimde haklı olduklarını gördüm. Sonrasında Valimiz ve koğuş temsilcilerinin de katılımı ile gerçekleştirdiğimiz toplantıda gerekli çözümler ve ıslahatları on beş gün gibi kısa bir sürede gerçekleştirdik. Bu bağlamda cezaevlerine özgü genel bir sorunda koğuş kapılarının asmalı kilitlerle donatılmış olması nedeniyle ufak bir zorlamada koğuş kapılarının argo tabirle “patlaması” idi. Bu sorunu çözümlmek için zamanın kilit imalatçılarıyla temasa geçtiğimde gömme kilit yapmadıklarını söylemeleri bende hayal kırıklığı yaratmıştı. Oldukça sürpriz bir gelişme ile bu soruna da çözüm getirmiştik. Şöyle ki, her bayram yaptığım gibi bu kez Ramazan Bayramı münasebetiyle cezaevlerini ziyaret etmek üzere Sungurlu-Çorum’dan başlayarak Karadeniz hattındaki cezaevlerine Ordu’ya kadar gitmeyi planladım. Bu gezide Trabzon’a gittiğimde cezaevi müdürü tabanca imalatından hükümlü olan

kişinin gömme kilit yapması suretiyle koğuş kapılarının donatıldığını söyledi. Bu gözlem benim için en kıymetli bir bayram hediyesi olmuştu. Sıra hükümlü kardeşimize telif hakkı ödemeye geldiğinde; Adaleti Güçlendirme Vakfı imdadıma yetişerek kendisini onurlandıracak miktar ile birlikte takdir mektubunu tarafına göndererek, Ankara Çocuk İslahevi atölyelerinde kilitlerin seri imalatına başlanmıştı.

Ne var ki, yaptığımız tüm bu çabalar 2004 tarihli Yeni Türk ceza siyaseti ile buharlaşacaktı. İmge Yayınlarından çıkan Yeni Türk Ceza Siyaseti adlı eserimde bu durumu kanıtlarıyla ayrıntılı olarak vurgulamanın ötesinde; TBB tarafından düzenlenen Tasarı üzerindeki toplantılarda da gerekli ikazları şahsen yapmışım. İşte rasyonel olmayan bu siyaset uygulaması ile Avrupa Konseyi ülkeleri arasında genel nüfustaki 100.000 kişiye karşılık cezaevlerindeki nüfus yoğunluğu en fazla olan ülke konumuna yükseldik.

Genel müdürlük sonrası bir yıl süren Yüksel Müşavirlik dönemi başladı. Bu dönemde, akademik çalışma olarak Dil Tarih Coğrafya Fakültesi Hukuk Felsefesi Kürsüsünde vermeye başladığım Kriminoloji dersi yanında yazılarıma ağırlık verdim. Bu unvanın yasa ile kaldırılması sonrası Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünde merkezi makam olarak uluslararası (yurt dışında Türk vatandaşlarına özgü tebligat, ve istinabe istemleri yanında yabancıları da içeren sözleşmelerin gereğini yerine getirmeyi içeren) adli yardımı organize etmek üzere görevlendirildim. Bu süreçte Dış İşleri Bakanlığı aracılığı ile yapılan tebligat işlemlerindeki uzayan süreyi azaltmak üzere ilk önce Dış İşlerinin Genelgesi ile istemlerin doğrudan Konsolosluklara iletilmesi sağlandı; arkasından bu uygulama Tebligat Yönetmeliğinde yapılan değişiklikle norm haline getirildi. Tebligat işlemleri bağlamında o zamana dek yapılmayan hukuk usulüne ait gerekli bilgiler yabancı dillerde eklenerek gönderilmeye başlandı ve bu suretle hak kayıplarının önlenmesi sağlandı. Bu bölümde artık bendenize gereksinme kalmadı ki, Sayın Adalet Bakanı Necat Eldem'in ısrarlı istemi ile yeni kurulan APK (Araştırma, Planlama ve Koordinasyon) Başkanlığı'na Daire Başkanı olarak atandım. Yeni görev benim için oldukça heyecan verici oldu: Yeni araştırmalara odaklanmak olanağımı buldum. Araştırma konularım arasında *Türk Yargısının Yapısal Analizi projesi yer almaktaydı*. Bu proje “yargı sistemi” yapısı profilinin incelenmesine ilişkin bir değerlendirme olup, bu araştırmada temel sorular şunlardı:

- 1) Hukuksal korunma hızlı ve kabul edilebilir sonuçlarla sağlanmakta mıdır?
- 2) Nerede, hangi açıklar/kara delikler vardır?
- 3) Hangi seçenekler düşünülebilir?

Hukuk normu (pozitif ölçüt) ile hukuki gerçeklik (sosyal ölçüt) arasında var olan gerilimi saptamak üzere yapılan yargının yapısal analizi (YYA) *Türkiye’de Yargının Etkinliği* başlığı ile yayınlanmış ve 1991 yılında Sedat Simavi Vakfı Sosyal Bilim Ödülünü almıştır. Sonrasında bir ceza dava dosyasının düzenlenmesi, Yargıtay’da yapay iş olarak beliren ve yüzdesi çok fazla olan ve “aidiyeti nedeniyle ilgili dairesine gönderilmeye” dair kırtasiyeciliği sonlandırmak veya en aza indirmek üzere Yargıtay Daireleri Görev Kılavuzu’nun hazırlanması projesi geldi. Bu kılavuzun uygulaması Mart 1994’te yürürlüğe girdi. Söz konusu projeler gerçekleştirilerek raporlanmış olup, Bakanlık makamına arz edilmişti.

Tüm bu çalışmalarda yargının varlık nedeni (*raison d’etre*) her bireysel davaya özgü (süreç ve sonuç açısından) adaletin sağlanması; faaliyetlerin ve kaynakların (insan kaynağını da içermek üzere) koordine edilerek gereksiz gecikme nedeniyle yargının amacından taviz verilmemesi (*makul süre*) veya sapılmaması idi. Kuşkusuz, yargısal gecikme olgusu, öteki tek bir değişkenden daha fazlaca mahkemece gösterilen tüm diğer çabaları sıfırlamakta ve bu olgu yargıya özgü bir hastalık veya sağlık koşullarının bir semptomu olmakta idi. Bu durum arabanın gösterge tablosuna benzettiğimizde; araba sistemi temsil ediyorsa, yargı sürecine ait ölçümleme sonuçları, hâkime vasitanın ne derece iyi ve kötü çalıştığını gösterecektir. Araba kullanan kişiler, benzin, yağ, hararet vs. göstergesini periyodik olarak kontrol etmeksizin kullanmamaktadırlar. Aksi takdirde kör araba sürünlere karşı yegane şans/umut onlarla aynı anda trafikte olmamaktır.

1994 yılının Mart ayında tasarladığım yeni projeler arasında karar süreci sosyolojisi için öncelikle toplu bir mahkemede karar müzakeresinin videoya alınarak analiz edilmesi ile aynı dava dosyasının farklı hâkimlere tevzi edilerek verdikleri kararın sözlü olarak kayda geçirilmesi yöntemi ile mukayeseli bir araştırma yapılması yer almakta idi. Bu projeleri uygulama olanağı Sayın Adalet Bakanı Mahmut Oltan Sungurlu’nun bendenizi Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürü olarak ataması nedeniyle ortadan kalktı. Adli Sicil Genel Müdürlüğü Ankara Kızılay semtinde Tuna Caddesinde beş katlı müstakil bir binada yer alıyordu. Bu binaya ilk gelişimde Genel Müdürlük katına kadar olan merdivenler kırmızı hali ile döşenmiş; iki sekreterli; makam odasının

oldukça büyük, TV’si ve toplantı masası ile iyi bir izlenim edinmiştim. Ertesi günü mesai saati bittiğinde tüm katları ve odaları gezerken odacının temizlik yaptığını gördüğümde binanın temizlik açısından iç açıcı olmadığını kendisine söyleyerek bu konudaki düşüncelerini dile getirmesini istedim. Odacının dile getirdiği notlarla oluşturduğum temizlik genelgesi bağlamında toz deposu haline gelen kırmızı halılar da kaldırıldı.

Toplantı salonunun da değerlendirilmesi gerekiyordu. Her akşam mesai saati bitiminde hâkim arkadaşlarla günün irdelenmesi/sorgulanması bağlamında tartışma zemini oluşturmak istedim. Bir hafta boyunca düzenlediğim bu toplantıların vizyon geliştirici niteliği olmadığını gördüğümde toplantıları sonlandırdım. Zaman çok kıymetli olmuştu. Yurt içinde ve yurt dışındaki vatandaşın adli sicil çilesini sonlandırmak; adli sicil bilgisi gelmediği için uzayan ceza yargılaması ve tutukluluk süresini kısaltmak üzere tüm harf gruplarına ait ceza ve yerine getirme adli sicil bilgilerinin bilgisayar veri bankasına aktarılması amaç değer olarak belirmişti. Bu tür girişimler yabancı ülkeler de en az 5-6 yıl alırken, uyguladığımız yöntemle ve hâkimlerden Necati Öztekin, Hüseyin Şentürk ve Mehmet Kömürcü’nün olağanüstü çabalarıyla bu süreci yedi ay içerisinde tamamladık. Ülke içinde çile son bulurken, yurt dışındaki vatandaşlar için çile devam ediyordu. Düşünün İsviçre’nin Basel kentinde oturan Türk vatandaşı sabıka belgesi için trenle Zürih’teki Baş Konsolosluğa giderek dilekçe vermekte ve sonucunu ancak 3-4 ay sonra yine Zürih’e giderek almakta ise de; metin Türkçe olduğundan tercüme masrafı ile geçerli belge oluşabilmekte idi. Yayınladığımız bir genelge ile vatandaşların doğrudan Genel Müdürlüğümüze uluslararası posta kuponu ile başvurularını sağlandı. Bu başvuruların yanıtı gereksinme duyulan yabancı dilde düzenlenerek doğrudan vatandaşın adresine gönderilmeye başladı. İşte böylelikle de bu çile de son bulmuştu.

Adli sicil veri tabanında oluşan veri bankası ceza adaleti sektöründe çalışan akademisyenler için bulunmaz bir kaynak olmasına karşın kimsenin bilgiye gereksinmesi olduğunu görmedim. Bu açığı kapatmak ve verileri değerlendirmek üzere veri tabanında şu iki projeyi gerçekleştirdik:

1. *Mükerrir suçluluk*: 01/06/2000 tarihi itibarıyla Adli Sicil veri tabanı taramasında 1994 yılında hakkında ceza fişi oluşturulan 480.289 hükümlüden %19.5’inin (94.074) 1994-1999 yıllarında birden çok suç işlediği ve ortalama suç sayısının iki olduğu saptanmış; bunların %6.7’si hapis ve para cezası, %52.6’sı para cezasına ve %40.5’i de hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edildiği görülmüştür. Bu sayılar bile, geri kalan %79.5 oranındaki eski hükümlünün neden mükerrir konumuna girmediğini veya diğerlerinin neden suç işlediğini açıklayamamakta ve bunu açıklayan bir metodunda bulunmadığıdır.

2. *Makul süre: algoritması*: AİHS 6/1 maddesi uyarınca ceza davasının normal süresi bağlamında önce işlem/ işlemlerin yapılması için belirlenen sürelerin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu süreler göreceli olup; dava türüne göre değişmektedir. Mağdur için süre suçun işlendiği andan başlarken, kolluk için ihbar/yakalama anından, Mahkeme açısından ise davanın açıldığı tarihten itibaren başlamaktadır. Bu çalışmanın ortaya koyduğu bulgulara göre, 1989 yılında kesinleşmiş ceza mahkumiyetleri esas alınarak merkezi adli sicil veri tabanında bulunan 133.323 ceza fişinin taranması yapılarak çeşitli evrelerde geçen süre (Suç-Karar; Karar-Kesinleşme ve Suç- Kesinleşme) ortalamaları (gün olarak) saptanmıştır (bkz. M.T.Yücel. Türkiye’de Yargının Etkinliği, TBB, 2008). Bu proje ötesinde yargılama süresi hakkında bilinç oluşturmak üzere mevcut bir formülü uygulayarak her adli birimden çıkan işlerin ortalama görülmesi süresi (gün olarak) Adli İstatistik kitabında yer almaya başlamıştı.

Genel Müdürlüğümüzün üstlendiği ikinci görev ise adli istatistiklerdi. Bu tür istatistiklerin derlenmesi ve yayınlanması Devlet İstatistik Enstitüsüne bırakılmış olduğundan ilk evrede yaptığımız Enstitü görevlileri ile işlevsel verilerin derlenmesi için yaptığımız toplantılar sonrası yeni veri tabloları ile yabancılar için İngilizce tercümeleri geliştirildi. Bu aşamada Prof. Dr. Ejder Yılmaz’ın katkıları da kayda değer olmuştur. Aradan iki yıl geçtikten sonra adli istatistik kitabı da Genel müdürlüğümüzce basılmaya başlanarak, internet ortamına aktarılmıştı.

Bu genel müdürlükte yaklaşık olarak 10 yılı aşkın bir süre hizmet ettim. Bu süre de çeşitli bakanlarla çalışırken, bazı bakanlar bizleri hiç ziyaret etmezken, Bakan olarak rahmetli Şevket Kazan iki kez brifing almak üzere Genel Müdürlüğüme geldi ve son gelişinde şunu vurguladı: “*Yargı reformu Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünden geçer.*” En son olarak birlikte çalışmaktan zevk aldığım Sayın Bakan Prof. Dr. Hikmet Sami Türk de istatistiki veri analizlerine gereksinme duyardı.

Genel müdür olarak ve zaman zaman da uzmanlık alanım nedeniyle Avrupa Konseyi toplantılarına müteaddit defalar katılmakta idim. Bunlardan biri 2010 tarihinde Köln'deki "Hukukta Yapay Zeka" toplantısı olmuştu. Toplantı sonrası durumu YÖK'e iletmeme karşın bir gelişmeye tanık olamadım. Aynı öneriyi uzun yıllar görev aldığım Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dile getirmeme rağmen bu projeyi de realize edemedik. Aynı hayal kırıklığı hukuk eğitiminde klinik çalışma için de geçerli oldu: 31 klinik çalışmanın yer aldığı Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi karşısında hukuk fakültelerimizdeki klinik çalışmaların yetersiz olduğunu söylemenin yanlış olmadığını düşünüyorum.

Adli Sicil'deki görevim sırasında bir yandan Polis Akademisinde Adalet Psikolojisi ve Kriminoloji dersleri vermeye devam ediyordum; daha önce mezun olan öğrencilerimle bilgi alışverişinde bulunuyordum. Bu süreçte önemli gördüğüm bir eksiklik, kolluğa erişmek üzere belli bir telefon numarasının olmayışı idi. Her ülkede belli bir numara örneğin İngiltere'de 999, Japonya'da 110 olarak belirlenmişti. Bu projeyi geliştirmek üzere on yılı aşkın bir süre çalıştım ve en sonunda 1986 yılında, İstanbul'da terörle mücadele toplantısında tanıştığım Emniyet Genel Müdürü Bedük bu projeyi sahiplenerek 1987 yılında sistem 055 olarak kuruldu (sonradan 155 oldu). Bu bağlamdaki ikinci projem şehirlerin kamera sistemi ile donatılması oldu. Gerçekleşen bu proje ile karanlık kalan suçlarda (*dark figures*) önemli bir azalma sağlandı.

Üzerinde çalıştığım (2005) bir diğer projede Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye aleyhindeki ihlal kararı sayısının azaltılması için hukuk fakültesindeki temel derslerin Mahkeme İçtihatları bağlamında yeniden hazırlanması idi. Ne var ki, bu uğraşı vermek yerine, müfredata "İnsan Hakları" dersi konuldu; sonuç değerlere bakıldığında; bu dersin bir etkisi olmadığı görüldü. «Bireysel başvuruyu kabul eden hiçbir ülkede Türkiye kadar çok sayıda başvuru yapılmadığı gibi; örneğin, İspanya ve Almanya Anayasa Mahkemelerine yapılan beş-altı bin civarındaki yıllık başvurunun, Anayasa Mahkememize neredeyse bir ayda yapılan başvuru sayısına tekabül ettiği de izahtan varestedir. AYM Başkanı Zühtü Arslan'ın dediği gibi; "Bireysel başvurunun amacı tek tek sinekleri yok etmek değildir ...bataklığı kurutmaktır». Günümüze gelindiğinde; işte bu durumu ıslah etmek üzere AB ve Avrupa Konseyi tarafından finanse edilen AIHM ve AYM içtihatlarına ilişkin farkındalıkların artırılması projesine (2021) gereksinme duyuldu. On altı yıllık bir gecikme ile bu projemin ne derece gerekli olduğu görülmüş oldu.

Adli Sicil'deki görevimin son yıllarında Bakanlığın onayı ile İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde İngilizce kriminoloji dersi; Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Adalet Psikolojisi, Kriminoloji, Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi derslerini vermeye başladım. Çankaya Üniversitesindeki serüvenim 12 Şubat 2002 tarihinde meslekten emekliliğimle tam zamanlı olarak "Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi Bölüm Başkanı" olarak yaklaşık on beş yıl devam etti.

11/2/2002 tarihinde 12 yıl süren hizmetimin bitişinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce düzenlenen veda töreninde hâkim Sibel Luş'un seslenişi ve 40 yıllık meslek geçmişime itfaen kızımın yazıp okuduğu şiir şu şekilde idi.

Yaşam bir süreçtir,
Süreç ise bir süzgeç
Bir süzgeç ki
Üretmeyi, gözetmeyi eler
Eleğin üzerinde sadece
“İsim”ler kalır.
Bu isimler M.Tören Yücel gibi,
bazen bir “hoca” ister önüne.
İşte böyle bir yıldız kayıyor
bürokrasimizde
Ve ...bizler dilek tutuyoruz
Onun gibiler hep üzerimizde
olsun,
Aydınlatsın bizleri ve gökyüzünü!
Güle güle sayın Genel Müdürüm
Güle güle sayın M.Tören Yücel
Sonsuz sevgi ve saygılar sana...
Sibel LUŞ

UZUN BİR YÜRÜYÜŞTÜ

Bir yolcu varmış
Yola ilk düştüğünde
Umutları uçağın kanadındaymış,
Gideceği yere vasil olduğunda;
Geçen beş sene,
Birincilikle onurlandırılmış mezuniyet defterinin
Yapraklarından kopan başarılarla dolu bir sayfaymış.
Bu kısa yolculukta dönmek gerektiğinde,
Bu sefer yüreği ağzındaymış,
Gönül borcunu ifa için ayak başmış yurt topraklarına.
Resmi erkandaki ilk yürüyüşü,
Kalbine bürokrasinin o ilk cemesini düşürmüş.
Artık öğrendiklerim kabına sığmıyor diye düşündüğünde,
Mahallinde yaptığı incelemeler,
Hayatın içindeki öğretimin
Ne kadar zor olduğunu göstermiş...
Onun yolları hep sorunlarla kesişmiş,
Her viraj bir dönemeç hayali yaratmış.
Hep uzun mesafeler kat etmek istemiş her çıktığı
yürüyüşte.
O çok sevdiği handa, dört ayrı odada kalmış.
Her oda onun için ayrı bir açılım,
Her yeni paylaşım yeni bir tecrübe olmuş.
O insanları çok sevmiş
Ve almanın hazzını vermede bulmuş.
Anıları tefrika edilip
Sunuşları kitap haline getirilerek
Bunların sayıları bir elin parmaklarını geçtiğinde dahi;
O hala yaşam dönmedolabının ilk durağındayım diyormuş.
Hiç yılmadan hep çalışmış,
Her gün yenilediği ön bahçesinde
Çalışırken hiç soluklanmazken;
Yazılarındaki virgül,
Dakikalarca düşündürmüş.
Mekanlar ve görüntüler arasındaki geçişkenlikte,
Onun ismi adeta kurumsallaşmış
Fikirleri ise nice dinletilere konu olmuş.
Derken, yolcu han değiştirmeye niyetlenmiş,
Bakmış ki yaşanılanlar 40 satıra sığmıyor,
Ve yüreği her an 40 kere burkuluyor.
Her daim beraber olmak adına,
Ahmet Hamdi Tampınar'a öykünerek
Ne içindeyim zamanın,
Ne de dışında,
Yekpare bir anın ortasını yaşıyoruz demiş.
Şapkasını eline alıp ilerlediğinde yüzleştiği,
Yeni paylaşımları taçlandırmak için
Başka bir uzun yolda yürümeye başladığıymış.
Av. Arb. Yonca Fatma YÜCEL

Meslek hayatımdaki akademik çalışmaların bazıları aşağıda yer almaktadır:

- Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, TBB, 2007.
Türkiye'de Yargının Etkinliği, TBB, 2006.
Hukuk Sosyolojisi, 6.bası, Adalet Akademisi, 2015.
Kriminoloji, 4.bası, Adalet Akademisi, 2014.
Hukuk Felsefesi, 4.bası, Adalet Akademisi, 2015.
Adalet Psikolojisi, 8.bası, Adalet Akademisi, 2014.
Yargı Reformu ve Demokrasi, Çankaya Üniversitesi, 2011.
Yeni Türk Ceza Siyaseti, İmge, 2011.
Yargı Sistemi Üzerine Denemeler, Seçkin, 2019.

Seçilmiş makalelerim,

- “Ceza Adaleti Sistemi: De Facto Analizi”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayın No.9 Ank., 1999, ss.981-1033.
“Cezalar ve Hukuk Düzeni-Akılcı Kavramlara Doğru”, Hukuk Dergisi, Türkiye Noterler Birliği, S.106, Sayı 5-6, ss.678-687.
“Adalet Sisteminin Yapısal Analizi Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, C.81, S.6, ss.25-52.
“Suç, Ceza, Cezaevi Gerçeği ve Ötesi”, O.F. Berki'ye Armağan, Ank., 1977, ss.921-934.
“Yargıtay'da Son On Yıl”, Amme İdaresi Dergisi, 27/2, 1994, ss.79-89,
“Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YCMK) Karşısında Ceza Adaleti Sisteminin de facto Görünümü ve Sosyal Çıkmazlar”, TBB, S.57, 2005, ss.29-61.
“Adli Sistemde Kavramsal Modeller”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 6, 2003.
“Hukukun Sosyal Teorisi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 14, 2005, ss.26-39.
“Adaletsizlik Duygusu”, Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ank., 1994.

- “Avukatlık Meslek Etiğine Kriminolojik Bir Yaklaşım”, TBB, Sayı 75, Mart-Nisan 2008.
- “Hukuk Eğitimi Üzerine Sosyo-Juridik bir İnceleme”, Rona Aybay’a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı-Aralık 2014, ss.2329-2350.
- “Adaletin Ceza Davalarındaki Yüzü”, Av. Teoman Ergül’e Armağan, TBB, 2017. ss.501-542.
- “Adli Sosyal Hizmet Anlayışında Gerçekçi Yaklaşım”, Zeki Hafizoğulları’na Armağan, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, ss.3715-3734.



Özet olarak sunmaya çalıştığım bu yaşam hikayemde özverilerle beni yetiştiren rahmetli annem Sultan Müyesser ve babam Ali Rıza Yücel ve oğlum Yiğit Yücel’i rahmetle anarken, bana maddi ve manevi desteğini hiç esirgemeyen, ismi ve cismi ile kraliçe olan, OTDÜ mezunu şeref talebesi Yiğit ile Ankara Hukuk Fakültesi mezunu olan kızım avukat Yonca’nın müzik eğitimini de içeren tahsil hayatlarında rehberlik hizmetini veren,



Galatasaray hayranı olan Sevgili eşim Sezen olmasaydı bu başarı çizgisini yakalamam mümkün olamazdı. Kendisine en içten teşekkür ve minnet duygularımı buradan da sizlerle paylaşmayı bir borç bilirim.

Prof. Dr. Mustafa Tören YÜCEL
27.10.2021 / Ankara