

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
ADALET MESLEK YÜKSEKOKULU
DERGİSİ

SELÇUK UNIVERSITY
VOCATIONAL SCHOOL OF
JUSTICE REVIEW

Cilt (Volume): 2

Sayı (Number): 2

Yıl (Year): 2019

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ ADALET MESLEK YÜKSEKOKULU DERGİSİ

SELCUK UNIVERSITY VOCATIONAL SCHOOL OF JUSTICE REVIEW

Cilt (Volume): 2 • Sayı (Number): 2 • Yıl (Year): 2019

ISSN: 2636 - 8870

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Adına
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Müdür)

Editörler (Editors) :

Öğr. Gör. Halil DURSUN
Öğr. Gör. Betül ÇATAL
Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT
Arş. Gör. Melike KAYA
Arş. Gör. Rabia MACİT

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Dr. Öğr. Üyesi Nurşen AYAN
Prof. Dr. Berrin AKBULUT	Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKCU	Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN	Dr. Öğr. Üyesi Cemil GÜNER
Doç. Dr. Ayşe ARAT	Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK
Doç. Dr. Alper UYUMAZ	Dr. Öğr. Üyesi Sinan Sami AKKURT

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ(Gazi Üniversitesi)	Prof. Dr. Mustafa AVCI(Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ(Uludağ Üniversitesi)	Prof. Dr. M. Fatih UŞAN(Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK(Yeditepe Üniversitesi)	Prof. Dr. Murat ATALI(Istanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ(Çankaya Üniversitesi)	Prof. Dr. Faruk BİLİR(Kişisel Verileri Koruma Üst Kurulu)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY(Erzincan Üniversitesi)	Doç. Dr. Nuran KOYUNCU(Necmettin Erbakan Üniversitesi)

Baskı – Cilt: Selçuk Üniversitesi Basımevi / 0 332 241 18 47 / Aralık 2019

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

KAPSAM

Dergimiz Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan hukuk alanında makale kabuleden hakemli bir dergidir. Kamu hukuku, özel hukuk ve malî hukuk alanlardaki makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

KISALTMA

Dergiye yapılan atıflarda SÜAMYOD kısaltması kullanılmalıdır.

HABERLEŞME ADRESİ

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergi Editörlüğü, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel : 0332 241 00 45

Fax : 0332 241 01 05

İnternet: http://www.selcuk.edu.tr/adalet_myo/tr

<http://dergipark.gov.tr/suamyod>

E-posta: adaletdergi@selcuk.edu.tr

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
ADALET MESLEK YÜKSEKOKULU DERGİSİ

Cilt: 2 • Sayı: 2 • Yıl: 2019

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

DENİZ YATAĞI UYUŞMAZLIKLARI DAİRESİ'NİN DANIŞMA
GÖRÜŞÜ İŞİĞİNDA ULUSLARARASI DERİN DENİZ YATAĞI
MADENCİLİĞİNDE SPONSOR DEVLETLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ
VE SORUMLULUKLARI 9

Müberra ALTINOK

TÜRK İŞ HUKUKUNDA SENDİKAL GÜVENCELER 33

Meltem ÇEKİRDEK

ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI..... 65

Mehmet ÖZYÜREK

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA
MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ 119

Sümeyye ULUSOY

SELÇUK UNIVERSITY
VOCATIONAL SCHOOL OF JUSTICE REVIEW

Volume: 2 • Number: 2 • Year: 2019

CONTENTS

ARTICLES

RESPONSIBILITIES AND LIABILITIES OF SPONSOR STATES
FOR INTERNATIONAL DEEP SEABED MINING ACCORDING TO
ADVISORY OPINION OF SEABED DISPUTES CHAMBER 9

Müberra ALTINOK

TRADE-UNION ASSURANCES IN TURKISH LABOR LAW 33

Meltem ÇEKİRDEK

THE RESULTS OF CONTACTER'S DEFAULT IN THE
CONTRACT OF CONSTRUCTION IN RETURN FOR LAND SHARE . 65

Mehmet ÖZYÜREK

FREEDOM OF EXPRESSION IN THE LIGHT OF EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL COURT
DECISION..... 119

Sümeyye ULUSOY

Makaleler

**DENİZ YATAĞI UYUŞMAZLIKLARI DAİRESİ'NİN
DANIŞMA GÖRÜŞÜ IŞIĞINDA ULUSLARARASI DERİN DENİZ
YATAĞI MADENCİLİĞİNDE SPONSOR DEVLETLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE SORUMLULUKLARI**

Müberra ALTINOK*

**RESPONSIBILITIES AND LIABILITIES OF SPONSOR
STATES FOR INTERNATIONAL DEEP SEABED MINING
ACCORDING TO ADVISORY OPINION OF SEABED DISPUTES
CHAMBER**

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.
E-mail Adresi: altinokmuberra@gmail.com
ORCID ID: 0000-0003-4500-7110

ÖZ

2010'da Nauru Cumhuriyeti'nin önerisi üzerine Uluslararası Derin Deniz Yatağı Otoritesi, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin özel bir dairesi olan Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesiden "sponsor devletlerin Bölge'deki madencilik faaliyetlerine ilişkin yükümlülük ve sorumluluklarına" dâir danışma görüşü istemiştir. 11 Şubat 2011'de kabul edilen görüşte, sponsor devletlerin Sözleşme'de Sözleşme'den doğan doğrudan yükümlülük ve sorumluluklarının yanında, sponsor oldukları gerçek veya tüzel kişilerin Bölge'deki faaliyetlerinden kaynaklanan dolaylı yükümlülük ve sorumluluklarına yer verilmiştir. Görüşte, Bölge'nin insanlığın ortak mirası olması çerçevesinde, sponsor devletlerin özen yükümlülüğü vurgulanmış ve sponsor devletlere Bölge'nin faaliyetlerden doğabilecek çevresel zararlardan korunması amacıyla kapsamlı yükümlülükler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi, Derin Deniz Yatağı Madenciliği, Sorumluluk

ABSTRACT

In 2010, on the proposal of the Republic of Nauru, International Deep Sea Bed Authority requested an advisory opinion from the Seabed Disputes Chamber, a special chamber of the International Tribunal of Law of the Sea, regarding to responsibilities and liabilities of sponsoring states for deep seabed mining activities in the area. In opinion adopted on 11 February 2011, it is mentioned direct responsibilities and liabilities of the sponsoring states as parties of the convention and indirect responsibilities and liabilities based on sponsored natural persons or entities' activities in the area. Due diligence of sponsor states emphasized and in this context, comprehensive obligations are set for sponsored states to protect the region, as common heritage of mankind, from environmental damages which might arise from activities in the region.

Keywords: United Nations Convention on Law of the Sea, International Tribunal of the Law of the Sea, Seabed Disputes Chamber, Deep Seabed Mining, Responsibility and Liability.

GİRİŞ

1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (Sözleşme) ile ulusal egemenlik sınırlarının ötesindeki deniz yatağı ve okyanus tabanı ve bunların

toprak altı Bölge (Area)¹ olarak tanımlanmış ve insanlığın ortak mirası ilan edilmiştir. Buna göre Bölge ve buradaki kaynaklar açık denizlerin serbestisi ilkesi rejiminin dışına çıkarılmıştır. Bölge ve Bölge'deki kaynaklar, hiçbir devlet veya kişinin mülkiyetine tabi olmayacak; yalnızca münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılabilir. Bu kullanım da ancak Bölge ve Bölge'deki faaliyetlerin tüm insanlığın yararına olacak şekilde idaresi, koordinasyonu ve yönetimi ile görevlendirilen Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin gözetim ve iznine (vereceği ruhsat ile) tabi olarak gerçekleştirilebilir.²

Sözleşme'nin XI. Bölümünde insanlığın ortak mirası niteliğindeki Bölge'nin araştırılması, keşfi ve işletilmesine ilişkin yeni okyanus rejimi çerçevesinde yeni bir derin deniz yatağı rejimi oluşturulmuş, Bölge'yi kimin araştırıp işleteceği, araştırma ve işletme şartlarının nasıl olacağı ve bu işletmenin ekonomik boyutları gibi temel düzenlemeler ele alınmıştır.³ Buna göre, Bölge'deki mineral kaynaklar ancak tüm insanlığın ortak yararı adına Sözleşme'ye taraf devletler veya devletlerin tabiiyeti veya etkin kontrolü altındaki kısaca bu devletlerin sponsorluğu altındaki şirketler veya kişiler

¹ Sözleşmenin orijinal İngilizce metninde sözkonusu bu alanı ifade etmek için "area" terimi kullanılmaktadır. (United Nations Convention on the Law of the Sea, https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm (E.T.: 10.10.2018). Ülkemizin sözleşmeye taraf olmaması çerçevesinde, sözleşmenin resmi bir Türkçe çevirisi bulunmamaktadır. "Area" teriminin Türkçe karşılığı, "bölge", "saha" terimleridir. Tarafımızca terimin Türkçe karşılığı olarak "bölge" teriminin kullanılması tercih edilmektedir.

² BMDHS m.1, m. 136, m.137/2, Bernaerts' Guide to T-the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea including the Text of the UN Convention and Final Act, England: Fairplay Publications Ltd, 6; Pazarıcı H. (2017), Uluslararası Hukuk, Ankara: Turhan Kitabevi, 276, Acer Y. Kaya İ. (2017), Uluslararası Deniz Hukuku Temel Ders Kitabı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 222. Derin Deniz Yatağının yasal statüsüne ilişkin tartışmalar ve daha detaylı bilgi için bkz.: Knight G. Chiu H. (1991), The International Law Of The Sea: Cases, Documents And Readings, Essex: Elsevier Science Publishing, 506; Churchill R. R. Lowe A.V. (1999), Law Of The Sea (3rd edition), Manchester University Press, 157, Akt. Serdy A. (2008), "Is There a 400-Mile Rule in UNCLOS Article 76(8)?", The International and Comparative Law Quarterly, (57) 4, 952-953.

³ Klein N. (2005), Dispute Settlement In The UN Convention On The Law Of The Sea, New York: Cambridge University Press,353.

tarafından araştırılabilecek ve işletilebilecektir.⁴ Bölge'deki bu faaliyetlerin koordinasyon, idare, gözetim ve denetimi amacıyla "Uluslararası Derin Deniz Yatağı Otoritesi" kurulmuştur.⁵ Bölge'de araştırma veya işletme faaliyeti yapılması Otorite ile yapılacak akit sonucunda ruhsat alma şartına bağlanmıştır.

Bölge'de madencilik faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi, Sözleşme'ye taraf devletlerin faaliyeti gerçekleştirecek şirketlere sponsor olması şartına bağlanmıştır. Bölge'de araştırma ve işletme faaliyetini gerçekleştirebilecek olanlar, Sözleşme'ye taraf bir veya birden çok devletin sponsor olduğu, bu devletin kendisine ait, tabiiyetinde veya etkin kontrolünde olan gerçek veya tüzel kişiler veya bunların ortaklıklarıdır. Sözleşme'de bu şekilde bir düzenleme yapılmasındaki amaç, tarafların devletler olması nedeniyle sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde bu taraf devletlerin sorumluluğuna gidilebilecek olmasıdır.

Sözleşme'de, taraf devletlerin sözleşme kapsamındaki genel yükümlülüklerine yer verilmişse de, sponsor devletlerin Bölge'deki faaliyetlere ilişkin yükümlülükleri ve bu faaliyetlerden kaynaklanabilecek sorumluluklar açıkça ortaya konulmamıştır. Taraf devletlerin bu faaliyetler için sponsor olup olmamaya karar verebilmeleri, bu faaliyetlere ilişkin kendilerine yüklenecek muhtemel yükümlülük ve sorumlulukların belirlenmesi ile mümkün olabilecektir. Bu durum bilhassa derin deniz yatağı madenciliği konusunda kapasite yetersizliği bulunan gelişmekte olan devletler için ayrıca önem arz etmektedir.

Bu çerçevede, 2011'de Nauru Cumhuriyeti "Sponsor devletlerin yükümlülük ve sorumluluklarının" belirlenmesine ilişkin Otorite'ye başvurmuş, Otorite, bunun üzerine; konuyu üç soru altında genelleyerek Derin Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesinden (DYUD) danışma görüşü talebinde bulunmuştur. Daire, Bölge'de yapılacak araştırma ve işletme faaliyetlerine (madencilik) ilişkin olarak sponsor devletlerin sorumluluklarını

⁴ BMDHS m.153.

⁵ 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi Bölüm IV, detaylı bilgi için bkz.: Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin resmi internet sayfası <https://www.isa.org/jm/>, 01.07.2019.2019.

ve bu kapsamdaki yüklenicilerin ve otoritenin yükümlülük ve sorumluluklarını; uluslararası hukuk, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, Uluslararası Derin Deniz Yatağı Otoritesi'nin yasa, yönetmelik ve kuralları çerçevesinde yorumlayarak kapsamlı şekilde bir danışma görüşü hazırlamış, otoriteye sunmuştur.⁶

Danışma Görüşü, derin deniz yatağı madenciliği konusuna ilişkin uyuşmazlık çözüm mercileri tarafından oluşturulan ilk resmi belge niteliğindedir. Derin deniz yatağında işletme faaliyetlerinin başlamamış olmasının da etkisiyle, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin kabulü ve Otorite'nin kuruluşundan bu yana uluslararası yargı veya tahkim mercilerine herhangi bir uyuşmazlık başvurusu gelmemiştir. Görüş, madencilik faaliyetlerinin yasal çerçevesini somutlaştırmaya yönelik atılmış ilk adım olarak değerlendirilebilecektir.

Görüş'te, sponsor devletlere; insanlığın ortak mirası olan okyanus tabanları ve derin deniz yataklarında yapılacak faaliyetlerin öncesinde, sırasında ve sonrasında deniz çevresine verilecek zararların ihtiyati yaklaşım, en iyi çevre uygulamaları ve çevresel etki değerlendirme yükümlülüklerini kapsayacak şekilde kapsamlı bir özen yükümlülüğü tanımlanmıştır.

Görüş'te, sponsor devletin üç çeşit yükümlülüğü ve sorumluluğu olduğu ifade edilmiştir. Bunlar, sponsor devletin doğrudan Sözleşmeye taraf olmaktan kaynaklanan yükümlülükleri ve bunların yerine getirmemesi veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde ortaya çıkacak sorumluluğu; sponsor devletin madencilik faaliyetleri öncesinde, esnasında ve sonrasında çevrenin korunmasına ilişkin doğrudan yükümlülükleri ve bunların yerine getirilmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi halindeki sorumluluğu ile sponsor devletin yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlama, bu kapsamda iç hukukunda gerekli önlemleri almaya ilişkin dolaylı yükümlülüğü ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesi veya gereği gibi yerine getirmemesi halindeki sorumluluğudur.

⁶ Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf (E.T. 01.01.2019).

Danışma görüşü, sözleşmedeki konuya ilişkin boşluğun doldurulmasına katkı sağlamakla birlikte kendi içerisinde boşluklar da barındırmaktadır. Bunlardan en önemlisi, yüklenicinin derin deniz yatağındaki faaliyetlerindeki kusuru neticesinde bir zarar ortaya çıktığında; sponsor devletlerin “Sözleşme’nin gereklerinin yüklenici tarafından etkin şekilde yerine getirilmesi için tüm gerekli ve makul önlemleri” almış olması hâlinde, sorumluluktan kurtulacak olmasıdır. Bu durumda, zararın tazmin ve telafisinin kim tarafından hangi surette karşılanacağı halihazırda konuya ilişkin önemli bir boşluğu oluşturmaktadır.

Bugün Bölge’de henüz işletme faaliyetlerine başlanmamıştır. Bununla birlikte, beş farklı alt Bölge’de üç farklı mineral kaynağı çeşidi üzerinde, bir veya birden çok sponsor devletin kendisine ait, tabiiyetinde veya etkin kontrolünde olan 29 şirket; Otorite’den aldığı ruhsat çerçevesinde araştırma faaliyetlerine devam etmektedir.⁷ Derin deniz yatağında işletme faaliyetleri ise otorite tarafından “Madencilik Yasası”nın⁸ tamamlanmasının ardından başlayacaktır. Otorite tarafından yasanın tamamlanma faaliyetlerine hızla devam edilmektedir.⁹

⁷ Bölgede devam eden araştırma faaliyetlerini ve faaliyetlerin gerçekleştiği alanları gösterir detaylı haritalar için bkz: https://www.isa.org.jm/maps#maps-block_9-1 (E.T.: 09.06.2019).

⁸ Derin Deniz Yatağı Madencilik Yasası’nın (The Mining Code) tamamlanmasına yönelik olarak bugüne kadar sunulmuş olan öneriler ve raporlar ve kabul edilmiş olan yönetmelikler için bkz.: <https://www.isa.org.jm/mining-code> (E.T.: 01.07.2019).

⁹ 25 Şubat-1 Mart 2019’da Otorite’nin yıllık Konsey toplantılarının 25. Oturumunun birinci bölümü gerçekleştirilmiş, sözleşmeye taraf ülkelerin temsilcilerinin yer aldığı toplantıda, otoritenin faaliyetlerinin yıllık değerlendirmesi yapılmış, hedefler ve planlara ilişkin görüşmelere yer verilmiştir. Toplantının ikinci bölümü 15-26 Temmuz 2019’da gerçekleştirilecektir. (Earth Negotiations Bulletin, IISD Reporting Services, ISA-25 Part 1 Final, Vol.25 No:185, <http://enb.iisd.org/oceans/isa/2019-1> (E.T.: 01.01.2019). Söz konusu toplantı raporunun genel bir incelemesi için bkz.: ALTINOK, M.S. (2019), 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’ne Göre Derin Deniz Yatağı Madenciliklerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, 87-89. Otoritenin yıllık oturum tutanakları (ve bunun yanında deniz ve okyanus hukukuna ilişkin diğer uluslararası toplantıların raporları için bkz.: http://enb.iisd.org/process/water_wetlands_coasts.htm#top (E.T: 01.01.2019).

I. DAİRENİN DANIŞMA GÖRÜŞÜNÜN TEMELİNDEKİ BAŞVURU

2008’de Nauru Okyanus Kaynakları Inc. ve Tonga Offshore Madencilik Ltd. Şirketleri teşebbüs ve geliştirmekte olan devletler için ayrılmış alanlarda¹⁰ olmak üzere iki adet iş planı onayı başvurusu yapmıştır.¹¹ Başvurunun Hukuk ve Teknik Komisyonu’nun gündemine alındığı ancak henüz görüşülmediği 2009’da sponsor devlet Nauru Cumhuriyeti, Komisyona bir mektup yazarak, başvurusunun değerlendirilmesinin ertelenmesini istemiştir.

Nauru Cumhuriyeti¹² mektubunda, Nauru Okyanus Kaynakları Inc.’e Bölge’deki polimetalik yumruların araştırılmasına ilişkin iş planı başvurusu için sponsor olduğunu, ancak bir çok geliştirmekte olan devlet gibi uluslararası derin deniz yatağı madenciliği için yeterli teknik ve finansal kapasitesinin bulunmadığını belirtmiş, kendisi dahil geliştirmekte olan devletlerin Bölge’deki faaliyetlere sponsor olabilmesi için öncelikle muhtemel durumlar için ne ile karşılaşacağını bilmesi gerektiğini ancak bundan sonra kapasitesinin yeterli olup olmayacağını değerlendirebileceğini ifade etmiştir. Sözleşme’nin ise bu konulara ilişkin açık olmadığını ve yorumlanması gerekliliğinin altını çizerek, 2010’da Otorite’nin Genel Sekreterinden Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi’nden sponsor devletlerin sorumluluğuna ilişkin tavsiye görüşü alınması talebinde bulunmuştur.¹³

¹⁰ BMDHS Ek III, m.8.

¹¹ ISBA, Nauru Ocean Resources Inc: Application for Approval of a Plan of Work for Exploration (ISBA/14/LTC/L.2) (21 April 2008) <http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/14Sess/LTC/ISBA-14LTC-L2.pdf> (E.T.: 01.01.2019).

¹² Nauru Cumhuriyeti, yaklaşık 21 km² genişliğinde ve yaklaşık 10.085 nüfuslu, yıllık GSYİH’sı \$5.462 olan, milli gelirinin önemli kısmını fosfat rezervlerinin oluşturduğu bir Pasifik ada ülkesidir. (United States Department of State: Bureau of East Asian and Pacific Affairs, Background Note: Nauru (13 March 2012) <<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/16447.htm>> , Akt. Poisel T., Deep Seabed Disputes Chamber’s Advisory Opinion”, 19 Australian International Law Journal, 2012, s. 215).

¹³ ISBA, Proposal to Seek an Advisory Opinion from the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on Matters Regarding Sponsoring State Responsibility and Liability (ISBA/16/C/6) (5 May 2010) 1 <<http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/16Sess/Council/ISBA-16C-6.pdf>>.

Otorite tarafından Nauru'nun talebi, tüm sponsor devletleri konu alacak şekilde üç genel soru altına indirgenmiş; Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi'nden danışma görüşü istenmiştir.

Bu sorular özetle şu şekildedir:

Sponsor devletlerin Bölge'deki faaliyetlere ilişkin yasal yükümlülükleri ve sorumlulukları nedir?

Bölge'deki faaliyeti yürüten yüklenici şirketlerin Sözleşme'nin ilgili hükümlerini¹⁴ ihlal edecek fiillerde bulunmaları halinde, sponsor devletin sorumluluk kapsamı nedir?¹⁵

Sponsor devletin Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmesi için alması gereken gerekli ve uygun önlemler nelerdir?¹⁶

Aşağıda Daire'nin danışma görüşü kapsamında her bir soruya verdiği yanıtlara başlıklar halinde yer verilmiştir.

II. SPONSOR DEVLETLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Sponsor devletlerin yükümlülükleri özen yükümlülüğü çerçevesinde düzenlenmiş olup, üç kategori hâlinde incelenebilir.

Bunlardan ilki, sponsor devletin doğrudan yükümlülükleridir. Bunlar genel olarak sponsor devletin yükleniciler tarafından deniz çevresinin korunmasına ilişkin gerekli önlemlerin alınmasının sağlanmasına yönelik yükümlülüklerdir.

İkincisi, sponsor devletlerin sponsor oldukları yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirmesini temin etmeye yönelik olarak iç hukukunda gerekli önlem ve yaptırımların düzenlenmesine yönelik dolaylı yükümlülüklerdir.

Üçüncüsü, sponsor devletlerin Sözleşme'nin taraf devleti olmaları dolayısıyla var olan sözleşmeye dayalı yükümlülükleridir. Bu yükümlülük, sözleşme hükümleri çerçevesinde, sponsor devletin otorite ve diğer devletlerle ilişkileri kapsamındaki yükümlülükleridir.

¹⁴ BMDHS Bölüm XI ve 1994 Antlaşmaları hükümleri olarak ayrıca belirtilmiştir.

¹⁵ BMHS m. 153.

¹⁶ BMDHS m. 139, Ek III.

1. Sponsor Devletin Doğrudan Yükümlülükleri

Sponsor devletin Bölge'deki faaliyetlere ilişkin genel yükümlülüğü özen yükümlülüğü niteliğindedir. Özen yükümlülüğünün gereklilikleri; zaman, teknolojik gelişmeler ve faaliyette alınan riskin seviyesine göre değişebilecek olmakla birlikte, sponsor devletler; sponsor olunan yüklenicilerin BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nden, otorite ile imzalanan akitten ve diğer ilgili düzenlemelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için mümkün olan en yüksek gayreti göstermekle yükümlü tutulmuşlardır.

Sponsor devletlerin özen yükümlülüğü, Bölge'deki faaliyetler söz konusu olduğunda kendisini; bir davranış yükümlülüğü olan "sağlama yükümlülüğü" şeklinde göstermektedir.

Sağlama yükümlülüğü, sponsor devletlerin sponsor oldukları gerçek veya tüzel kişilerin Bölge'deki faaliyetlerinin sözleşme hükümlerine ve ilgili düzenlemelere uygun olarak gerçekleşmesini garantiye almak için gerekli tüm önlemlerin alınmasına ilişkin yükümlülüktür.¹⁷

Sağlama yükümlülüğü, sponsor devletlerin faaliyetlerin Sözleşme'ye uygun şekilde gerçekleşmesi için mümkün olan tüm gayreti göstermesi şeklinde olan davranış yükümlülüğüne dayalı bir özen yükümlülüğüdür.¹⁸ Bu yükümlülük, yalnızca gerekli yasal mevzuatın benimsenmesi ve gerekli tedbirlerin alınmasından ibaret olmayıp, aynı zamanda kamu ve özel yüklenicilere yönelik olarak, yükleniciler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin gözetimi gibi konularda idari denetimin sağlanması ve sözleşmeye uygunluğun icrasının sağlanmasını içeren bir yükümlülüktür.¹⁹ Uluslararası Adalet Divanı, *Pulp Mills on the River Uruguay* Davasında²⁰ bu yükümlülüğü, "gerekli tedbirler alınana kadar devlet ve özel şirketlerin idari

¹⁷ BMDHS m. 139 parag. 1, Ek III m.4 parag. 4, DYUD Danışma Görüşü parag. 107.

¹⁸ DYUD Danışma Görüşü parag. 109-110.

¹⁹ DYUD Danışma Görüşü parag. 197.

²⁰ Uluslararası Adalet Divanı'nın 20.04.2010 karar tarihli *Pulp Mills on the River Uruguay* (Uruguay v. Argentina) Davası için bkz: <https://www.icj-cij.org/en/case/135/judgments> (E.T.: 01.07.2019.2019).

kontrol ve denetimin sağlanması yükümlülüğü olduğunu” belirtmiştir.²¹ Bu yükümlülük, yalnızca uygun

a. İhtiyati Yaklaşım

Sponsor devletlerin doğrudan yükümlülüklerinden ilki ihtiyati yaklaşımdır. Yumru ve Sülfür Yönetmelikleri, hem otorite hem de sponsor devletlere doğrudan yükümlülük öngören hükümler içermektedir. Yönetmeliklerde otorite ve sponsor devletlerin Rio Deklarasyonu İlke 15’e uygun şekilde deniz çevresinin Bölge’deki faaliyetlerden kaynaklanabilecek zararlı etkilerden korunmasına yönelik ihtiyati yaklaşımı uygulaması gerektiği belirtilmiştir.²² Bunu Bölge’de gerçekleştirecek olan yüklenicidir.

Yükleniciler için ihtiyati yaklaşım, Sözleşme’den doğan bir yükümlülüktür.²³ Sponsor devletin ihtiyati yaklaşıma ilişkin yükümlülüğü ise sağlama yükümlülüğüdür. Sponsor devletler, iç hukuklarında yüklenicilere ihtiyati yaklaşım yükümlülükleri tanıyan düzenlemeler yapmak ve bu şekilde yüklenicinin Bölge’deki faaliyetlerinde ihtiyati yaklaşım uygulaması yürütmesini temin etmekle yükümlüdürler.²⁴

Diğer yandan ihtiyati yaklaşım, özen yükümlülüğü ile ilişkili doğrudan yükümlülüktür. İhtiyati yaklaşım ve özen yükümlülüğü arasındaki ilişki, UAD tarafından Southern Bluefin Tuna davalarında²⁵ ortaya konmuştur. Mahkeme, “*Southern Bluefin Tuna balıklarının korunması için gerekli*

²¹ DYUD Danışma Görüşü parag.111, 115, UAD Pulp Mills on the River Uruguay Davası parag. 197.

²² Yumru Yönetmeliği, Yönetmelik 31, parag. 2, Sülfür Yönetmeliği Yönetmelik 33 parag. 2. Rio Çevre ve Kalkınma Deklarasyonu ilke 15, çevrenin korunması amacıyla ihtiyati yaklaşım tüm devletler tarafından yeterlilikleri oranında uygulanmasına ilişkindir. Ciddi boyutta ve geriye dönüşü imkansız zarar verilme tehdidi ile karşı karşıya kalındığında, çevresel zararı önlemek için etkin maliyetli önlemleri almak için faaliyet ve zarara ilişkin tam bir bilimsel kesinlik tespit edilmesi beklenmeyeceğini belirtmektedir. Parag. 125.

²³ DYUD Danışma Görüşü parag. 133.

²⁴ DYUD Danışma Görüşü parag. 134.

²⁵ Southern Bluefin Tuna Davaları (Yeni Zelanda-Japonya; Avustralya-Japonya) Dava ve karar hakkında detaylı bilgi için bkz.: <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-3-4/E.T.: 10.10.2018>

önlemlere ilişkin olarak bilimsel kesinliğin bulunmadığı, belirsizlik hâlinin olduğunu” ancak “Mahkemenin taraflarca sunulan bilimsel delilleri değerlendirme imkânı olmasa da, durumun aciliyeti gereği gerekli önlemlerin alınması gerektiğini”, “devletlerin, koruma önlemlerinin alındığından emin olunması adına tüm dikkat ve ihtiyatı göstermesi gerektiğini” belirtmiştir.²⁶

Sülfür Yönetmeliği’nde işletme sözleşmelerine ilişkin olarak, “Yüklenicinin Bölge’deki faaliyetleri dolayısıyla deniz çevresine zarar verilmesini ve kirletilmesini önlemek, azaltmak ve kontrol etmek için mümkün olduğunca ihtiyati yaklaşıma uyararak ve en iyi çevresel uygulamaya yer vererek, gerekli önlemleri alması gerekeceği” belirtilmiştir.²⁷

Sözleşme ve yönetmeliklerde belirtilen ve dairece kapsamlı şekilde yorumlanmış olan bu yükümlülükler çerçevesinde, Rio Deklarasyonu’nda; tavsiye kararı niteliğinde olması itibarıyla bağlayıcılığı bulunmayan ihtiyati yaklaşımın, BM Deniz Hukuk Sözleşmesi kapsamında katı bir zorunluluk hâlini aldığı söylenebilecektir.

b. En İyi Çevre Uygulamaları

Otorite’nin yönetmeliklerinde, ihtiyati yaklaşım yükümlülüğü kapsamında “En İyi Çevre Uygulamalarını Yerine Getirme Yükümlülüğü” tanımlanmıştır. Bununla birlikte, en iyi çevre uygulamalarının ne olduğuna yönetmelikte yer verilmemiş olup, daire tarafından yapılan yorumlama neticesinde yüklenicinin mümkün olan en iyi teknolojiyi kullanmasının kastedildiği değerlendirilmiştir.²⁸

c. Çevresel Etki Değerlendirmesi

Alanda faaliyet yapmak isteyen başvuruçular tarafından, iş planı onayı için yapılacak başvuruda; başvuruya konu olan faaliyetler için çevre etki değerlendirilmesi yapılması gerekmektedir. Sponsor devletin, yüklenicinin değerlendirme çalışmalarını yapmasını sağlama yükümlülüğü ve “Etki

²⁶ ITLOS Reports 1999, s. 274, parag. 77, 79; DYUD parag. 132.

²⁷ BMDHS Ek 4.

²⁸ Sülfür Yönetmeliği, Yönetmelik 33, DYUD Danışma Görüşü parag. 136.

referans alanı” ve “Koruma referans alanı” oluşturulmasında Otorite ile işbirliği yapma yükümlülüğü vardır.²⁹

Bu yükümlülükler, uluslararası örf ve adet hukukundan doğan özen ve dikkat yükümlülüğüdür.³⁰ Diğer yandan sponsor devletin yüklenicinin bu yükümlülüğü yerine getirmesini sağlama yükümlülüğü, özen yükümlülüğü; Otorite ile referans alanları hususunda işbirliği yapma yükümlülüğü ise sponsor devletlerin otoriteye yardım etme yükümlülüğü kapsamındadır.³¹

2. Sponsor Devletlerin Sponsor Oldukları Gerçek ve Tüzel Kişilere (Yüklenicilere) İlişkin Dolaylı Yükümlülükleri

Yüklenicinin sorumluluğunun sponsor devletin iç hukukunda düzenlenecek olması kapsamında, sponsor devletin sözleşme ve ilgili düzenlemelerde belirtilen gerekli önlemlere, kendi iç hukukundaki yasa, yönetmelik ve idari düzenlemelerde yer vermesi ve gerekli yaptırımlarla bu önlemlerin icrasını sağlaması gerekmektedir.³²

Sponsor devlet, iç hukukunda yüklenicinin Bölge'deki faaliyetlerini sözleşme, yönetmelik ve uluslararası hukuka uygun şekilde yürütmesini sağlayacak yasa, yönetmelik, idari kararlar, idari tedbirler ile gerekli önlemleri almış olması hâlinde, yüklenicinin zarara yol açan fiillerinden sorumlu olmayacaktır.³³

Yüklenicinin Bölge'deki faaliyetlerinden sorumluluğu, sponsor devletin iç hukukunda düzenlenecektir. Sponsor devletin özen yükümlülüğü kapsamında, iç hukukunda yapacağı yasa, yönetmelik ve idari kararlar ile yüklenicilerin Bölge'deki faaliyetlerinin sözleşme, yönetmelikler ve uluslararası hukuka uygun şekilde yürütülmesini sağlayacak gerekli makûl önlemler alması gerekmektedir. Bununla birlikte, gerekli önlemlerin idari düzenlemelerle alınmış olması yeterli olmayıp, sponsor devlet tarafından bu düzenlemelerin, iç hukuk altında belirlenecek yaptırımlarla icrâsının

²⁹ Yumru Yönetmeliği Yönetmelik 31, parag. 6 ve 7 ve Sülfür Yönetmeliği Yönetmelik 33 parag. 6.

³⁰ ICJ, Pulp Mills on the River Uruguay, parag. 204, DYUD Danışma Görüşü parag. 147.

³¹ DYUD Danışma Görüşü, parag. 141-143, 145.

³² DYUD Danışma Görüşü parag. 108, parag. 119.

³³ DYUD Danışma Görüşü parag. 215.

sağlanması gerekmektedir.³⁴ Sponsor devlet tarafından alınacak idarî önlemler, işletme aşamasının tamamlanmasından sonraki aşamayı da kapsayacak ve devam edecektir.³⁵

Bu düzenlemelerin kapsam ve uygulama alanı sponsor devletin takdirine bırakılmış olmakla birlikte, burada önemli olan gerekli önlemleri konu alan düzenlemelerin yasa, yönetmelik ve idari düzenlemeler ile kabul edilme zorunluluğudur.³⁶ Bu önlemler sponsor devlet ile başvuru şirketler arasında imzalanacak bir akit veya sponsorluk antlaşması ile alınamayacaktır. Gerekli önlemlerin bu şekilde alınmış olması, sponsor devletin yükümlülüğünün ihlâlini ve Sözleşme'ye genel aykırılığı oluşturacaktır.³⁷

Sponsor devlet ayrıca; Sözleşme'de yargı yetkisi tanınan bir Yargı veya Tahkim Mahkemesinin otoritesini ve yüklenici ile hak ve yükümlülükleri ile ilgili verdiği nihai kararları iç hukukunda yürürlüğe koymakla yükümlüdür.³⁸

3. Sponsor Devletin Sözleşmeye Dayalı Yükümlülükleri

a. Otoritenin Deniz Çevresinin Korunmasına Yönelik Çağrısı Durumunda Teminat Sunma

Sponsor devletin bir diğer yükümlülüğü, Otorite'nin muhtemel bir zarar halinde deniz çevresinin korunmasına yönelik acil çağrısı hâli için; daha önce finansal ve teknik kapasite teminatı sunmamış olan yüklenicilerin otoriteye teminat sunmasını ve otoriteye yardım etmesini sağlaması yükümlülüğüdür.³⁹

b. Otoriteye Yardımcı Olma Yükümlülüğü

Otorite, Sözleşme'de kendisine tanınan Bölge'deki faaliyetler üzerinde idare, denetim ve gözetim görevi kapsamında, bu faaliyetlerin sözleşme hükümleri ve uluslararası hukuktaki ilgili diğer düzenlemelere uygun şekilde gerçekleşmesini sağlamakla yükümlüdür. Sponsor devletlere de, Otorite'nin

³⁴ DYUD Danışma Görüşü, parag. 218-219.

³⁵ DYUD Danışma Görüşü, parag. 221.

³⁶ BMDHS Ek III m 4 parag. 4.

³⁷ BMDHS Ek III, m. 4 parag. 4, Bölüm XI, DYUD Danışma Görüşü parag. 223.

³⁸ BMDHS Ek III m. 21 parag. 2, DYUD Danışma Görüşü, m.235-236.

³⁹ DYUD Danışma Görüşü, m. 138, Yumru Yönetmeliği, Yönetmelik 32, parag. 7.

bu görevini Sözleşme'ye uygun şekilde gerçekleştirmesinde yardımcı olma yükümlülüğü getirilmiştir.⁴⁰ Sponsor devlet, özen yükümlülüğü ile bağlantılı olarak Sözleşme'de belirtilen gerekli tüm önlemleri alarak bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.⁴¹

c. Gelişmekte Olan Devletlerin Menfaatleri ve İhtiyaçlarını Gözetme Yükümlülüğü

Sözleşme hükümlerince, gelişmiş devletlerin gelişmekte olan sponsor devletlerin alandaki faaliyetlere katılmasını teşvik etme ve bu devletleri destekleme yükümlülüğü vardır. Söz konusu yükümlülük kapsamında, Bölge'deki madencilik faaliyetlerinde gelişmekte olan devletlerin özel ihtiyaç ve yararları dikkate alınacak ve Sözleşme'deki "Alan Ayırma (rezerve)" politikası kapsamında, Otorite için ayrılan alanlarda madencilik yapmak isteyen gelişmekte olan devletlere öncelik verilecek, teknoloji transferi sağlanacaktır.⁴²

Sözleşme'de, Bölge'deki faaliyetlere ilişkin gelişmekte olan devletlere ayrıcalık tanıyan hükümlere yer verilmiş olmakla birlikte; sponsor devletler arasında gelişmiş veya gelişmekte olan devletler ayrımı yapılmamıştır. Bu kapsamda, gelişmekte olan sponsor devletlerin sorumluluğu konusunda da, sponsor devletlerin sorumluluğuna ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.⁴³

III. SPONSOR DEVLETLERİN SORUMLULUĞU

1. Sorumluluğun Unsurları

a. Kusur

Sözleşme'de sponsor devletin yükümlülüklerini yerine getirme konusunda kusuru bulunması halinde sorumluluğuna gidileceği açıkça ifade etmiştir.⁴⁴

⁴⁰ BMDHS m.153

⁴¹ DYUD parag. 124, BMDHS m. 139.

⁴² BMDHS Ek III, BMDHS m. 8,9,144, 1994 Antlaşması Bölüm 5, DYUD Danışma Görüşü, parag. 152, 156.

⁴³ DYUD Danışma Görüşü, parag. 158.

⁴⁴ BMDHS m.139/2.

Daire görüşünde, sponsor devletin, gerekli özen yükümlülüğünü göstermiş olmak kaydı ile yani yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesi halinde, yüklenicinin kendisine ait yükümlülüklerini yerine getirmesi konusundaki kusurlarından sorumlu olmayacağını belirtmiştir.⁴⁵

b. Zarar

Zarar kavramının içeriği veya tazminatı gerektiren durumların ne olduğu sözleşme veya Otorite'nin ilgili yönetmeliklerinde belirlenmemiştir.⁴⁶ Daire, görüşünde; "Zarar" kavramının, insanlığın ortak mirası olan Bölge, Bölge'nin kaynakları veya deniz çevresine verilecek zarar anlamına geldiği yönünde yorum yapmıştır.⁴⁷

Sözleşmede sponsor devletin yükümlülüklerini yerine getirme konusunda kusuru bulunması halinde sorumluluğuna gidileceği açıkça ifade edilmektedir.⁴⁸ Sponsor devlet ile yüklenicinin sorumlulukları münferiden sorumluluktur.⁴⁹ Sponsor devlet, sponsor olduğu yüklenicinin yüklenicilere yönelik yükümlülüklerini yerine getirmesi konusundaki kusurlarından sorumlu değildir.⁵⁰ Sponsor devletin sorumluluğu yüklenicinin verdiği zarardan kaynaklanmamakta, kendisinin yükleniciye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Sponsor devletin sorumluluğunun doğması için, sponsor devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan bir zarar olmalıdır.⁵¹

Sponsor devletin yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde ise, yüklenicinin faaliyetleri zarara yol açmış olsa dahi m. 139/2'ye göre sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.⁵² Sözleşmenin bu maddesinde

⁴⁵ DYUD Danışma Görüşü, parag. 172, parag. 176-177.

⁴⁶ Yumru Yönetmeliği Yönetmelik 39, Sülfür Yönetmeliği Yönetmelik 32.

⁴⁷ DYUD Danışma Görüşü, parag. 179.

⁴⁸ BMDHS m. 139/2

⁴⁹ DYUD Danışma Görüşü, parag. 201.

⁵⁰ DYUD Danışma Görüşü, parag. 172.

⁵¹ DYUD Danışma Görüşü, parag. 182-183.

⁵² DYUD Danışma Görüşü, parag. 208.

(m.139/2) tanımlanan sorumluluğa bakıldığında, sponsor devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde eğer ortada bir zarar var ise, sponsor devletin sorumluluğu doğacaktır. Sözleşmede, sponsor devletin yükümlülüklerini yerine getirmediği ancak ortada bir zararın olmadığı durumda veya sponsor devletin yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen zararın ortaya çıktığı durumlardaki sorumluluğa yer verilmemiştir.⁵³

Düzenleme halihazırdaki devletlerin sorumluluğuna ilişkin örf ve adet hukukunun bir istisnasını teşkil etmektedir. Nitekim, Uluslararası Hukuk Komisyonu, klasik öğretilerdeki devletin uluslararası sorumluluğu için aranan “zarar şartı”nı kaldırmış, zararın yalnızca onarımın çeşit ve biçiminin belirlenmesinde önemli olduğunu belirtmiştir.⁵⁴ Komisyona göre, “icrai veya ihmali surette işlenmiş olan bir davranış; davranışın devlete isnat edilmesi ve bir haksız fiil oluşturması (devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olması)” halinde devletin sorumluluğunu doğuracaktır.⁵⁵

Rainbow Warrior Tahkimi kararında⁵⁶ da, bir devletin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesine ilişkin kusuru somut bir zarara yol açmamış olsa da, devletin örf ve adet hukuku gereğince ortaya çıkan zarardan sorumlu olacağı ifade edilmektedir.⁵⁷

Ortaya çıkan zararın onarımı ve tazminine ilişkin olarak ise; derin deniz yatağı otoritesi, derin deniz yatağı madenciliği faaliyetinde bulunan

⁵³ DYUD Danışma Görüşü parag. 178.

⁵⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu, Devletin Uluslararası Haksız Fiil Sorumluluğu Taslak Maddeleri (2001), m.2, m.31/7 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, (A/56/10), [https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_56_10.pdf](https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_56_10.pdf&lang=EXP) &lang=EXP (E.T.: 01.07.2019).

⁵⁵ Erkiner H. H. (2010), Erkiner H. H. (2010), Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 105, 109, 110.

⁵⁶ UNRIIA 1986, 1990 Vol XX, p 215, parag. 110. Karar, Yeni Zelanda ve Fransa arasındaki iki antlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasına konusundaki uyuşmazlığın çözümüne ilişkindir.

⁵⁷ DYUD Danışma Görüşü, parag. 178.

yükleniciler, denizin diğer kullanıcıları ve kıyı devletleri, zarara yol açandan tazminat talebinde bulunabileceklerdir.⁵⁸

c. İlliyet Bağı

Görüş'te, sponsor devletlerin sorumluluk bahsine ilişkin iki tür illiyet bağına yer verilmiştir. Bunlardan ilki, yüklenicinin fiillerinden doğan zarar ile sponsor devletin yükleniciye ilişkin özen ve sağlama yükümlülüklerini yerine getirme yükümlülüğüne ilişkin kusuru arasındaki illiyet bağı; ikincisiyse, yüklenicinin faaliyeti ile Bölge'de ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağıdır.

Daire, sponsor devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için sponsor devletin yükümlülüklerini yerine getirmedeki kusuru ve sponsor olunan yüklenicinin sebep olduğu zarar arasında bir illiyet bağıının bulunması gerektiği görüşündedir.⁵⁹ Böylelikle sponsor devlet, yüklenicinin kusurlu fiilleri sebebiyle değil, kendisinin sağlama yükümlülüğüne ilişkin kusuru sebebiyle sorumlu tutulmaktadır.

Sonuç olarak, sponsor devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için, ortada bir zarar olması ve bu zararın sponsor devletin sorumluluklarını yerine getirme konusundaki kusurundan kaynaklanması gerekmektedir.

2. Sorumluluktan Kurtulma Halleri

Sponsor olunan yüklenicinin; Sözleşme'nin, yönetmelik veya akdin gerektirdiği yükümlülüklerini yerine getirmedeki kusuru sonucunda zarar ortaya çıkması hâlinde, sponsor devlet "*Sözleşme'nin gereklerinin etkin şekilde yerine getirilmesi için tüm gerekli ve makûl önlemleri alması halinde (özen, davranış, sağlama yükümlülüklerini yerine getirmiş olması)*" ortaya çıkan zarardan sorumlu olmayacaktır.⁶⁰ Diğer yandan, sponsor devletin doğrudan yükümlülüklerini ihlâli halinde, herhangi bir şekilde sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.⁶¹

Sözleşme'de ve danışma görüşünde mevcut önemli bir boşluk buradan doğmaktadır. Yüklenicinin Sözleşme ve ilgili düzenlemelere uyma

⁵⁸ DYUD Danışma Kararı, parag. 179.

⁵⁹ BMDHS m. 139/2, DYUD Danışma kararı, parag. 181.

⁶⁰ DYUD Danışma Görüşü parag. 187; BMDHS m. 139 parag. 2, Ek III m 4 parag. 4.

⁶¹ DYUD Danışma Görüşü, parag. 207.

yükümlülüğünü ihlâinden kaynaklanan bir zararın ortaya çıktığı ve sponsor devletin de “Sözleşme’nin gereklerinin etkin şekilde yerine getirilmesi için tüm gerekli ve makul önlemleri almış” olduğu durumda; sponsor devletin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu durumda yüklenici tarafından muhtemel zarar için teminat sunulmuş olma durumunda dahi, bu teminatın çevreye verilen zararı karşılayamayacak olduğu durumda, zararın telâfisi ve tazmininin ne şekilde olacağı belirsizdir.

Konuya ilişkin bu boşluk, Otorite’nin gündemindedir. Madencilik faaliyetlerinin başlamasının ardından gerekli önlemler alınsa da kaçınılmaz şekilde çevreye verilebilecek zararlar ve bunun okyanus habitatında yaratacağı yıkım göz önünde bulundurularak, otoriteye üye taraf devletlerce “Petrol Kirliliği Tazmin Fonu”na benzer bir tazmin fonunun oluşturulması konusu toplantılarda tartışılmaktadır. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi’nin Mart 2019’daki konsey toplantısının gündem maddelerinden bir tanesi bu olmuştur.⁶²

3. Sponsor Devletin Yüklenici ve Aynı Faaliyet Kapsamındaki Diğer Sponsor Devletler ile Sorumluluk İlişkisi

Daireye göre, yüklenicinin yanlış eylemleri veya kusurları sponsor devleti otomatik olarak sorumlu yapmaz ancak devletin özen yükümlülüğünün ihlali niteliğindeki sorumluluğuna yol açabilir. Bu sebeple, sponsor devlet ile yüklenici arasındaki sorumluluk ilişkisi müşterek ve müteselsil sorumluluk ilişkisi değildir.⁶³

Sözleşme’de, Bölge’de yapılacak bir faaliyette bir veya daha çok sponsor devletin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir fark düzenlemesi yapılmamıştır. Daire, çoklu sponsorluk hâlinde ve Otorite tarafından düzenlenecek olan yönetmeliklerde aksine karar verilmedikçe; sponsor devletlerin arasındaki sorumluluk ilişkisinin müşterek ve müteselsilen sorumluluk ilişkisi olacağını değerlendirmektedir.⁶⁴

⁶² Earth Negotiations Bulletin, IISD Reporting Services, ISA-25 Part 1 Final, Vol.25 No:185, <http://enb.ilsd.org/oceans/isa/2019-1> (E.T.: 01.01.2019).

⁶³ DYUD Danışma Görüşü, parag. 201.

⁶⁴ DYUD Danışma Görüşü, parag. 192.

4. Sponsor Devletin Tazmin Etme Sorumluluğu, Tazminatın Miktarı ve Şekli

Uluslararası hukuka göre devletin tazmin etme sorumluluğu, tam denkleştirme veya *restitutio in integrum*'dur.⁶⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu'na göre, "Sorumlu devlet, uluslararası hukuka aykırı fiilinden kaynaklanan zararı tam telâfi etme yükümlülüğü altındadır."⁶⁶ Bu çerçevede zararların tazmin şekli, uluslararası hukuka aykırı fiilden kaynaklanan zararın tam tafelisi; eski hâline getirme, tazminat, mevcut zarar ve durumun *tatus quo ante*⁶⁷ hâle getirilmesinin teknik açıdan elverişliliğine bağlı olarak değişecektir.⁶⁸

Sponsor devletin sorumluluğu, verilen zarar miktarınca olacaktır.⁶⁹ Yüklenici ve sponsor devletin sorumluluğu, işletme aşamasının tamamlanmasından sonra ortaya çıkan zararlar için de geçerlidir.⁷⁰

SONUÇ

Uluslararası derin deniz yatağı, yalnızca erişilmesi dahi yüksek teknoloji ve ekonomik kapasite gerektiren bir deniz alanıdır. Bununla birlikte, dünya üzerinde insanoğlunun elinin dokunmadığı en az zarar görmüş alanları oluşturmaktadır. İnsanoğlunun karadan sonra başvurabileceği son alan okyanuslar ve denizlerin derinlikleridir.

Diğer yandan, madencilik çevreye zarar etkisi çok yüksek olan bir faaliyet türüdür. Kara madenciliğinin çevresel zarar etkilerinin boyutu ortadadır. Okyanus gibi eşsiz mikrofauna ve makrofaunanın bulunduğu bir alanda, üstelik kara madenciliği gibi herhangi bir deneyim bulunmadan tam

⁶⁵ "Eski duruma getirme".

⁶⁶ BMHS m. 31 parag. 1, (P.C.I.J. Series A, No. 17, s. 47), DYUD Danışma Görüşü parag. 194.

⁶⁷ "önceki durum".

⁶⁸ DYUD Danışma Görüşü, parag. 197.

⁶⁹ DYUD Danışma Görüşü parag. 193; BMDHS Ek III m.22, Yumru Yönetmeliği Yönetmelik 30 ve Sülfür Yönetmeliği Yönetmelik 32.

⁷⁰ Uluslararası Hukuk Komisyonu Haksız Fiil Sorumluluğu Taslak Maddeleri m.34, DYUD Danışma Görüşü, parag. 198.

olarak tespit edilebildiği söylenemeyecek bir alanda yapılacak madencilik faaliyetlerinin çevreye vereceği zarar devasa boyutta olacaktır. Bu şekilde bir zararın ortaya çıkması ise, ekosistemin dengesini değiştirebilecek, deniz ve okyanus diplerinde yaşayan canlı kaynakları yok edebilecek, insan yaşamını tehlikeye atabilecek ve geriye dönüşü olmayan ve sürdürülemez şekilde yapılacak faaliyetler, mevcut ve gelecek nesildeki insanoğlunun kaynak geliştirme ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılama imkânını da yok edecektir.

Bu şekilde riskler barındıran bir alanda yapılacak faaliyetleri düzenleyecek rejimde, uluslararası deniz yatağı; insanlığın ortak mirası kabul edilmiş ve rejim bu temel ilke çerçevesinde oluşturulmuştur. Oluşturulacak yeni bir rejimin en önemli unsurları, faaliyetlere ilişkin gerekli önlem ve yükümlülüklerin belirlenmesi ve herhangi bir zararın ortaya çıkması hâlinde sorumluluğun kime ve ne şekilde ait olduğunun tespit edilmesidir.

Derin Deniz Yatağı Dairesinin Danışma Görüşü'nde sponsor devletlerin Bölge'deki madencilik faaliyetleri kapsamındaki yükümlülük ve sorumlulukları BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin yanı sıra Otorite'nin yönetmelikleri, uluslararası örf ve adet hukuku, uluslararası yargı kararları çerçevesinde kapsamlı şekilde ele alınmıştır. Madencilik Yasası'nın tamamlanmasını müteakip, Bölge'de başlayacak olan işletme faaliyetleri için; görüş, sponsor devletler bakımından önemli bir rehber niteliğinde olmakla birlikte birtakım önemli boşlukları da içermektedir.

Görüş'te, sponsor devletlerin yükümlülüklerine ilişkin olarak yüksek standartta özen yükümlülüğü vurgulanmış, insanlığın ortak mirası niteliği bulunan okyanus tabanları ve derin deniz yataklarının; deniz çevresine verilecek zararların ihtiyati yaklaşım, en iyi çevre uygulamaları ve çevresel etki değerlendirme yükümlülükleri çerçevesinde önlenmesi amaçlanmıştır.

Bölge'deki madencilik faaliyetlerine ilişkin sponsor devletin üç kategori altında sorumluluğu vardır. Bunlar, yüklenicinin; sorumluluklarına yönelik iç hukukunda gerekli önlemlerin alınması, Bölge'deki faaliyetlerde çevrenin korunmasına ilişkin özen ve sağlama yükümlülüğü kapsamında sponsor devletin doğrudan yükümlülükleri ve Sözleşme'de Sözleşme'den kaynaklanan diğer yükümlülükler şeklindedir.

Sponsor devletler “Sözleşme’nin gereklerinin yüklenici tarafından etkin şekilde yerine getirilmesi için tüm gerekli ve makul önlemleri” almış olması hâlinde sorumluluktan kurtulacaklardır. Sponsor devletlerin sorumluluktan kurtulma hâlleri, yüklenicinin sorumluluğunun sponsor devletin iç hukukunda düzenlenecek olması durumu ile birlikte değerlendirildiğinde; bu durum danışma görüşünün en büyük boşluğuna sebebiyet vermiştir.

Yüklenicinin kusurlu fiilinin okyanus tabanında zarara yol açtığı bununla birlikte sponsor devletin gerekli ve makul önlemleri almış olduğu halde; sorumluluğun kime ait olacağı, tazmin ve telâfinin ne şekilde, kim tarafından sağlanacağı konusunda sözleşme, yönetmelik ve danışma görüşünde boşluk bulunmaktadır. Nitekim bu durumda, sponsor devlet, sorumluluktan kurtulacaktır. Yüklenici tarafından muhtemel zararlar için teminat sunulmuş olunması hâlinde dahi; bu teminatın çevreye verilen zararı karşılayamaması ihtimâlinde zararın telafisi ve tazmininin ne şekilde olacağı belli değildir.

Bu önemli boşluğa ilişkin olarak, Otorite tarafından henüz bir yorumlama veya çözüm yolu getirilmemiş olmakla birlikte, konu otoritenin gündemindedir. Son güncel gelişmeler kapsamında, Otorite’ye üye devletler tarafından, “Petrol Kirliliği Tazmin Fonu”⁷¹na benzer bir tazmin fonunun oluşturulması konusu tartışılmaktadır. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi’nin Mart 2019’daki Konsey toplantısının birinci aşamasında da konu dile getirilmiştir.⁷²

Madencilik Yasasının hızla tamamlanmaya devam edildiği bugünlerde, günbegün derin deniz yatağının işletilmesine yaklaşılmaktadır. Sponsor

⁷¹ Petrol Kirliliği Zararının Tazmini için Uluslararası Fonun Kurulmasına ilişkin Uluslararası Sözleşme International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (FUND). 1971’de yürürlüğe girmiş, 1992’de revize edilmiştir. 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini için Uluslararası Fonun Kurulmasına ilişkin Uluslararası Sözleşme’ye Türkiye 17.08.2002’de taraf olmuştur. Sözleşme metni için bkz.: <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0540.pdf> (E.T.: 01.07.2019). Tazmin Fonu hakkında detaylı bilgi için bkz.: <https://iopcfunds.org/> (E.T.: 01.07.2019).

⁷² Earth Negotiations Bulletin, IISD Reporting Services, ISA-25 Part 1 Final, Vol.25 No:185, <http://enb.ilsd.org/oceans/isa/2019-1> (E.T.: 01.01.2019).

devletin sorumluluğuna ilişkin, sözleşme kapsamındaki belirsizliklerin ve boşlukların danışma görüşü ile genel olarak doldurulmuş ve uluslararası toplumun dikkatine sunulmuş olması; bu yoldaki madencilik yasası çalışmalarından sonraki kilometre taşını oluşturmuştur.

Bu aşamada, Sözleşme'ye taraf devletlerin "*İnsanlığın ortak mirası*" kavramı temelinde belirlenen yükümlülükleri yerine getirmeleri ve Sözleşme'de belirtilen gerekli önlemlerin alınmasına yönelik olarak iç hukuklarında yasa, yönetmelik ve idari düzenlemeler oluşturma çalışmalarına başlamaları beklenmektedir.

KAYNAKLAR

1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini için Uluslararası Fonun Kurulmasına ilişkin Uluslararası Sözleşme, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0540.pdf> (E.T.: 01.07.2019).

Acer Y. Kaya İ. (2017), Uluslararası Deniz Hukuku Temel Ders Kitabı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ALTINOK, M. S. (2019), 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne Göre Derin Deniz Yatağı Madenciliğinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, 87-89.

Bernaerts A. (1998), *Bernaerts' Guide To the 1982 United Nations Convention On The Law of the Sea Including The Text Of The Un Convention And Final Act*, England: Fairplay Publications Ltd.

BM Deniz Hukuku Sözleşmesi
https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm, (E.T.: 10.10.2018).

Earth Negotiations Bulletin, IISD Reporting Services, ISA-25 Part 1 Final, Vol.25 No:185,<http://enb.iisd.org/oceans/isa/2019-1> (E.T.: 01.01.2019).

Erkiner H. H. (2010), *Erkiner H. H. (2010), Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

http://enb.iisd.org/process/water_wetlands_coasts.htm#top (E.T.: 01.01.2019).

International Oil Pollution Compensation Funds, <https://iopcfunds.org/> (E.T.: 01.07.2019).

International Seabed Authority – Maps, https://www.isa.org.jm/maps#maps-block_9-1 (E.T.: 09.06.2019).

International Seabed Authority - Mining Code, <https://www.isa.org.jm/mining-code> (E.T.: 01.07.2019).

International Seabed Authority Official Webpage <https://www.isa.org.jm/> (E.T. 01.07.2019).

Klein N. (2005), *Dispute Settlement In The UN Convention On The Law Of The Sea*, NewYork: Cambridge University Press.

Knight G. Chiu H. (1991), *The International Law Of The Sea: Cases, Documents And Readings*, Essex: Elsevier Science Publishing.

Nauru Ocean Resources Inc: Application for Approval of a Plan of Work for Exploration (ISBA/14/LTC/L.2) (21 April 2008) <http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/14Sess/LTC/ISBA-14LTC-L2.pdf> (E.T.: 01.01.2019).

Pazarci H. (2017), *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi.

Proposal to Seek an Advisory Opinion from the Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea on Matters Regarding Sponsoring State Responsibility and Liability (ISBA/16/C/6) (5 May 2010) <http://www.isa.org.jm/files/documents/EN/16Sess/Council/ISBA-16C-6.pdf> (E.T.: 01.07.2019).

Pulp Mills on the River Uruguay (Uruguay v. Argentina) Case <https://www.icj-cij.org/en/case/135/judgments> (E.T.: 01.07.2019).

Resolution 2749(XXV), UN Doc. A/RES/25/2749.

Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf E.T. (01.01.2019).

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, (A/56/10), https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_56_10.pdf&lang=EXP (E.T.: 01.07.2019).

Serdy A. (2008), "Is There a 400-Mile Rule in UNCLOS Article 76(8)?", *The International and Comparative Law Quarterly*, (57) 4, 941-954.

Southern Bluefin Tuna Cases, <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-3-4/> (E.T.: 10.10.2018).

United States Department of State: Bureau of East Asian and Pacific Affairs, Background Note: Nauru (13 March 2012) <<http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/16447.htm>>, Akt. Poisel T., "Deep Seabed Disputes Chamber's Advisory Opinion", 19 *Australian International Law Journal*, 2012, s. 215.

TÜRK İŞ HUKUKUNDA SENDİKAL GÜVENCELER

Meltem ÇEKİRDEK*

TRADE-UNION ASSURANCES IN TURKISH LABOR LAW

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi
E-mail Adresi: meltemcekirdek@gmail.com
ORCID ID: 0000 0002 5935 1855

ÖZ

18.10.2012 tarihinde kabul edilen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu sendikal güvenceler konusunda önemli yenilik ve değişiklikler getirmiştir. 6356 sayılı Kanun ile sendika kurma, sendikaya üyelik, sendikaların işleyişi ve özellikle sendikal güvenceler ILO sözleşmeleri de göz önünde bulundurularak yeniden düzenlenmiştir. Kanunun Güvenceler başlıklı dördüncü bölümünün 23. maddesinde işçi kuruluştaki yöneticiliğinin güvencesi, 24. maddesinde işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi, 25. maddesinde ise sendika özgürlüğünün güvencesi düzenlenmiştir.

Çalışmamızda, sırasıyla işçi sendikası üyeliğinin güvencesi, işçi kuruluştaki yöneticiliğinin güvencesi ve işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi konuları üzerinde durulmuştur. Bu güvencelerin detayları ve sendikal güvencelere aykırı davranışlar halinde doğacak hukuki sonuç ve yaptırımlar incelenmiştir. İş hukukumuzda Sendikal Güvencelere yönelik hususlar konu hakkındaki mevzuat ve düzenlemeler ile Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sendika, Sendikal Güvence, İşçi Sendikası Üyeliğinin Güvencesi, İşçi Kuruluşu Yöneticiliğinin Güvencesi, İşyeri Sendika Temsilciliğinin Güvencesi.

ABSTRACT

The law of Trade Unions and Collective Bargaining numbered 6356, which was adopted on 18.10.2012, introduced important innovations and changes in trade union assurances. Law No. 6356 reorganizes trade unions, membership in trade unions, the functioning of trade unions and especially the trade union trustees, taking into account the ILO conventions. In article 23 of the fourth chapter entitled Securities in the Act the guarantees of the authority of the workers' organization, in article 24 the guarantees of the representations of the trade unions, and in article 25 the guarantees of the freedom of trade unions have been regulated.

In our study, which is prepared about trade union assurance in our labor law, we focus on the assurance of the membership of the trade union, the assurance of the workers' organization administration and the assurance of the workplace union representation respectively. The details of these assurances and the legal consequences and sanctions that will arise in the event of unconstitutional acts are examined. The issues regarding Trade Union Assurances of our labor law are examined in the light of the relevant legislation, regulations and the decisions of the Supreme Court.

Keywords: *Trade Union, Trade Union Assurance, Assurances of Trade Union Membership, Assurance of Employee Organization Executive, Assurance of Trade union Workplace Representative.*

GİRİŞ

İşçi veya işverenlerin ayrı ayrı ortak ekonomik, sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla kanunda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde bir araya gelerek özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olan sendikaları oluşturabilme özgürlüğü yani kısaca sendika özgürlüğü temelini sadece Anayasamızın 51.maddesinden değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinden ve Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmelerinden olan 87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi'nden almaktadır.

18.10.2012 tarihinde kabul edilen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹ ile yürürlükten kaldırılan 05.05.1983 tarihli 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu bu kanunlarda yer alan birçok hükmün uluslararası sözleşme hükümleri ile uyumlu olmaması nedeniyle eleştirilmekteydi. 6356 sayılı Kanun ile sendika kurma, sendikaya üyelik koşulları, sendikaların işleyişi, denetimi gibi birçok konuda değişiklik yapılmış olup, özellikle sendikal güvenceler kısmında ILO sözleşmeleri de dikkate alınarak yenilikler getirilmiştir. Sendikal güvenceler kurumu, 6356 sayılı Kanun'un Güvenceler başlıklı dördüncü bölümünde “İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi” (m.23), “İşyeri sendika temsilciliğinin güvencesi”(m.24) ve “Sendika özgürlüğünün güvencesi”(m.25) başlıkları altında düzenlenmiştir.

Çalışmamızda işçi sendikası üyeliğinin işe alınma esnasında, iş sözleşmesinin devamında ve sona ermesi durumunda korunması- korumaya aykırı davranılması halinde karşılaşılabilecek hukuki yaptırımlar, işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi, işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi ve bu güvencelerin ihlali halinde uygulanacak hukuki yaptırımlar ayrıntılı olarak ele

¹ Kanun, 07.11.2012 tarih ve 28460 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

alınarak incelenmiş, incelenen konular ile ilgili Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir.

I. SENDİKA VE SENDİKA ÜYELİĞİ KAVRAMI

A. SENDİKA KAVRAMI

Sendika kavramı² işçi veya işverenlerin, ortak hak ve çıkarlarını korumak amacıyla en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek oluşturdukları bağımsız, sürekli, serbest ve demokratik temellere dayalı özel hukuk tüzel kişisini ifade eder³. 6356 sayılı STİSK'nın Tanımlar başlıklı 2. maddesinde ise sendika kavramı; *“İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar”* olarak tanımlanmıştır.

Özel hukuk tüzel kişisi olan sendikaların kanundaki tanımından da anlaşıldığı üzere dört temel unsuru vardır. Bunlardan ilki, sendikaların işçiler veya işverenler tarafından, toplu çıkarlarını korumak amacıyla kurulmaları yani *ortak amaç* doğrultusunda bir araya gelmeleridir. Sendikaların ikinci unsuru *bağımsızlıktır*. Sendikaların bağımsızlığı, sendikaların devlete, siyasi partilere ve diğer kuruluşlara bağlı olmaması anlamına gelir⁴. Sendikaların bağımsızlığı aynı zamanda AY m. 51/2'de; *“Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve*

² Sendika kavramı, Roma ve Yunan hukuk sistemlerinde sitenin temsilini sağlayan kimseleri ifade etmek için kullanılan Syndic ve temsille görevli olan bu kimselerin fonksiyonlarını ifade etmek için kullanılan Sydicat terimlerinden türemiş bir kavramdır (ESENER, Turhan / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Sendika Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2017, s. 63).

³ TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul 2018, s. 271; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 23. Baskı, Ankara 2018, s. 188.

⁴ SES, Sencer Metin, “Sendika Özgürlüğü ve Korunması”, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2018, s. 33; EKMEKÇİ, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 29; YİĞİT, Yusuf, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre İşçi Sendikası Üyeliklerinin Kazanılması”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 11, S. 22, 2013, s. 35.

kanunla sınırlanabilir.” şeklinde belirtilmiştir. Sendikaların üçüncü unsuru *serbest kuruluş* olup, bu unsurla, sendikaların kanundaki kuruluş usul ve esaslara uyararak önceden izin almaksızın kurulması kastedilmektedir⁵. Sendikaların dördüncü unsuru *cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara uygunluktur*⁶. Sendikaların bu son unsuru da AY m. 51/6’de; “*Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.*” şeklinde ifade edilmiştir.

B. SENDİKA ÜYELİĞİ KAVRAMI

Sendika üyeliği işçi veya işveren ile üye olduğu sendika arasında kurulan hukuki bir ilişkidir. Geçici veya belirli bir süreyle sendika üyeliği söz konusu olmadığından bu hukuki ilişki kanunda öngörülen sebeplerden herhangi biriyle sona erene kadar devam etmek üzere kurulur⁷.

1. Sendika Üyeliğinin Koşulları

Sendika üyeliği ve üyeliğinin kazanılması STİSK’nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Madde düzenlemesinden hareketle sendika üyeliğinin koşulları dört başlık altında toplanabilir.

a. İşçi veya İşveren Niteliğine Sahip Olma

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na göre işçiler işçi sendikalarına, işveren veya işveren vekilleri ise işveren sendikalarına üye olabilirler (STİSK m. 17/1,2).

b. On Beş Yaşını Doldurmuş Olma

Kanun işçi sendikalarına üye olabilmek için on beş yaşını doldurulmuş olması şartını ararken işveren sendikalarına üyelik için herhangi bir yaş şartı aramamıştır (STİSK m. 17). Dolayısıyla işçi sendikasına üyelik için işçinin on

⁵ SES, s. 37; SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2017, s. 93; ESENER / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 91.

⁶ ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul 2018, s. 765.

⁷ AKYİĞİT, Ercan, “Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.37, 2013/2, s. 42.

beş yaşını doldurmuş olması gerekirken, işveren sendikasına üyelikte işverenin on beş yaşını doldurmuş olması şart değildir.

Her ne kadar kanunda sendika üyeliğinde fiil ehliyeti ile ilgili bir düzenleme bulunmasa da sendikaya üye olacak işçi veya işverenin fiil ehliyetine sahip olması veya fiil ehliyetine sahip değilse yasal temsilcisinin izninin alınması gerekir⁸.

c. Tüzükte Öngörülen Niteliklere Sahip Olma

Sendikalar sendika tüzüklerinde üye olmaya ilişkin şartlar belirleyebilirler (STİSK m.8/1,d). Sendika tüzüğünde üyelik için belirli şartların aranması halinde sendikaya üye olacak işçi veya işverenlerin bu şartları taşımaları gerekir. Ancak tüzükte yer alan bu şartlar sınırsız değildir. Zira bu şartların Anayasal ilkelere ve demokratik esaslara uygun olmaması veya emredici yasa hükümlerine aykırı olması halinde öngörülen şartlar geçersiz sayılacaktır⁹.

d. Aynı İşkolunda Başka Bir Sendikanın Üyesi Olmama

Hukuk sistemimizde sendikaların kuruldukları işkolunda faaliyette bulunmaları şarttır (STİSK m. 3). Bu sebeple işçi, üye olacağı sendikanın kurulduğu işkolunda faaliyette bulunan bir işyerinde çalışıyor olmalıdır. İşçinin çalıştığı işkolundan başka bir işkolunda faaliyet gösteren sendikaya üye olması mümkün değildir¹⁰. İşkolu sendikacılığının bir sonucu olarak işveren sendikasına üye olacak bir işverenin işyeri de üye olacağı sendikanın işkolunda faaliyet gösteriyor olmalıdır¹¹.

⁸ TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 302; SAĞSÖZ, Uğur, "Sendika Üyeliğinin Güvencesi", Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018, s. 40; YİĞİT, s. 46.

⁹ SUR, s. 95; SÜMER, İş Hukuku, s. 198; OKUR, Zeki, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.39, 2013/4, s. 77; HAFIZOĞLU, Ece Sıla, "Sendika Yöneticileri ve Güvenceleri", Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2014, s. 78.

¹⁰ ESENER/ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s.182.

¹¹ SÜMER, İş Hukuku, s. 211; BAŞBUĞ, Aydın, "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Sendika Üyeliği", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, S. 28, 2012, s. 178.

İşçi veya işverenlerin aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olmaları yasaktır. İşçi veya işverenlerin aynı iş kolunda birden çok sendikaya üye olmaları halinde sonraki sendika üyelikleri geçersiz sayılır¹² (STİSK m. 17/3). Bununla birlikte aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçilerin birden çok sendikaya üye olmalarına bir engel yoktur¹³.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ödünç işçiler ödünç alan işverenin değil, ödünç veren işverenin işyerinin faaliyet gösterdiği işkolundaki bir sendikaya üye olabilirler. Alt işverenlik ilişkisinde ise alt işverenin işçileri de asıl işverenin değil, alt işverenin işyerinin faaliyet gösterdiği işkolundaki işçi sendikasına üye olabileceklerdir¹⁴.

2. Sendika Üyeliğinden Doğan Hak ve Borçlar

a. Sendika Üyeliğinden Doğan Haklar

aa) Sendikanın Faaliyetlerine ve Yönetimine Katılma Hakkı

Sendika üyelerinin oy kullanma (STİSK m. 13/2) , yönetime aday olma, delege seçilebilme (STİSK m. 10/3), genel kurulu toplantıya çağırma (STİSK m. 12/4) ve genel kurul kararlarına itiraz hakkı gibi çeşitli hakları vardır. Sendika üyeleri bu haklarını kullanarak sendika faaliyetlerine ve yönetimine katılırlar.

bb) Sendikanın Sağladığı Hizmetlerden Yararlanma Hakkı

Sendika üyeleri sendikaların sağladığı hizmetlerden, sendikaların tesis ve faaliyetlerinden yararlanma hakkına sahiptirler¹⁵.

cc) Üyenin Eşit İşlem Görme Hakkı

Sendikalar üyeleri arasında ayırım yapmadan eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda olduğu gibi üyeler de sendikadan kendilerine eşit

¹² EKMEKÇİ, s. 79; AKYİĞİT, s. 55.

¹³ AKYİĞİT, s. 45; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 826; YİĞİT, s. 47.

¹⁴ TERZİOĞLU, Ahmet, "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi", İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi, C. 2, S.4, Y.2017, s. 89; AKYİĞİT, s. 44.

¹⁵ SÜMER, İş Hukuku, s. 214; TUNÇOMAĞ/CENDEL, s. 313; KÜÇÜK, Karsu, "Sendika Üyeliği", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 95-96.

davranılmasını isteme hakkına sahiptir¹⁶. Sendikaların eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin STİSK m. 26/3'te bu husus; *“Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir.”* şeklinde hüküm altına alınmıştır¹⁷. Eşitlik ilkesi temel ilke olmakla birlikte sendikaların üyeleri arasında ayırım yapmasını gerektiren objektif ve geçerli bir neden olması halinde üyeler arasında bazı ayrımlar yapılabilir. Elbette ki, kişinin dili, ırkı, rengi, cinsiyeti veya siyasi düşüncesi gibi sebeplerle ayırım yapılamaz. Bu sebepler objektif bir ayırım sebebi olmadığı gibi Anayasa madde 10'da güvence altına alınan ayırım yasağının ve Evrensel Hukukun da bir gereğidir¹⁸.

b. Sendika Üyeliğinden Doğan Borçlar

aa) Sendika Düzenine Uyma Borcu

Sendika üyeleri sendikal disipline ve sendika tüzüğüne uymak zorunda oldukları gibi sendika düzenini bozacak, sendikaların faaliyetini ve gelişmesini önleyecek her türlü tutum ve davranıştan da kaçınmak zorundadırlar¹⁹. Sendikalar aksi tutum ve davranışlarda bulunan üyelerine sendika tüzüğündeki yaptırımları uygulayabilirler²⁰.

bb) Sendika Aidatını Ödeme Borcu

Sendika üyeleri, üye oldukları sendikalara aidat ödemekle yükümlüdürler. Üyelik aidatının miktarı genel kurul tarafından, kuruluşların tüzüklerinde belirtilen usul ve esaslara göre belirlenir (STİSK m. 18/1). Kural üyelik aidatının üye tarafından ödenmesi olmakla birlikte 6356 sayılı Kanun

¹⁶ KÜÇÜK, s. 97; BAŞBUĞ, s. 180; ESENER / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 204.

¹⁷ Toplumsal cinsiyet eşitliği kavramı ilk defa 6356 sayılı Kanunda yer almış olup, bu kavram ile kadın işçilere pozitif ayrımcılık yapılmasına imkan sağlanmıştır (Bu konuda bkz. SÜMER, İş Hukuku, s. 214; SAĞSÖZ, s. 50). Toplumsal cinsiyet eşitliği kavramı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. MANAV, Eda, “Sendikal Faaliyetlerden Yararlanmada Toplumsal Cinsiyet Eşitliği”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, S. 28, 2012, s. 185-196.

¹⁸ SUR, s. 139-140.

¹⁹ SÜMER, İş Hukuku, s. 214; EKMEKÇİ, s. 87; BAŞBUĞ, s. 181.

²⁰ TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 317; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 831.

Yeni bir düzenleme ile üyelik aidatının, yetkili işçi sendikasının işverene yazılı başvurusu üzerine, işçinin ücretinden kesilmek suretiyle ilgili sendikaya ödenmesine de imkân tanımıştır. İşveren aidatları kesmeye, kestiği aidatın türünü belirterek tutarı ile kesinti listesini sendikaya göndermekle yükümlüdür²¹. Yetkili işçi sendikasının işverene yazılı başvurusu üzerine ödenmesi gereken aidatı kesmeyen veya kesmesine rağmen bir ay içinde ilgili işçi sendikasına ödemeyen işveren, bildirim şartı aranmaksızın aidat miktarını bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödemekle yükümlüdür (STİSK m. 18/3).

Sendika üyelerinin ödeyecekleri aidat miktarı konusunda 2821 sayılı eski Kanunun aksine 6356 sayılı Kanunda üst sınır belirlenmemiştir. Sendikaya üyelik aidatının miktarı, sendika genel kurulu tarafından tüzükte belirtilen esaslar çerçevesinde belirlenir (STİSK m. 18/1). Üyelik aidatları bütün işçiler için eşit olmasına rağmen objektif nedenlere dayanılarak üyeler arasında farklı aidat kararlaştırılması mümkündür²².

3. Sendika Üyeliğinin Sona Ermesi

Sendika üyeliğinin sona ermesi; sendika üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi, sendika üyeliğinden çekilme ve sendika üyeliğinden çıkarılma olarak üçe ayrılır. Sendika üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi tarafların iradeleri dışında gerçekleşirken, sendika üyeliğinden çıkarılmada sendikanın iradesi, sendika üyeliğinden çekilmede ise sendika üyesinin iradesi söz konusudur²³.

a. Sendika Üyeliğinin Kendiliğinden Sona Ermesi

Sendika üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi kanunda açıkça düzenlenen hallerden kaynaklanabileceği gibi sendika üyeliğinin kişiye sıkı

²¹ Bkz. Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi İle Üyelik Aidatının Tahsili Hakkında Yönetmelik m. 9/3 (RG., 09.07.2013, S. 28702).

²² SÜMER, İş Hukuku, s. 215; ŞAHLANAN, Fevzi, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.39, 2013/4 s. 119.

²³ TERZİOĞLU, s. 94; BAŞBUĞ, s. 181-182; SÜMER, İş Hukuku, s. 217; SUR, s. 151.

sıkıya bağlı bir hak olmasından da kaynaklanabilir. Sendika üyeliğini kendiliğinden sona erdiren haller şu şekildedir²⁴;

- Sendika üyesinin ölümü,
- Sendika üyesinin ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmesi,
- Sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi,
- İşveren veya işveren vekilliği sıfatının kaybedilmesi (STİSK m. 19/5),
- İşçinin Sosyal Güvenlik Kurumundan yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme alarak işten ayrılması (STİSK m. 19/6),

(Ancak çalışmaya devam edenler ile kuruluş ve şubelerinin yönetim, denetleme ve disiplin kurullarındaki görevleri sırasında yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme alanların üyeliği, görevleri süresince ve yeniden seçildikleri sürece devam eder.)

- İşçi veya işverenin işkolunu değiştirmesi (STİSK m. 19/7).

b. Sendika Üyeliğinden Çekilme

İşçi veya işveren, sendikada üye kalmaya zorlanamayacağı gibi üyelikten ayrılmaya da zorlanamaz. Bu husus hem AY m. 51'de hem de STİSK m. 19'da açıkça düzenlenmiştir. Sendika üyeliğinden çekilme üyeliği sona erdirmeyi amaçlayan, sendikaya yöneltilmesi gerekli, bozucu yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır²⁵. Sendika üyeliğinden çekilme hususu, sendika tüzüğüne konulacak hükümler ile sınırlandırılmayacağı gibi tamamen de ortadan kaldırılamaz²⁶.

Her üyenin, e-Devlet sistemi üzerinden çekilme bildiriminde bulunarak sendika üyeliğinden çekilmesi mümkündür. E-Devlet sistemi üzerinden yapılan bu çekilme bildirimini elektronik ortam üzerinden Bakanlığa ve sendikaya eş zamanlı olarak ulaştır. Çekilme bildirimini, sendikaya bildirim tarihinden itibaren bir ay sonra geçerlilik kazanır. Bir aylık süre içinde çekilen başka bir sendikaya üye olursa çekilenin yeni sendikaya üyeliği bu bir aylık sürenin bittiği tarihte kazanılmış sayılacaktır (STİSK m. 19/2,3).

²⁴ Bkz., SUR, s. 148 vd.; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 833-835; SÜMER, İş Hukuku, s. 216 vd; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 307 vd.

²⁵ OKUR, s. 94; KÜÇÜK, s. 128; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 309.

²⁶ SÜMER, İş Hukuku, s. 217; SAĞSÖZ, s. 60; EKMEKÇİ, s. 95.

c. Sendika Üyeliğinden Çıkarılma

Sendikaların hangi hallerde üyelerini üyelikten çıkarabileceğine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte STİSK m. 8/1/d'de üyelikten çıkarılma şartlarının sendika tüzüğünde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Sendikalar tüzüklerinde belirttikleri çıkarma nedenleri ile bağlı olup bunun dışında bir nedenle sendika üyesini üyelikten çıkartamazlar. Ancak sendika tüzüğünde sayılan sendika üyeliğinden çıkarma nedenleri dışında sendikanın TMK m. 67/3 gereği de haklı nedenlere dayanarak üyesini üyelikten çıkarma hakkı bulunmaktadır²⁷.

Sendika üyeliğinden çıkarılma kararı sendika genel kurulu tarafından verilir ve üyelikten çıkarılma kararı e-Devlet sistemi üzerinden Bakanlığa bildirildikten sonra durum çıkarılana yazı ile tebliğ edilir. Her üye çıkarılma kararının kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde mahkemeye itiraz edebilir. İtiraz üzerine mahkeme inceleme yaparak iki ay içinde kararını verir. Mahkemece verilen bu karar kesindir. Sendika üyeliğinden çıkarılanın sendikaya üyeliği, verilen çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar devam eder (STİSK m. 19/4).

II. SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

Sendika özgürlüğü sosyal ve ekonomik bir hak olmakla birlikte, Anayasamızda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Hakkında 87 Sayılı ILO Sözleşmesi'nde de düzenlenmiştir²⁸. Sendika özgürlüğü kavramı sendika kurma, sendikaya üye olma, sendika üyeliğinden ayrılma gibi kavramları bünyesinde bulunduran bir

²⁷ OKUR, s. 97.

²⁸ Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Hakkında 87 Sayılı ILO Sözleşmesi için bkz., https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377261/lang--tr/index.htm (E.T. 29.05.2019). Ayrıca ILO sözleşmelerinin özellikleri, üye ülkelerce bu sözleşmelerin onaylanması, ILO sözleşmelerinin Türkiye'de yasalar karşısındaki durumu için bkz., SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 17. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2019, s. 90-96.

üst kavram olup, *bireysel sendika özgürlüğü* ve *kolektif sendika özgürlüğü* olarak ikiye ayrılır²⁹.

A. BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ

Bireysel sendika özgürlüğü AY 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 ifade edilmiştir.

Bireysel sendika özgürlüğü olumlu sendika özgürlüğü ve olumsuz sendika özgürlüğü olarak ikiye ayrılır. Olumlu sendika özgürlüğü bireylerin serbestçe sendika kurma, dilediği sendikaya üye olma, sendika faaliyetlerinden yararlanma hakkını; olumsuz sendika özgürlüğü ise bireylerin sendikaya üye olmama veya üye olduğu sendikadan ayrılma hakkını ifade eder³⁰.

B. KOLEKTİF SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ

Kolektif sendika özgürlüğü, sendikaların varlık ve faaliyetlerini devam ettirmesi hakkı olarak tanımlanabilir³¹. Anayasamızda bireysel sendika özgürlüğünün yanı sıra kolektif sendika özgürlüğü de hüküm altına alınmıştır. Sendikaların önceden izin almaksızın kurulmasını ifade eden serbest kuruluş unsuru ve sendikaların devlete, siyasi partilere ve diğer kuruluşlara bağlı olmamasını ifade eden bağımsızlık unsuru ile sendikaların cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara uygunluk unsurları da kolektif sendika özgürlüğü kapsamı içinde yer almaktadır³².

III. SENDİKAL GÜVENCELER

²⁹ SES, s. 68; BULUT, Ali, “Türk İş Hukuku’nda Sendikal Güvenceler”, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 10.

³⁰ BULUT, s. 18 vd. ; SES, s. 69 vd.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 261-262; YİĞİT, s. 37-38; SÜMER, Haluk Hadi, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997, s. 95-99.

³¹ BULUT, s. 34; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 779; ESENER / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 43.

³² SÜMER, İş Hukuku, s. 191-192; SES, s. 114-115; EKMEKÇİ, s. 26-27.

A. İŞÇİ SENDİKASI ÜYELİĞİNİN GÜVENCESİ

İşçi sendikası üyeliğinin güvencesi ve bu güvenceye aykırı hareketlerin hukuki yaptırımları 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenmiştir. İşçi sendikası üyeliği işçiye sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerde güvence sağladığı gibi sendikal feshe karşı da güvence sağlar. Kanun işçi sendikası üyeliğinin güvencesini işe alınma, iş sözleşmesinin devamı ve iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde ayrı ayrı düzenlemiştir.

1. İşe Girişte İşçi Sendikası Üyeliğinin Güvencesi

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25'te; "İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz." hükmüne yer verilmiş ve işçilerin işe alınması sırasında işçilerin sendika üyesi olup-olmamalarının veya üye oldukları sendikaya üyeliklerinin devam edip-etmemesinin işçinin işe alınma şartı olarak değerlendirilemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu hükme aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri de geçersiz sayılmıştır (STİSK m. 25/8). Ancak bu hükme aykırı olarak düzenlenen toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri tamamen geçersiz sayılmazlar, bu sözleşmelerin yalnızca sendika üyeliği güvencesine aykırılık teşkil eden hükümleri geçersiz sayılır³³.

İşçi sendikası üyeliğinin güvencesini düzenleyen 25. madde ile aynı zamanda bu güvenceye aykırılık halinde uygulanacak hukuki yaptırımlar da hüküm altına alınmıştır. Buna göre, işverenin işçileri işe alırken işçiye sendika üyeliğinden kaynaklanan güvencelere aykırı olarak hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat ödemesine hükmedilir (STİSK m. 25/4). İşverenin işçiye sendikal tazminat ödemesine hükmedilmesi için işçi, işverence haksız ve ayrımcı bir işleme tabi tutulmalıdır ve işveren tarafından yapılan bu işlem sendikal nedene dayanmalıdır³⁴. İşverenin işçinin işe alınması sırasında sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işe alınacak olan işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi

³³ SAĞSÖZ, s. 68.

³⁴ AKYİĞİT, s. 77.

işe alınması aşamasında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren bu durumu ortaya çıkaran davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur (STİSK m. 25/7).

2. İş Sözleşmesinin Devamı Sırasında İşçi Sendikası Üyeliğinin Güvencesi

İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları bakımından herhangi bir ayırım yapamaz (STİSK m. 25/2). İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı da farklı işleme tabi tutulamaz (STİSK m. 25/3). Tüm bu hükümler iş sözleşmesiyle bir işyerinde çalışan işçinin sendika üyesi olması veya olmaması nedeniyle farklı muamele görmesini engelleyerek işçi sendikası üyeliğinin bir diğer güvencesini oluşturur. Bu hükme aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri de geçersiz sayılmıştır (STİSK m. 25/8). Ancak bu hükme aykırı olarak düzenlenen toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri tamamen geçersiz sayılmazlar, bu sözleşmelerin yalnızca sendika üyeliği güvencesine aykırılık teşkil eden hükümleri geçersiz sayılır.

Kanun sendikal nedenle ayırım açısından ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerini saklı tutarak (STİSK m. 25/2/c.2) işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden yalnızca taraf olan işçi sendikası üyelerinin yararlanmasını³⁵, sendikal ve sendikasız işçi ayrımının kapsamı dışında tutmuştur³⁶.

Yukarıda açıklandığı gibi burada da işverenin bu hükümlere aykırı hareket etmesi halinde STİSK m. 25/4 gereği işçiye, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat ödemesine hükmedilir.

³⁵ “Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır.” (STİSK m. 39/4).

³⁶ SÜMER, İş Hukuku, s. 222.

İşverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur (STİSK m. 25/7).

3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde İşçi Sendikası Üyeliğinin Güvencesi

İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz (STİSK m. 25/2). İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz (STİSK m. 25/3).

Bu hükme aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri de geçersiz sayılmıştır (STİSK m. 25/8). Ancak bu hükme aykırı olarak düzenlenen toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri tamamen geçersiz sayılmazlar, bu sözleşmelerin yalnızca sendika üyeliği güvencesine aykırılık teşkil eden hükümleri geçersiz sayılır.

a. İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve Sendikal Tazminat

İşçilerin belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedilmesi halinde sendikal nedenle fesihden bahsedilir³⁷. Kısacası sendikal nedenle fesih, işçinin sendikal hak ve özgürlüklerini kullanması sebebiyle işverenin iş sözleşmesini feshetmesidir³⁸.

6356 sayılı Kanun'a göre iş sözleşmesi sendikal bir nedenle feshedilen işçi, İşK. m. 20 ve 21 hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. 6356 sayılı Kanun'un sendikal nedenle feshi düzenleyen 25. maddesinin 5. fıkrasında, işçinin 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesi hükmüne göre dava açma hakkına sahip olduğuna ilişkin düzenleme ile yine aynı fıkra bulunan 'fesih dışında' ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2014 tarih ve 2013/1 E.,

³⁷ SÜMER, İş Hukuku, s 223; BULUT, s. 247-248.

³⁸ ESENER/ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 232.

2014/161 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal gerekçesinde Anayasa Mahkemesi; sendikal nedenle iş akitleri feshedilen işçilerin sendikal tazminata hak kazanabilmelerinin 25. maddenin 5. fıkrasında düzenlenmiş olduğunu, anılan fıkraya göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerden sadece iş güvencesine sahip olanların bu haktan faydalanabileceklerini, iptali talep edilen "18" ibaresi ile atıf yapılan 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin ilk fıkrasında "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.*" denildiğini, buna göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerin sendikal tazminat davası açarak tazminat talebinde bulunabilmesi için, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışması, işyerinde en az altı aylık kıdeme sahip olması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gerektiğini, dolayısıyla iş akitleri sendikal nedenle sona erdirilen işçilerin tümünün iptali talep edilen kurallar nedeniyle sendikal tazminattan doğrudan doğruya faydalanamadığını ve açıklanan tüm bu nedenlerle düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu ve iptalinin gerektiğini belirtmiştir. İptal kararı sonrasında iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçinin İşK. m. 20 hükmüne göre dava açabilmesi için iş güvencesi kapsamında bulunması aranmamaktadır³⁹.

İş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir (İşK. m. 20). İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde işçinin İşK. m. 21'e göre başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması gibi şartlara bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir⁴⁰. Dolayısıyla iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespiti

³⁹ SÜZEK, s. 645; ESENER / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 236-237; TUNCAY, A. Can / SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu, Toplu İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2016, s. 112.

⁴⁰ ÖZTÜRK, Mehmet Onat, "İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.38, 2013/3, s. 226. Bu husus ayrıca

halinde işçi işe başlamak için başvurmasa da, işveren işçiyi işe başlatsa da başlatmasa da sendikal tazminat ödemekle yükümlüdür⁴¹. Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilmez. İşçinin bu hükümlere göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez (STİSK m. 25/5). Dolayısıyla işçi işe iade talebiyle dava açmasa bile sendikal tazminat talep etme hakkına sahiptir. İşçiye ödenecek olan sendikal tazminat miktarı, işçinin bir yıllık ücretinden az olamaz. Sendikal tazminatın hesabında dikkate alınacak olan ücret, işçinin aldığı çıplak ve brüt ücrettir⁴².

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.03.2017 tarih ve 2016/17702 E., 2017/5327 K. sayılı kararında; "Dava, feshin geçersizliği ve işe iade istemine ilişkindir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Yapılan araştırmada sendikadan istifa eden 36 işçiden işten çıkışı istifa olarak bildirilen biri dışında geri kalan işçilerin işe devam ettiklerinin anlaşıldığı, davacı tanık anlatımları, sendika yazısı, emsal dosya dikkate alındığında davacının iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedene dayandığı anlaşıldığından tazminatın 6356 Sayılı Kanun'un 25/4-5 maddesi uyarınca belirlenmesi gerekirken 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesi hatalıdır." şeklinde ifade edilmiştir (Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr/>, E.T. 05.06.2019).

⁴¹ Bu husus Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 24.01.2017 tarih ve 2017/475E., 2017/812 K. sayılı kararında; "Dava; feshin geçersizliği ve işe iade istemine ilişkindir. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, mahkemece feshin sendikal sebebe dayandığından geçersizliğine ve davacının alt işveren şirket işyerindeki işine iadesine karar verilmiş olması isabetlidir. Ancak, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, iş sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Mahkemece, emredici kanun maddesinin nazara alınmadan, sendikal tazminat ödenmesinin işçinin başvurusu ve işverenin işe başlatmaması şartlarına tabi tutulması hatalı olmuştur." şeklinde ifade edilmiştir (Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr/>, E.T. 05.06.2019).

⁴² KÜÇÜK, s. 116-117; SÜMER, Feshe Karşı Korunması, s. 121; SUR, s. 61; EKMEKÇİ, s. 113.

İş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilmesi sonucu açılacak olan davada, işveren feshin nedenini ispatla yükümlüdür. İşçinin feshin işverenin ileri sürdüğü nedenlere dayanmadığını iddia etmesi halinde, feshin sendikal nedene dayandığını ispat yükü işçinin üzerindedir⁴³ (STİSK m. 25/6).

B. İŞÇİ KURULUŞU YÖNETİCİLİĞİNİN GÜVENCESİ

1. Genel Olarak Sendika Yöneticiliği Kavramı

6356 sayılı Kanun'un Tanımlar başlıklı 2. maddesinde yönetici kavramı kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyeleri olarak tanımlanmıştır (STİSK m. 2/1,i). Sendika yöneticisi ise sendikayı sevk ve idare ile görevli ve yetkili olan, sendika üyesi işçiler adına hareket edip onların hal ve çıkarlarını gözetken kişi veya kişiler olarak tanımlanabilir⁴⁴. Sendika yöneticiliği yöneticinin işyerinde çalışmaya devam edip etmemesine göre ikiye ayrılır. İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan yöneticiler

⁴³ ÖZTÜRK, s. 235-236. Bu husus ayrıca Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 02.11.2017 tarih ve 2016/34608 E., 2017/17263 K. sayılı kararında; "4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesi uyarınca "feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir". İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir. (04.04.2008 gün ve 2007/29752 Esas, 2008/7448 Karar sayılı ilamımız). İşçi fesihle sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında bulunacaktır. İspat yükü ise işverendedir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi durumunda, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (m. 20/f.2). 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25/6 maddesi uyarınca da "İş sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür". Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlüdür. İşçinin feshin başka bir sebebe dayandığını iddia etmesi ve bunu ispatlaması, işverenin geçerli fesihle ispat yükünü ortadan kaldırmaz. (Dairemizin 01.12.2008 gün ve 2008/6294 Esas, 2008/32601 Karar sayılı ilamı). "şeklinde ifade edilmiştir (Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr/>, E.T. 07.06.2019).

⁴⁴ HAFIZOĞLU, s. 62.

*profesyonel sendika yöneticisi*⁴⁵ olarak adlandırılırken, işçi kuruluşunda yönetici olup işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler ise *amatör sendika yöneticisi*⁴⁶ olarak adlandırılır⁴⁷. 6356 sayılı Kanun profesyonel sendika yöneticiliğinin güvencesi ile amatör sendika yöneticiliğinin güvencesini farklı hükümlerle düzenlemiştir.

2. İşçi Kuruluşu Yöneticiliğine İlişkin Güvenceler

a. Profesyonel Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi

aa) İş Sözleşmesinin Askıda Kalması

Kanunun profesyonel sendika yöneticisine tanıdığı güvencelerden ilki sendika yöneticisinin iş sözleşmesinin askıda kalmasıdır (STİSK m. 23/1). Profesyonel sendika yöneticisinin yönetici olması nedeniyle işyerinden ayrıldığı dönemde iş sözleşmesi askıda kalır⁴⁸. Böylece sendika yöneticisi, yönetici olması nedeniyle işyerinden ayrılırken iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalmaz. İş sözleşmesinin askıda kalması ile iş sözleşmesi varlığını

⁴⁵ BAĞCI, Ayberk, “Türk İş Hukukunda İşyeri Sendika Temsilciliği ve İşçi Kuruluşu Yöneticiliği”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017, s. 50; ŞEN, Murat, “Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.3, S. 9, 2008, s. 90; ŞAHLANAN, Fevzi, “Sendika Yöneticilerinin Güvencesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, 2013, s. 331.

⁴⁶ BAĞCI, s. 49; ŞEN, s. 89; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, s. 331.

⁴⁷ Bu husus Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2007 tarih ve 2007/899 E., 2007/26464 K. sayılı kararında; “Sendika yöneticileri profesyonel ve amatör olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Profesyonel sendika yöneticileri bu görev seçilmekle işyerinden ayrılmakta ve sendika genel kurulunca alınan karar uyarınca belirlenen ücret, ödenek, yolluk ve tazminatlarla vekalet akdine dayanarak çakışmalarının karşılığını almaktadırlar. Oysa amatör sendika yöneticileri işyerinden ayrılmamakta iş saatleri dışında veya işverenin izniyle çalışma saatlerinde sendika yöneticilik görevini sürdürmektedirler.” şeklinde ifade edilmiştir (Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr/>, E.T. 09.06.2019).

⁴⁸ ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, s. 332; ASTARLI, Muhittin, “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, Y. 2013, S. 1-2, s. 144; HAFIZOĞLU, s. 122.

devam ettirir ancak bu sözleşmeden doğan iş görme ve ücret ödeme borçları yerine getirilmez⁴⁹.

bb) İş Sözleşmesinin Sendika Yöneticisi Tarafından Feshedilmesi

Profesyonel sendika yöneticisi, yönetici olması nedeniyle işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. Kanunun kendisine tanıdığı güvence gereği sendika yöneticisi iş sözleşmesini feshederken bildirim sürelerine uymak zorunda olmadığı gibi iş sözleşmesinin süresinin bitmesini de beklemek zorunda değildir⁵⁰. Ayrıca iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına da hak kazanır (STİSK m. 23/1/c. 2). Bu durumda kıdem tazminatı işçinin işten ayrıldığı tarihteki son ücreti üzerinden hesaplanır⁵¹.

Yönetici iş sözleşmesini yöneticilik süresi içerisinde yani iş sözleşmesi askıdayken de feshedebilir. Yönetici böyle bir durumda da kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Ancak yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır (STİSK. m. 23/1/c. 3).

cc) İşverenin Sendika Yöneticisini İşe Başlatma Yükümlülüğü

Sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi halinde iş sözleşmesi askıya alınan yönetici, görevinin sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde işverene ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak talebiyle başvurabilir (STİSK m. 23/2). Burada bahsedilen bir aylık süre hak düşürücü süre olup, işçinin bir aylık süre geçtikten sonra işverene işe başlatılmak üzere başvurması mümkün değildir⁵². Sendika yöneticisi olan işçinin işe başlatılma talebi üzerine işveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu işçiyi o

49 SÜMER, İş Hukuku, s. 224; BASKAN, Ş. Esra, "6356 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, 2013, s. 714.

50 ESENER / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 170.

51 ASTARLI, s. 146; BAĞCI, s. 137; ÖZKARACA, Ercüment, "6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 38, 2013/3, s. 182.

52 ASTARLI, s. 147; BAĞCI, s. 144; BASKAN, s. 719; NARMANLIOĞLU, Ünal, "Sendika Yöneticisinin Güvencesinin Anlamı ve Kapsamı", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.40, 2014/1, s. 21.

andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır⁵³. Hükümde geçen 'o andaki şartlarla' ibaresi işçinin işinden ayrı kaldığı süre içinde, işyerinde uygulanan ve sona eren toplu iş sözleşmeleri ile getirilen tüm haklardan yararlanacağı şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁴.

İşverenin işçiyi işe başlatma yükümlülüğünün üç koşulu olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki iş sözleşmesinin askıya alınmış olması, ikincisi yöneticilik görevinin kanunda sayılan nedenlerden biriyle sona ermiş olması, üçüncüsü ise işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurmuş olmasıdır⁵⁵. İşçi süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır⁵⁶. Belirtmek gerekir ki yöneticinin bir ay içinde işe başlatılmak üzere işverene başvurmaması halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir⁵⁷.

dd) Yöneticilik Görevinin Diğer Nedenlerle Sona Ermesi

Sendika yöneticisinin yöneticilik görevinin sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek dışında bir nedenle sona ermesi halinde ise sendika yöneticisi işverene işe başlatılma talebiyle başvuramayacaktır⁵⁸. Ancak yöneticilik görevi STİSK m. 23/2'de sayılan nedenler dışında sona eren sendika yöneticisi işverenden kıdem tazminatı talep edebilir (STİSK m. 23/3). Bu durum işçi tarafından yapılmış ancak kendisine kıdem tazminatı kazanma hakkı öngören bir fesih olarak değerlendirilebilir⁵⁹.

Ödenecek kıdem tazminatının hesabında, yöneticinin işyerinde çalışmış olduğu süreler göz önünde bulundurulur (STİSK m. 23/3). Bunun anlamı bu sürenin hesabında yöneticinin iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürelerin hesaba alınmayacağıdır. Kıdem tazminatında dikkate alınacak ücret

53 ÖZKARACA, s. 184; SUR, s. 72.

54 ŞAHLANAN, Sendika Yöneticileri, s. 337; EKMEKÇİ, s. 137.

55 BASKAN, s. 715-719.

56 NARMANLIOĞLU, s. 17.

57 SÜMER, İş Hukuku, s. 225.

58 ESENER/ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 172.

59 ASTARLI, s. 151.

ise fesih anında yöneticinin emsalleri için geçerli olan ücrettir⁶⁰. İşçinin iş kanunlarından doğan diğer hakları ise saklıdır (STİSK m. 23/3).

b. Amatör Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda amatör sendika yöneticiliğinin güvencesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen 6356 sayılı STİSK amatör sendika yöneticiliğinin güvencesini de hüküm altına almıştır. Yeni Kanun ile amatör sendika yöneticiliğinin güvencesi, STİSK'nun İşçi Kuruluşu Yöneticiliğinin Güvencesi başlıklı 23. maddesinde değil, İşyeri Sendika Temsilciliğinin Güvencesi başlıklı 24. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 5. fıkrasına göre amatör sendika yöneticileri işyeri sendika temsilcileri için öngörülen güvencelere sahiptirler.

C. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİNİN GÜVENCESİ

1. Genel Olarak İşyeri Sendika Temsilcisi Kavramı

İşyeri sendika temsilcisi, sendikanın işyerinde çalışan üyeleri arasından seçilen, işyerinde işçileri ve üye oldukları sendikayı temsil eden, işçilerin hak ve menfaatlerini koruyan, sendika üyesi işçiler-işveren ve sendika arasında köprü görevi gören işçidir⁶¹. Toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika; işyerinde işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasında ise en çok üç, beş yüz bir ile bin arasında ise en çok dört, bin bir ile iki bin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz işyeri sendika temsilcisini işyerinde çalışan üyeleri arasından atayarak on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirir (STİSK m. 27/1).

Sendika temsilcisinin görevleri STİSK m. 27/3'te; "İşyeri sendika temsilcileri ve baş temsilcisi; işyeri ile sınırlı olmak kaydı ile işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlenmek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevlidir." şeklinde belirtilmiştir. İşyeri sendika temsilcileri, işyerindeki işlerini aksatmamak ve iş disiplinine aykırı

60 NARMANLIOĞLU, s. 17; ESENER / BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 172.

61 BAĞCI, s. 3; EKMEKÇİ, s. 141; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL, s. 133.

olmamak şartı ile görevlerini yerine getirir. İşyerlerinde, sendika temsilcilerine görevlerini hızlı ve etkili biçimde yapmalarına imkân verecek kolaylıklar sağlanır (STİSK m. 27/4).

2. İşyeri Sendika Temsilcisinin Sendikal Güvenceleri

İşyeri sendika temsilcileri sendika üyesi işçileri ve üye oldukları sendikayı temsil etmeleri, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmeleri, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini sağlamaları gibi sebeplerle işverenlerle karşı karşıya gelme ihtimalleri yüksek olan işçilerdir. Bu nedenle işyeri sendika temsilcilerinin başta fesih olmak üzere yaşanabilecek olumsuzluklara karşı korunmaları gerekir⁶². İşte tüm bu nedenlerle işyeri sendika temsilcilerine STİSK madde 24'te çeşitli güvenceler tanınmıştır⁶³.

aa) İşyeri Sendika Temsilcisinin Feshe Karşı Korunması

İşyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmeleri, fesih için haklı bir neden olmadıkça ve feshin nedeni açık ve kesin şekilde yazılı olarak belirtmedikçe feshedilemez (STİSK m. 24/1). Feshin nedeni ve şekli Kanun'da ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshi için haklı neden olmak zorundadır. İşveren işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshedemez. Haklı neden sayılabilecek hallerin tespitinde, temsilcinin tabi olduğu mevzuat açısından haklı neden sayılan haller ile birlikte STİSK madde 70'te düzenlenen kanun dışı grev hali ve TBK madde 435 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı gereğince işverenden iş ilişkisini sürdürmesi beklenilemeyecek hallerde de göz önünde

62 TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL, s. 136.

63 İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklara İlişkin 135 Sayılı ILO Sözleşmesi'nin 1. maddesinde de işyeri sendika temsilcilerinin güvenceleri; "İşletmelerdeki işçi temsilcileri, kanunlara toplu sözleşmelere veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşulu ile işten çıkarma dâhil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından veya bu sıfatla faaliyetlerde bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan yararlanırlar." şeklinde koruma altına alınmıştır. (İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklara İlişkin 135 Sayılı ILO Sözleşmesi için bkz., https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377285/lang--tr/index.htm (E.T. 09.06.2019).

bulundurulmalıdır⁶⁴. Yine işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilse bile fesih yazılı olarak yapılmak zorundadır. Aksi halde fesih geçersiz sayılır. Kanun fesih için haklı neden olması ve feshin (nedeni açık ve kesin bir şekilde belirtilerek) yazılı yapılması koşullarını birlikte aramıştır⁶⁵.

İşverenin sendika temsilcisi işçinin iş sözleşmesini STİSK m. 24/1/c. 1’de belirtilen koşullara aykırı bir şekilde feshetmesi halinde temsilci veya üyesi bulunduğu sendika, fesih bildirimimin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadesine karar verilmesi amacıyla dava açabilir⁶⁶. Burada öngörülen bir aylık süre hak düşürücü süre niteliğinde olup, bu süreden sonra STİSK m. 24/1’e dayanarak dava açmak mümkün değildir⁶⁷. Dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde Bölge Adliye Mahkemesi kesin olarak karar verir (STİSK m. 24/2). Belirtmek gerekir ki işveren temsilcinin iş sözleşmesinin feshinde yazılı olarak bildirdiği haklı nedenle bağlıdır. Dolayısıyla işverenin dava sırasında fesih açısından dayandığı haklı nedeni değiştirmesi mümkün olmadığı gibi, haklı nedenle yeni bir fesih sebebi ileri sürmesi de mümkün değildir⁶⁸.

64 GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz Bozkurt, “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi” (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 52, 2017/1, s. 118.

65 Bu husus Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 21.01.2016 tarih ve 2015/25304 E., 2016/1474 K. sayılı kararında; “24. maddeye dayanılarak açılan feshin geçersizliği ve işe iade davasında iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı, feshin yazılı olarak açık ve kesin şekilde yapılıp yapılmadığı değerlendirilecektir. Salt geçerli bir nedene dayanılarak yapılan fesih, feshin geçersizliğini doğuracağı gibi haklı neden bulunsa bile fesih yazılı yapılmamışsa fesih geçersiz sayılacaktır.” şeklinde ifade edilmiştir (Kazancı Bilişim- İctihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr/>, E.T. 11.06.2019).

66 EKMEKÇİ, s. 144; BULUT, s. 175; İNCİROĞLU, Lütfi, “Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.36, 2013/1, s. 68.

67 SÜMER, Feshe Karşı Korunması, s. 134; GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 121; İNCİROĞLU, s. 67.

68 SÜMER, Feshe Karşı Korunması, s. 134-135; ŞAHLANAN, Fevzi, “İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.8, S. 29, 2013, s. 147.

Sendika temsilcisinin açtığı bu dava sonucunda fesih geçersiz sayılarak temsilcinin işe iadesine karar verilmesi halinde temsilciye, temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir (STİSK m. 24/3). Böyle bir durumda ayrıca İşK. m. 21’de belirtilen boşta geçen süre ücretine hükmedilmez⁶⁹. Temsilcinin fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarını alabilmesi için işverene işe başlatılmak üzere talepte bulunması şart değildir⁷⁰. Temsilcinin, kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içerisinde işverene işe başlatılma talebiyle başvurmasından itibaren işverenin temsilciyi altı iş günü içerisinde işe başlatmaması halinde temsilci ile işveren arasındaki iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilir. Dolayısıyla temsilciye ücret ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir⁷¹ (STİSK m. 24/3).

Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre⁷², STİSK madde 24’te düzenlenen işe iade davası ile madde 25’te düzenlenen işe iade davalarının koşulları, amaçları ve sonuçları birbirinden farklı olduğundan işyeri sendika temsilcisi

69 Bu husus Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 06.02.2017 tarih ve 2016/33409 E., 2017/1107 K. sayılı kararında; “Dava, işe iade istemine ilişkindir. Somut uyuşmazlıkta amatör sendika yöneticisi olan davacının iş sözleşmesi haklı neden olmadan feshedildiğinden, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi, 6356 sayılı Kanun’un 24. maddesi uyarınca da isabetlidir. Ancak boşta geçen süre ücret ve işe başlatmama tazminatı yönünden anılan madde hükümleri yerine, 4857 sayılı Kanun’un 21. madde hükümlerinin dikkate alınarak hüküm kurulması hatalıdır. Anılan madde uyarınca temsilcilik süresini, aşmamak kaydı ile fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödenmesine, başvuru ile temsilcilik veya yöneticilik süresi devam ettiği takdirde iş ilişkisi devam edeceğinden işe başlatmama sonuca etkili olmadığından işe başlatmama tazminatına karar verilmesine yer olmadığına, bunun yerine madde uyarınca ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir (Kazancı Bilişim- İtihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr/>, E.T. 13.06.2019).

70 EKMEKÇİ, s. 145; ÖZKARACA, s. 196; ŞAHLANAN, İşyeri Sendika Temsilcisi, s. 147.

71 İNCİROĞLU, s. 67; TUNCAY / SAVAŞ KUTSAL, s. 142.

72 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 05.06.2017 tarih ve 2017/33923 E., 2017/13376 K. sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 21.01.2016 tarih ve 2015/25304 E., 2016/1474 K. sayılı kararı (Kazancı Bilişim- İtihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr/>, E.T. 13.06.2019).

her iki hükme de dayanarak karma talepli dava açamaz. Ancak işyeri sendika temsilcisinin STİSK m. 24 yerine STİSK m. 25 hükmüne dayanarak dava açması mümkündür. Temsilcinin her iki hükme dayanarak dava açması durumunda mahkemece öncelikle temsilciye talebi açıklattırılmalı daha sonra hüküm kurulmalıdır.

Kanunda işyeri sendika temsilcilerine tanınan güvenceler yalnızca temsilcilik süresiyle sınırlı olarak öngörülmüştür. Bu durum ise önemli bir eksikliklerdir. Zira işçinin iş sözleşmesi temsilcilik görevi sona erdikten sonra geçmişte yaptığı temsilcilik göreviyle bağlantılı olarak feshedilse bile işçi temsilcilik görevi sona erdiğinden, işyeri sendika temsilcisine tanınan güvencelerden faydalanamayacaktır⁷³. İşçinin temsilcilik görevi sona erdikten sonra işveren tarafından iş sözleşmesinin işçinin geçmişte yaptığı temsilcilik görevine dayanan bir sebeple feshedilmesi halinde bu durum sendikal nedenle fesih olarak değerlendirilir ve işçi hakkında STİSK m. 25 hükümleri uygulanır⁷⁴.

bb) İşyeri Sendika Temsilcisinin İşyeri ve İş Koşullarında Değişikliğe Karşı Korunması

İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır⁷⁵ (STİSK m. 24/4). İşyeri sendika temsilcisinin yazılı onayı olmadan yapılan iş veya işyeri değişiklikleri temsilciyi bağlamaz⁷⁶. Temsilci işverenin bu yöndeki talimatlarına uymakla yükümlü olmadığından bu değişiklikleri kabul etmemesi halinde işverenin temerrüdü hükümlerine göre ücret ve diğer haklarını talep edebilir⁷⁷. İşyeri sendika temsilcisinin bu

73 SÜMER, Feshe Karşı Korunması, s. 131.

74 GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 116; SUR, s. 69.

75 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 10.12.2013 tarih ve 2013/34602 E., 2013/28745 K. sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 01.11.2017 tarih ve 2017/6590 E., 2017/17135 K. sayılı kararı (Kazancı Bilişim- İçtihat Bilgi Bankası, <https://www.kazanci.com.tr/>, E.T. 14.06.2019).

76 EKMEKÇİ, s. 147.

77 SUR, s. 68; ŞAHLANAN, İşyeri Sendika Temsilcisi, s. 149.

talimatlara uymadığından bahisle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde ise işyeri sendika temsilciliğinin güvenceleri uygulama alanı bulur⁷⁸.

SONUÇ

Türk Hukukunda Sendikal Güvenceler ile ilgili temel mevzuat 6356 sayılı Kanun'dur. Kanunun getirdiği sendikal güvenceler üç başlık altında toplanabilir. Bu sendikal güvenceler; işçi sendikası üyeliğinin güvencesi, işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi, işyeri sendika temsilciliğinin güvencesidir.

İşçi sendikası üyeliğinin güvencesi; işe alınma sırasında, iş sözleşmesinin devamı sırasında ve iş sözleşmesinin sona ermesinde olmak üzere kendi içinde üç bölüme ayrılır. Kanun sendika üyeliğinin güvencesinde ayrıca sendikal nedenle fesih ve sendikal tazminat hususlarını da düzenlemiş, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi halinde işçinin işe iade davası açabileceğini belirtmiştir. İşe iade davası sonucunda işçinin işe iade talebiyle işverene başvurmasa bile sendikal tazminata hak kazanacağına hüküm altına alınması, işçinin sendika üyeliğinin güvencesi açısından oldukça önemlidir. Ayrıca işçi sendikası üyeliğinin güvencesini düzenleyen 25. maddenin 5. fıkrasında iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçinin İş Kanunu madde 18,20 ve 21 hükümlerine göre dava açma hakkına sahip olduğu düzenlemesine ilişkin olarak, maddedeki '18' ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2014 tarih ve 2013/1 E., 2014/161 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi isabetli olmuştur. Zira İş Kanunu'nun 18. maddesi iş güvencesi kapsamındaki işçilere yönelik bir düzenleme olup bu düzenlemenin sendika üyeliği güvencesine ilişkin koruma kapsamında da belirtilmesi iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendika üyesi olsa bile sendika üyesi işçilere tanınan güvencelerden faydalanamaması sonucunu doğurmaktaydı.

Kanunda düzenlenen ikinci sendikal güvence işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi olup Kanun profesyonel sendika yöneticiliği ile amatör sendika yöneticiliğinin güvencesini farklı olarak düzenlemiştir. Düzenlemeye göre işçi kuruluşunda profesyonel sendika yöneticisi olduğu için işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi sona ermez, askıda kalır. Ancak

78 ÖZKARACA, s. 198; SÜMER, İş Hukuku, s. 228.

yönetici dilerse iş sözleşmesini feshedebilir ve kıdem tazminatına hak kazanır. Sözleşmenin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde işçi tarafından feshedilmesi imkânı sağlayan bu durum sendika yöneticilerine tanınan önemli güvencelerden biridir. Sendika yöneticisi olan işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurabilmesi için, görevinin kanunda sınırlı olarak sayılan sona erme nedenlerinden biriyle sona ermesi gerekir. İşveren yöneticilik görevi sayılan nedenlerle sona eren işçiyi o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun diğer bir işe başlatmak zorundadır. Bu husus önemli bir sendikal güvence olup işverenin işçiyi daha kötü veya zorlayıcı koşullarla işe başlatmasının önüne geçmek amacı taşır. Kanun yalnızca sınırlı olarak saydığı nedenlerle değil, bu nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren işçilere de güvence sağlamış ve bu işçilere işveren tarafından kıdem tazminatı ödeneceğini hüküm altına almıştır.

Kanunda düzenlenen üçüncü sendikal güvence ise işyeri sendika temsilciliğinin güvencesidir. Kanun koyucu amatör sendika yöneticilerinin güvencesinin de bu madde hükümlerine tabi olduğunu özellikle belirtmiştir. İşyeri sendika temsilcilerine sağlanan kapsamlı güvencenin bu işçilerin sendikayı temsil etmeleri, sendika üyesi işçiler-işveren ve sendika arasında köprü vazifesi görmeleri nedeniyle işveren tarafından olumsuz davranışlarla karşılaşma ihtimallerinin yüksek olması nedeniyle getirildiği düşünüldüğünde, işçi kuruluşunda yönetici olup o işyerinde çalışmaya devam eden amatör sendika yöneticileri açısından da bu güvencelerin uygulanacağını hüküm altına alınması isabetli olmuştur.

Kanun koyucu öncelikle işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshi açısından hem neden hem şekil düzenlemesi yapmış, bu işçilerin iş sözleşmesinin yalnızca haklı nedenle ve yazılı olarak feshedilebileceğini hüküm altına almıştır. İş sözleşmesi bu hususlara aykırı olarak feshedilen sendika temsilcisi feshin geçersizliği ve işe iade amacıyla dava açabilir. Açılan dava sonucunda feshin geçersizliğine ve işçinin ise iadesine karar verilmesi halinde temsilcinin işe iade talebiyle işverene başvurması şartı aranmaksızın temsilciye, temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Temsilcinin işe başlatılma talebiyle işverene başvurmasına rağmen işveren tarafından temsilcinin işe başlatılmaması halinde ise temsilci ile işveren arasındaki iş

ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek temsilciye ücret ve diğer hakları temsilcilik süresince ödemeye devam edilir. Kanun koyucu işyeri sendika temsilcilerini işyeri ve iş koşullarında işveren tarafından yapılabilecek değişikliklere karşı da korumuş ve sendika temsilcisinin yazılı rızası olmadıkça, toplu iş sözleşmesinde bu hususa ilişkin hükümler yer alsa bile, işverenin bu tarz değişiklikler yapamayacağını hüküm altına almıştır.

Kanunda işyeri sendika temsilcisine tanınan güvencelerin yalnızca temsilcilik süresiyle sınırlı olarak öngörülmesi önemli bir eksikliklerdir. Zira temsilcinin temsilcilik görevi sona erdikten sonra iş sözleşmesi işveren tarafından sendika temsilcisinin geçmişte yaptığı temsilcilik görevi nedeniyle sona erdirilse bile temsilcilik süresi sona eren işçi işyeri sendika temsilcisine tanınan güvencelerden faydalanamayacaktır. Kanunda işyeri sendika temsilcilerinin işverene karşı korunmasını öngören güvenceler dışında temsilcinin üye olduğu sendikaya karşı korunmasını öngören güvenceler getirilmemesi önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT**, Ercan, Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 37, 2013/2, s. 41-90.
- ASTARLI**, Muhittin, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, Y. 2013, S. 1-2, s. 141-183.
- BAĞCI**, Ayberk, Türk İş Hukukunda İşyeri Sendika Temsilciliği ve İşçi Kuruluşu Yöneticiliği, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2017.
- BASKAN**, Ş. Esra, 6356 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, 2013, s. 709-730.
- BAŞBUĞ**, Aydın, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Sendika Üyeliği, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.7, S. 28, 2012, s. 173-184.
- BULUT**, Ali, Türk İş Hukuku'nda Sendikal Güvenceler, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.
- ÇELİK**, Nuri / **CANIKLIOĞLU**, Nurşen / **CANBOLAT**, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul 2018.
- EKMEKÇİ**, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- ESENER**, Turhan / **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Yeliz, Sendika Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2017.
- GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Yeliz Bozkurt, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 52, 2017/1, s. 107-133.
- HAFIZOĞLU**, Ece Sıla, Sendika Yöneticileri ve Güvenceleri, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2014.
- İNCİROĞLU**, Lütfi, Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.36, 2013/1, s. 65-68.
- KÜÇÜK**, Karsu, Sendika Üyeliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.

- MANAV**, Eda, Sendikal Faaliyetlerden Yararlanmada Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, S. 28, 2012, s. 185-196.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal, Sendika Yöneticisinin Güvencesinin Anlamı ve Kapsamı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.40, 2014/1, s. 11-27.
- OKUR**, Zeki, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 39, 2013/4, s. 69-110.
- ÖZKARACA**, Ercüment, 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.38, 2013/3, s. 173-215.
- ÖZTÜRK**, Mehmet Onat, İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.38, 2013/3, s. 217-242.
- SAĞSÖZ**, Uğur, Sendika Üyeliğinin Güvencesi, Yüksek Lisans Tezi, KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018.
- SES**, Sencer Metin, Sendika Özgürlüğü ve Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2018.
- SUR**, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2017.
- SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 23. Baskı, Ankara 2018.
- SÜMER**, Haluk Hadi, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997.
- SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, 17. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2019.
- ŞAHLANAN**, Fevzi, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 39, 2013/4, s. 110-142.
- ŞAHLANAN**, Fevzi, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.8, S.29, 2013, s. 145-149.
- ŞAHLANAN**, Fevzi, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, 2013, s. 331-339.
- ŞEN**, Murat, Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.3, S.9, 2008, s. 85-101.

TERZİOĞLU, Ahmet, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi, Y. 2017, C. 2, S.4, s. 84-96.

TUNCAY, A. Can / **SAVAŞ KUTSAL**, F. Burcu, Toplu İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2016.

TUNÇOMAĞ, Kenan / **CENTEL**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul 2018.

YİĞİT, Yusuf, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yönetim Bilimleri Dergisi, C.11, S.22, 2013, s. 31-68.

<https://www.ilo.org>

www.kazanci.com.tr

ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ VE SONUÇLARI

Mehmet ÖZYÜREK*

THE RESULTS OF CONTACTER'S DEFAULT IN THE CONTRACT OF CONSTRUCTION IN RETURN FOR LAND SHARE

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Karaman Barosunda Avukat
E-posta: avmehmetozyurek@gmail.com
Tel: 0.542 838 8958
Orcid no: 0000 0002 7980 4655

ÖZ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi; arsası olan geçek ya da tüzel kişi ile yüklenici arasında kurulan, arsa sahibinin arsayı yükleniciye devretmeyi, yüklenicinin de arsa karşılığında arsaya inşa edilecek olan binadan belirli sayıda bağımsız bölümleri arsa sahibine vermeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Arsa sahibi bu sözleşme ile nakit bir bedel ödemediğinde arsasını değerlendirmekte ve arsasına inşa edilen binada bağımsız bölümlere sahip olmakta; yüklenici ise arsa için nakit bir bedel ödemeksizin sadece inşaatın finansmanını sağlayarak geri kalan bağımsız bölümlere sahip olmaktadır. Ancak en sık yaşanan sorunlardan bir tanesi, genellikle bu sözleşmeden doğan borçların ifasında yüklenicilerin temerrüde düşmesidir. Yüklenici inşaata hiç başlamamakta, inşaatı yarım bırakmakta yahut ayıplı olarak teslim etmektedir. İşte bu gibi hallerde Türk Borçlar Kanunu genel hükümlere göre arsa sahibi; aynen ifa, gecikme tazminatı, gecikme cezası, ifa yerine tazminat ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmini talebiyle yükleniciye başvurulabilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Yüklenicinin Borçları, Yüklenicinin Temerrüdü, Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları, İleriye Etkili Fesih.

ABSTRACT

Construction agreement in return for land share contract interrelates between contractor and owner who is legal entity or person. Land owner gets into debt transfer of land shares to contractor, in return of this, contractor undertakes to build independent flats. Thanks to this type of contract, land owner become the owner of flats without paing monet, contractor become the owner of land and obtain the rest of flats ober these lands shares. Defaults of contractor to pay off his/her obligations is the most problem. Contractor doesn't start construction at all, or leave undone, or delibver the flats as defecetive. According to the principles of obligation law, land owner has a right of sue of delay penatltly, delay compensation or rescission of construction by damage indemnity.

KEYWORDS: The Contract of Construction in Return for Land Share, Obligations of Contractor, Defaults of Contractor, Result of Default of Contractor, Forward Effective Termination.

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi; yüklenicinin(müteahhidin) arsa sahibinin arsasına bina yapmayı üstlendiği, arsa sahibinin ise karşı edim olarak yapılan binadaki sözleşme ile sayısı ve niteliği belirlenen bağımsız bölümleri yükleniciye devretmeyi üstlendiği iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹. Yüklenicinin sözleşme ile güttüğü amaç, sahibi olmadığı arsaya bedel ödemededen bina inşa ederek binadaki bağımsız bölümlerden belirlenen kısmı arsa sahibine arsa bedeli yerine ayın olarak vermektir². Yüklenici bu sayede nakit bedel ödemededen ileride inşa edeceği binanın arsanın zilyedi olmakta, sadece inşaatın yapımını kendisi finanse etmektedir³. Arsa sahibinin güttüğü amaç ise büyük olasılıkla uzmanlık alanı olmadığı inşaat sektörüne girmeksizin sadece arsasını ortaya koyarak, arsasında yapılacak olan bağımsız bölümlere sahip olmaktır. Arsa sahibi bu sayede inşaat işleriyle uğraşmamakta, arsası karşılığında inşa edilecek olan bağımsız bölümlerin yüklenici ile aralarında kararlaştırmış olduklarına sahip olmaktadır.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmeleri tipik bir sözleşme değildir. Yani kanunda bu ad altında bir sözleşme tipi bulunmamaktadır⁴. Bu sözleşmeler birden fazla sözleşmenin özelliklerini bir arada bulundurmaktadır. Bu nedenle bu sözleşmelere çift tipli karma sözleşme

¹ YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, (2012), Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Nisan, 2012, s. 483; YENER, Mehmet Deniz, (2014), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2014, s. 3; REMZİ, Mehmet / AYDIN, Sezer, (2014), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ekim, 2014, s. 315; Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 05.02.2019 Tarih, 2018/4115 Esas, 2019/896 Karar sayılı kararı: "...Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taraflara karşılıklı hak ve borçlar yüklemektedir. Yüklenici, finansman sağlayarak arsa malikinin taşınmazı üzerine bina yapma işini üstlenmekte, arsa maliki ise inşa edilecek binaya karşılık, bu binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi vaat etmektedir...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim tarihi: (16.04.2019).

² ERMAN, Hasan, (2007), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul, 2007, s. 1.

³ GÜNAY, Erhan, (2016), Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlık Rehberi, Güncellenmiş 2. Baskı, Haziran, 2016, s. 18.

⁴ ZAPATA, Tan Tahsin, (2015), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Eylül, 2015, s. 5; KIRMIZI, Mustafa, (2014), Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Ocak, 2014, s. 625.

denilmektedir⁵. Birden fazla sözleşme tipi bir araya gelmekte ve bu bir araya gelen sözleşme tipleri kendine özgü yeni bir sözleşme tipini ortaya çıkarmaktadır⁶.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerine uygulamada yoğun olarak rastlanılmaktadır. Her sözleşme tipinde olduğu gibi arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde de sıklıkla hukuksal uyumsuzluklar çıkmakta, bu uyumsuzlukların büyük bir çoğunluğunu da yüklenicinin kat yapımını tamamlamada temerrüde düşmesi hali oluşturmaktadır.

Genel olarak temerrüt; ifası imkânsız olmayan bir borcun muaccel olmasına ve talep edilmesine rağmen borçlunun borcu ifa etmemesi sonucu ortaya çıkan hukuki bir durumdur⁷. Borçlunun temerrüde düşmesi için öncelikle borcun muaccel hale gelmiş olması, yani alacaklının alacağını talep hakkına sahip olması gerekir. Borcun henüz vadesi gelmemişse, borcun doğumu veya muacceliyeti geciktirici (taliki) şarta bağlanmışsa ve bu şart henüz gerçekleşmemişse borçlu temerrüde düşmez⁸. Borcun ifası imkânsız olmamalıdır. İmkânsızlıkta esas alınan ölçüt objektif ölçüttür. Borcun ifasının imkânsız olmaması şartı, sözleşmenin bağitlanmasından sonra aranır. Zira sözleşme bağitlanmazdan önceki imkansızlıklar Türk Borçlar Kanunu'nun 27' nci maddesi uyarınca sözleşmeyi hükümsüz hale getirir⁹. Temerrüt için diğer bir gereklilik alacaklının borçluya ihtarda bulunmuş olmasıdır¹⁰. Kanunun

⁵ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 12; SÜTÇÜ, Nezih, (2016), Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt 1, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ocak, 2016, s. 34; DIRİCAN, Gökhan, (2007), Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, Mayıs, 2007, s. 5.

⁶ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, (2012), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, 2. Baskı, İstanbul, Ekim, 2012, s. 107; AKINCI, Şahin, (2013), Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya, Ekim, 2013, s. 64; EREN, Fikret, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Temmuz, 2012, s. 207; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 11.

⁷ ZAPATA, Tan Tahsin, (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Ağustos, 2014, s. 202; SÜTÇÜ, (2016), s. 869; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1090; AKINCI, (2013), s. 229.

⁸ ÖZ, Turgut, (2013), İnşaat Sözleşmesi ve ilgili Mevzuat, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 149; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1092; AKINCI, (2013), s. 230.

⁹ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 176; AKINCI, (2013), s. 227.

¹⁰ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1093; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 203.

ayrık tuttuğu haller saklı kalmak kaydıyla TBK. m. 117/1' de "Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarını ile temerrüde düşer." hükmü gereği temerrüt için kural olarak ihtarın varlığı aranmaktadır. Son olarak da alacaklının temerrüt durumunda olmaması şartını ifade etmekte yarar vardır. Çünkü halihazırda alacaklı temerrüt durumunda ise; yani borçlunun borcunu ifa edebilmesi için öncelikle alacaklının üzerine düşen edim yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekiyor ise, borçlu temerrüdünden bahsetmek mümkün olmaz¹¹.

Borçlunun temerrüt durumuna düşmüş olmasının birtakım sonuçları vardır. Sonuçlar ise borçlunun kusur durumuna göre birtakım değişkenlikleri de beraberinde getirmektedir¹². Burada üzerinde durulması gereken husus borçlu temerrüdünün alacaklı açısından hangi sonuçları doğuracağı, diğer bir anlatımla borçlu temerrüdünün alacaklıya hangi hakları vereceğidir.

Çalışmamızda da arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin genel olarak kavramından, hukuksal niteliğinden, şekil şartlarından, yüklenicinin borçlarından bahsedildikten sonra esasen yüklenicinin kendi edimi olan kat yapımında temerrüdü ve bu temerrüdün alacaklıya ne gibi haklar tanıdığı üzerinde durulacaktır.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİ

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesiyle yüklenici, arsa sahibinin arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler yapmak suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmektedir¹³. Bu sözleşme ile arsa sahibi maliki olduğu arsanın kararlaştırılan paylarını yükleniciye devretmek, yüklenici de arsa üzerine inşa edeceği binanın kararlaştırılan kısımlarını arsa sahibine teslim etmek borcu altına girmektedir¹⁴.

Her ne kadar yukarıda arsanın belirli paylarının devrinden bahsedilmekte ise de arsanın tamamının devri de söz konusu olabilir¹⁵.

¹¹ AKINCI, (2013), s. 231.

¹² EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1098.

¹³ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 483.

¹⁴ ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, (2014), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Ekim, 2014, s. 367; REMZİ / AYDIN, (2014), s. 315

¹⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 30.

Örnek vermek gerekirse, birden fazla arsası olan bir arsa sahibi, arsasının birine inşa edilecek olan binanın mülkiyetinin tamamına sahip olacağı şekilde bir sözleşme akdedebilir. Bunun yanında da diğer arsalara yapılacak olan binaların tamamının mülkiyeti yükleniciye ait olacak şekilde sözleşme yapılabileceği gibi, yine önceki sözleşme tiplerinde olduğu gibi arsanın bir kısım payları arsa sahibine bırakılabilir.

Bu sözleşmede arsa sahibi nakit bir bedel ödemeksizin arsasını değerlendirmekte, yüklenici de arsaya nakit bir bedel ödemeksizin arsa sahibinin arsasına bina yapma yetkisine sahip olmakta ve yaptığı binadaki bağımsız bölümlerin bir kısmına sahip olarak bu şekilde kar elde etmektedir¹⁶. Burada arsa sahibinin güttüğü amaç; büyük olasılıkla uzmanlık alanı olmadığı inşaat sektörüne girmeksizin sadece arsasına ortaya koyarak, arsasında yapılacak olan binadaki bağımsız bölümlere sahip olmaktır. Arsa sahibi bu sayede inşaat işleriyle uğraşmamakta, nakit bir bedel ödemediği inşae edilecek olan bağımsız bölümlerin yüklenici ile aralarında kararlaştırmış olduklarına sahip olmaktadır¹⁷.

Uygulamada en sık görülen arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi türü; arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat ettiği, yüklenicinin de arsa sahibinin arsası üzerine bina inşa etmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir¹⁸. Bu sözleşmelerin bağitlanmalarından sonra arsa sahibi ve yüklenici tapu müdürlüğüne müracaat ederek arsa sahibi arsanın mülkiyetinin tamamını veya bir kısmını yükleniciye devretmekte, yüklenici de daha sonra kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine devretmektedir¹⁹. Bu yöntem, edimini ilk önce ifa etmiş olan arsa sahipleri için en az güvenli olan yöntemdir.

¹⁶ GÜNAY, (2016), s. 19; Yargıtay 23. HD. 06.02.2019 T., 2016/2611 E., 2019/318 K. sayılı kararı: "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 Sayılı Kanun'da tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019)).

¹⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 482; ERDAŞ, Bayram, (2011), Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 9.

¹⁸ YENER, (2014), s. 3; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 489.

¹⁹ ÖNGÖREN, Gürsel, (2016), İnşaat Hukuku, Mekke, Eylül, 2016, s. 22.

Diğer bir tür, yüklenicinin inşaat ruhsatını almasından ve inşaaata başlamasından sonra kat irtifakı tapusunun çıkarılarak yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin kat irtifakı tapusunun yükleniciye devredilmesidir. Yüklenici de devraldığı kat irtifakı tapularının temsil ettiği bağımsız bölümleri 3. kişilere satarak yapmakta olduğu inşaatın finansmanını sağlayabilmektedir.

Uygulamada “Ankara usulü” de denilen diğer bir tür ise, arsa paylarının inşaatın ulaştığı düzeye göre yani yüklenicinin edimini ifa derecesine göre yükleniciye devredilmesi yöntemidir²⁰. Bu durumda yüklenici inşaaata devam ettikçe arsa sahibi de inşaatın yapım aşamasına göre arsa paylarını yükleniciye devredecektir²¹. Yüklenicinin inşaat ruhsatını almasından ve inşaaata başlamasından sonra taraflar tapu müdürlüğüne giderek kat irtifakı tapusunu çıkartırlar. İnşaat devam ettikçe arsa sahibi, bağımsız bölümleri temsil eden kat irtifakı tapularını yükleniciye devreder. Arsa sahipleri için en güvenli yöntem bu yöntemdir. Ancak bu yöntem, uygulamada yükleniciler tarafından istenilen bir yöntem değildir. Çünkü bu yöntemde yüklenici, inşaaata devam ettikçe bağımsız bölümleri temsil eden kat irtifakı tapularını peyderpey devralacağı için yapmakta olduğu inşaatın finansmanında zorluk çekmektedir.

B. HUKUKSAL NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²². Çünkü anılan sözleşme ile her iki taraf da alacaklı ve borçlu konumuna girmektedir. Arsa sahibinin borcu, sözleşmede kararlaştırılan arsa

²⁰ ERMAN, (2007), s. 48; ÖNGÖREN, (2016), s. 13; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 488.

²¹ Yargıtay 14. HD., 02.04.2018 T., 2016/11773 E., 2018/2524 K. sayılı kararı: “... Ne var ki, davalılar arasındaki sözleşmede yükleniciye isabet edecek bağımsız bölümler tapusunun kademeli olarak verileceği kararlaştırılmıştır. Bu tür devir şekli, bina yapım işi önemli oranda sermayeyi gerektirdiğinden yükleniciye finans kolaylığı sağlar. Uygulamada, yap-satçılık denilen bu modelle yüklenici belirli bir seviyeye getirdiği inşaatba bağımsız bölüm satarak inşaatın kalan bölümlerini tamamlamaktadır. Hiç kuşkusuz yanlar arasında paylaşım şekli nasıl kararlaştırılmışsa, bu konuda çıkan uyuşmazlığın sözleşmenin ilgili hükümlerine bakarak giderilmesi gerekir...”, (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

²² GÜMÜŞ, (2012), s. 107; TOKAT, Hüseyin, (2016), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2016, s. 187.

paylarını yükleniciye devretmektir. Yüklenicinin borcu ise inşa edilen binadaki kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmektir.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda ve özel kanunlarda düzenlenmediği için bir tipik bir sözleşme türü değildir²³. Bu sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme serbestisi (m. 26) kapsamında uygulamada ortaya çıkmış bir sözleşmedir²⁴. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi esasen taşınmaz satım sözleşmesi ve eser(istisna) sözleşmesinin hükümlerini içerdiğinden öğretide çift(iki) tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir²⁵. Çift tipli karma sözleşme tabiri ile ifade edilmek istenen iki ayrı tipte sözleşme değil, iki ayrı tipte edimdir²⁶. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde taşınmaz satım veya taşınmaz satım vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesinin özellikleri bir araya gelmekte, her iki sözleşme de bağımsızlıklarını koruyamamakta, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin kendine özgü hukuki durumu ortaya çıkmaktadır²⁷.

Öğretide baskın olan görüşe göre çift tipli karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde kıyas teorisi esas alınmalıdır²⁸. Bu sözleşmeler kanunda düzenlenmiş sözleşmeler olmadığından her edime, benzer sözleşme tipine ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya uygulanamayacağı, benzer sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir²⁹. Yargıtay ise birleştirme teorisini kabul

²³ ERMAN, (2007), s. 10; ÇELİK, Ahmet, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", s. 2, (www.tazminathukuku.com, (11.01.2019)).

²⁴ ZEVKLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTÇU, Ayşe / AYDOĞDU, Murat / CUMALIOĞLU, Emre, (2013), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İzmir, 2013, s. 118-120; SÜTÇÜ, (2016), s. 34.

²⁵ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 59; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 34; ERMAN, (2007), s. 4; AKINCI, (2013), s. 64; YENER, (2014), s. 4; DİRİCAN, (2007), s. 5.

²⁶ YENER, (2014), s. 4.

²⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 484; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 208; ERDAŞ, (2011), s. 19.

²⁸ EREN, Fikret, (2015), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 881; GÜMÜŞ, (2012), s. 12.

²⁹ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 64.

ederek, her edime ait olduğu sözleşme tipinin hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması gerektiği görüşündedir³⁰.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi, sürekli edimli bir sözleşmemi olduğu konusunda öğretilerde görüş birliği yoktur.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu kabul eden görüşe göre, edimin yerine getirilmesi tek seferde olmakta ve borç da bu anda sona ermektedir³¹. Buna göre arsa sahibi arsa paylarını devretmekte, böylelikle edimini yerine getirmiş olmaktadır. Yüklenici ise arsa paylarının devrine karşılık kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmek yükümlülüğü altına girmektedir. Her ne kadar yüklenicinin edimi (inşaat yapma işi) zamana yayılmış olsa da bu zaman aralığında yapılan eylemler edimi ifaya yönelik hazırlık çalışmaları olarak kabul edilmektedir³². Esasen yüklenicinin edimi eserin teslimidir³³.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunu kabul eden görüşe göre ise anılan sözleşme sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Yüklenicinin edimi zamana yayılmaktadır. Yüklenicinin edimini teslimle ve tek seferde gerçekleştirdiği kabul edilemez. Bu sözleşmelerde yüklenici, edimlerini kısım kısım ifa etmektedir. Yapılan sözleşmenin türüne göre binanın belli kısmının yapılması ile arsa sahibi yükleniciye kararlaştırılan bağımsız bölümleri devretmektedir. Bu sözleşme sürekli borç ilişkisi içeren bir sözleşme olarak nitelendirildiğinde sözleşme, ileriye etkili olarak sona erdirilecektir³⁴.

Yargıtay 25.01.1984 Tarih ve 1883/3 Esas, 1984/1 Karar sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı ile arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin “geçici-sürekli karmaşığı” bir özelliği olduğunu kabul etmiş ve bunun sonucunda yüklenicinin eseri meydana getirmede temerrüde düşmesi sonucunda arsa sahibinin fesih hakkını kullanmasında feshin geriye etkili olarak sonuç doğuracağına; ancak feshin geriye etkili olarak sonuç doğurmasının eserin tamamlandığı oran dikkate alındığında Türk Medeni Kanununun 2’nci

³⁰ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 63; YENER, (2014), s. 5.

³¹ DİRİCAN, (2007), s. 5.

³² ARAL / AYRANCI, (2014), s. 334; REMZİ / AYDIN, (2014), s. 317.

³³ TOKAT, (2016), s. 217.

³⁴ DURAK, Yasemin, (2015), “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Özel Sayı, Yıl 2015, s. 223.

maddesine uygun düşmediği hallerde feshin ileriye etkili sonuç doğuracağına hükmetmiştir³⁵.

Feshin geriye etkili- ileriye etkili sonuç doğurmasının sonuçlarına yüklenicinin temerrüdünün sonuçları kısmında değinilecektir.

C. ŞEKİL

Eser sözleşmeleri kural olarak şekle tabi değildir³⁶. Sözlü olarak yapılabileceği gibi; basit(adi) yazılı şekilde ya da resmi şekilde de yapılabilir. Bu nedenle eser sözleşmelerindeki şekil; geçerlilik(sıhhat) şartı olmayıp, ispat şartıdır³⁷.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, arsa sahibinin borcu arsa paylarını yükleniciye devretmek iken; yüklenicinin borcu, arsa payları karşılığında arsaya bina inşa etmektir. Yüklenicinin bina inşa etmek borcunu konu alan sözleşme herhangi bir şekle tabi olmamakla birlikte arsa sahibinin arsa paylarını devretmek borcu, tapuya kayıtlı bir taşınmazı devretmek borcu olduğu için TBK. 22/2, 213 ve TMK. 706' ncı maddeleri gereği resmi şekle tabidir³⁸. Aranan şekil şartı, geçerlilik şartıdır³⁹. Kanunun aradığı şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir⁴⁰. Sözleşmeye resmi şekli verecek olan makam tapu müdürlüğüdür. Ancak Noterlik Kanunu'nun 60' ncı maddesi gereği noterlere verilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapma yetkisi çerçevesinde arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi noterde düzenlenme şeklinde yapılması halinde geçerli olacaktır. Yargıtay 24.04.1978 T., ve 1978/3 E., 1978/4 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaatlerinin geçerli olduğu, bu türlü satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır⁴¹.

³⁵ KIRMIZI, (2014), s. 627.

³⁶ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 341; DİRİCAN, (2007), s. 9.

³⁷ KIRMIZI, (2014), s. 633.

³⁸ ARAL / AYRANCI, (2014), s. 341; KOSTAKOĞLU, Cengiz, (2017), İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10. Baskı, Ekim, 2017, s. 65; DİRİCAN, (2007), s. 9.

³⁹ REİSOĞLU, Sefa, (2006), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul, 2006, s. 67.

⁴⁰ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 490.

⁴¹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 490; DURAK, (2015), s. 216.

Kanunun emredici hükmü gereği sözleşmenin en azından noterde ve düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Tarafların kendi aralarında sözleşmeyi akdedip imzalarını notere onaylatmaları, sözleşmenin geçersiz olması sonucuna yol açar⁴². Yani taraflar notere bizzat veya temsilcileri ile giderek sözleşmeyi yapmaya yönelik irade beyanında bulunmaları gerekir.

Sözleşmenin şekil şartına uyulmadan yapılmış olması kural olarak sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur ve taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde aldıklarını geri vermekle yükümlü olur⁴³. Kural olarak denilmesinin nedeni birtakım hallerde sözleşmeyi geçersiz kılmak, iyiniyet esasları çerçevesinde edimini ifa etmiş olan taraf aleyhine ağır bir sonuç olur ve kanun iyiniyetin suiistimalini himaye etmez.

Geçersiz sözleşmeye rağmen tarafların edimlerini ifa etmesinden sonra geçersizlik ileri sürülerek verilenler geri istenemez. Çünkü sözleşmenin ifasından sonra verilenlerin iadesini istemek TMK 2' nci maddesinde düzenlenen objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz⁴⁴. İfa edilmiş sözleşmeye rağmen verilenlerin iadesini istemek hakkın açıkça kötüye kullanılması demektir ve hukuk düzeni bu durumu korumaz.

Yüklenici tarafından inşaatın tamamı ya da büyük bölümünün yapılmış olması ve arsa sahibinin arsa paylarını devre yanaşmaması halinde ne olacaktır?

Yukarıda bahsedilen her iki tarafın da edimlerini yerine getirmiş olması halinde geçersizliğin sonradan ileri sürülemeyeceği haliydi. Burada farklı olan yüklenici üzerine düşen edim yükümlülüğünü büyük ölçüde yahut tamamen yerine getirmiş ancak, arsa sahibi üzerine düşen edim yükümlülüğünü sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek yerine getirmekten kaçınmaktadır.

Geçersiz sözleşmeye rağmen arsa üzerindeki fiili tasarrufu yükleniciye bırakan ve yüklenici inşaata devam ederken bu duruma ses çıkarmayan arsa sahibinin, edim sırası kendisine gelince edimi yerine getirmekten kaçınması elbette ki dürüstlük kuralı denetimine takılır⁴⁵. Geçersiz de olsa bir sözleşme

⁴² ARAL / AYRANCI, (2014), s. 342.

⁴³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 290; AKINCI, (2013), s. 36.

⁴⁴ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 292; ZAPATA, (2014), Genel Hükümler, s. 99; TOKAT, (2016), s. 195.

⁴⁵ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 491; DURAK, (2015), s. 220; Yargıtay 15. HD. 12.02.2019 T., 2018/3399 E., 2019/555 K. sayılı kararı: "...özellikle arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmış olması nedeni ile geçersiz ise de;

yapmış olan yüklenici, bu sözleşmeye güvenerek yatırım yapmakta ve yapmış olduğu yatırımın karşılığını beklemekte haklıdır. Aksini kabul etmek, kötünüyeti korumak anlamına gelir. Bu durumda arsa sahibi haksız bir menfaat elde edeceği gibi yüklenici de ekonomik olarak çöküntüye uğrar.

Dürüstlük kuralı ile ilgili olarak Yargıtay 25.01.1984 T., 1983/2 E., 1984/1 K. sayılı İçtihadî Birleştirme Kararın da ifade edildiği üzere; Medeni Kanun'un 2' nci fıkrasında düzenlenen dürüstlük kuralının işlevlerinden biri de kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumlanmasında ve uygulanmasında, akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmasını önlemektir. Tüm hukuk kurallarının uygulamasında göz önünde tutulması gereken yasanın bu hükmü ile bağdaşmayan arsa sahibinin davranışına hak verilemez⁴⁶.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde yüklenicinin borçları; bağımsız bölüm yapma ve teslim borcu, ayıba karşı tekeffül borcu, inşaat ruhsatını ve oturma iznini alma borcu ve emlak vergisini ödeme borcu olarak sıralanabilir.

A. BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPMA VE TESLİM BORCU

1. BAĞIMSIZ BÖLÜM YAPMA BORCU

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, belirlenen arsaya bina yapma borcudur⁴⁷. Bu husus Borçlar Kanununun 470' nci maddesinde: "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Eser meydana getirmek tabirini, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde bir yapıyı oluşturmak şeklinde anlamak gerekir⁴⁸. Böylelikle

sözleşme ifa ile sonuçlanıp arsa sahibince yükleniciye tapuda pay devirleri yapılmış olması nedeni ile yüklenici tarafından sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağına anlaşılmasına göre...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

⁴⁶ KOSTAKOĞLU, (2017), s. 68.

⁴⁷ ÖZ, (2013), s. 117.

⁴⁸ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 436; ZAPATA, Tan Tahsin, (2015), Özel Hükümler, s. 218.

arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin yapma borcunda Borçlar Kanunu'nun yapma borçlarına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Borçlar Kanununun "Yüklenicinin borçları" başlıklı 471' nci maddesinde; yüklenicinin, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenici, meydana getirmeyi taahhüt ettiği taşınmazı özenle inşa etmesi gerekir. Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinde gösterilmesi gereken özenin sınırları "benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış" şeklinde çizilmiştir. Bu itibarla yükleniciden beklenen özen yükümlülüğü, objektif özen yükümlülüğüdür. Yani yüklenici, alanında tecrübeli ve uzman bir kimsenin göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlüdür⁴⁹.

Yüklenici kararlaştırılan binayı bizzat kendisi yapmak veya kendi yönetimi altındaki kişilere yaptırmak zorundadır. Ancak yapılacak iş bakımından yüklenicinin kişisel hüneryleri önem taşıyorsa iş başkasına da yaptırılabilir. Burada önem arz eden nokta, binanın yüklenici tarafından bizzat yapılmasında arsa sahibinin menfaatinin olup olmadığıdır⁵⁰.

Yüklenici, yapmayı taahhüt ettiği binayı inşa ederken arsa sahibinin menfaatlerini korumak ve sözleşme dolayısıyla vakıf olduğu bilgileri sadakatle kullanmak zorundadır. Yüklenici eline geçen bilgileri arsa sahibi yararına kullanmak ve ona zarar verici her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır⁵¹. Örnek vermek gerekirse; yüklenici, sözleşme dolayısıyla arsa sahibine ait projeleri, planları arsa sahibinin rızasına aykırı olarak kendisinin başka işlerinde kullanmamak ve başkalarına vermemekle yükümlüdür⁵². Eğer ki yüklenici, yapımı kararlaştırılan binayı sözleşmeye uygun olarak inşa etse dahi sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olur⁵³.

⁴⁹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 445; AKKURT, Sinan Sami, (2010), "Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 10, Sayı 2, Yıl 2010, s. 40.

⁵⁰ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 441; DURAK, (2015), s. 223.

⁵¹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 443; AKKURT, (2010), s. 39.

⁵² ÖZ, (2013), s. 121.

⁵³ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 444.

2. TESLİM BORCU

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde yüklenicinin borcu kararlaştırılan binayı yapmakla sona ermez. Borcun sona erebilmesi için yapılan binanın kararlaştırılan bölümlerinin arsa sahibinin fiili hakimiyetine bırakılması, yani bölümlerin arsa sahibine teslim edilmesi gerekmektedir⁵⁴. Bir başka anlatımla; yüklenicinin binayı tamamladıktan sonra arsa sahibinin arsasından çekilmesi, zilyetliği arsa sahibinin tasarrufuna bırakmasıyla teslim borcu yerine getirilmiş olur⁵⁵. Teslim, tamamlanmış yapılar yönünden söz konusu olur. Yapının, henüz tamamlanmadan arsa sahibinin fiili hakimiyetine geçmiş olması sözleşmeye uygun bir teslim anlamında sayılamaz⁵⁶.

Bölümlerin teslim tarihi genellikle sözleşme ile kararlaştırılır. Aksi durumda, süre belirtilmemiş veya objektif ölçülere göre kesinlikle belirtilmesi mümkün olamıyorsa kesin teslim tarihi belli değildir. Bu halde teslim tarihini işin mahiyetine ve tarafların iradesine göre belirlemek gerekecektir⁵⁷.

B. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Ayıplı ifa ile ifade edilmek istenen, yapımı taahhüt edilen binanın kararlaştırılan nitelikleri karşılamaması halidir⁵⁸. Binanın ayıplı olması ile eksik yapılmış olması farklı kavramlardır. Kural olarak binanın eksik yapılmış olması, yapımına devam edilerek o eksikliğin giderilebileceği anlamına gelir. Ancak ayıplı ifa mevcut ifayı bozmadan, binada değişiklik yapılmadan giderilemez. Bu itibarla ayıplı bir bina tamamlanmış bir bina olabilir ve bu durum binanın teslimine engel değildir⁵⁹. Binanın ayıplı olup olmadığının

⁵⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 454; DURAK, (2015), s. 224.

⁵⁵ ERMAN, (2007), S. 29; ÖZ, (2013), s. 145; GÜNAY, (2016), s. 19.

⁵⁶ AKKURT, (2010), s. 44; Yargıtay 15. HD. 21.12.2018 T., 2018/2964 E., 2018/5217 K. sayılı kararı: "... Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında anahtar tesliminden amaçlanan inşaatın sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi ruhsat ve imar mevzuatına uygun olarak tamamlanıp yapı kullanma izin belgesinin de alınmış olmasıdır. Anahtar teslimi yapımı üstlenilen işlerde yapı kullanma izin belgesi alınıncaya kadar inşaatın tamamlandığını kabul etmek mümkün değildir...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

⁵⁷ ERMAN, (2007), s. 56.

⁵⁸ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1048; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 174; AKINCI, (2013), s. 242.

⁵⁹ YENER, (2014), s. 27; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 456.

tespitinde tereddüt yaşıyor ise bu durumun dürüstlük kuralına göre benzer alanda işler üstlenen basiretli bir yüklenicinin yapacağı binadaki nitelikler göz önüne alınarak, yapılan binanın bu nitelikleri taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır⁶⁰.

TBK. m. 474'e göre; İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Bu maddeye göre ayıba karşı tekeffül için aranan şartlar, inşaatın tamamlanarak teslim edilmiş olması ve eserin ayıplı olmasıdır⁶¹.

Binadaki ayıplar açık ayıp olabileceği gibi gizli ayıp da olabilir. Açık ayıp, olağan bir gözden geçirme ile fark edilebilecek ayıplardır. Gizli ayıp ise olağan bir gözden geçirme ile fark edilemeyen, eserin kullanılmasıyla veya zamanla fark edilebilecek ayıplardır. Binadaki ayıbı fark eden arsa sahibi, bu durumu derhal yükleniciye bildirmelidir⁶². Aksi durumda binayı o haliyle kabul etmiş sayılır ve üzerine düşen arsa paylarını devretmek borcundan kaçınamaz(TBK. m. 477/2).

Arsa sahibinin muayene yükümlülüğü açık ayıplar yönünden geçerlidir. Çünkü gizli ayıplar olağan bir muayene ile ortaya çıkabilecek ayıplar olmadığı için ayıbın fark edildiği anda yükleniciye bildirilmesi yeterli kabul edilmektedir⁶³.

Arsa sahibinin TBK. m. 475' e göre ayıba karşı tekeffülden doğan bir kısım hakları vardır. Bu haklar; sözleşmeden dönme hakkı, bedelden indirim

⁶⁰ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 456.

⁶¹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 456; DURAK, (2015), s. 225.

⁶² YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 458; ZAPATA, Özel Hükümler, (2015), s. 231; AKKURT, (2010), s. 45.

⁶³ KIRMIZI, (2014), s. 710; Yargıtay 23. HD. 30.01.2019 T., 2016/2303 E., 2019/220 K. sayılı kararı: "...Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Eser sözleşmelerinde ayıplı imalat bulunması halinde ayıp ihbarının makul olan en kısa sürede eseri meydana getiren yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Olayımızda davacı 15.11.2011 tarihinde inşaatın teslim olduğunu beyan etmiş ve eldeki davayı 04.05.2012 tarihinde açmıştır. Bu tarihler arasında ayıplara dair herhangi bir ihbar yapıldığı öne sürülmektedir. Bu durumda davacı eksik imalatı zaman aşımı olan beş yıllık süre içinde ve ayrıca görülmesi mümkün olmayan gizli ayıpları da tespitinden itibaren en kısa sürede ihbar ederek dava edebilir...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019)).

hakkı ve ayıbın ortadan kaldırılması haklarıdır. Bu seçimlik haklar yenilik doğurucu haklar olup, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli irade beyanı ile kullanılan haklardandır⁶⁴.

TBK. m. 475/1, 1' nci bende göre; eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Binanın, iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılması ve sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurması hallerinde iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmayacaktır. Bu durumda arsa sahibi, TBK. m. 475/1'deki diğer bentlerde sayılan seçimlik haklarından birini kullanmak zorunda kalacaktır⁶⁵.

TBK. m. 475/1, 2' nci bende göre iş sahibi; eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim istemek hakkına sahiptir. Bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi için binanın ayıplı değerinin ayıpsız değerinden daha düşük olması gerekmektedir. Ayıplı değer ile ayıpsız değer arasında değer fark yok ise bedelden indirim hakkı kullanılamaz. Yargıtay, bedel indirim hakkının kullanılması halinde ödenecek ücretin belirlenmesinde binanın ayıpsız haline getirme masraflarını esas almaktadır⁶⁶.

TBK. m. 475/1, 2' nci bende göre iş sahibi; aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını istemek hakkına sahiptir. Arsa sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için ayıbın giderilmesinin aşırı bir masrafı gerektirmemesi şartının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Ayrıca yukarıda sayılan seçimlik haklara ek olarak arsa sahibinin TBK. m. 475/2 uyarınca genel hükümlere göre tazminat istemek hakkı bulunmaktadır.

TBK. m. 478'e göre; "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

⁶⁴ ERMAN, (2007), s. 96.

⁶⁵ KIRMIZI, (2014), s. 699; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 45.

⁶⁶ KIRMIZI, (2014), s. 706.

C. İNŞAAT RUHSATINI VE OTURUM İZİNİNİ ALMA BORCU

İnşaat ruhsatını alma yükümlülüğü, yasal olarak arsa sahibine aittir. Çünkü arsasına inşaat yapılacak olan arsa sahibidir. Ancak inşaat ruhsatı alma yükümlülüğü vekaletname ile yükleniciye devredilebilir. Ruhsatın alınması işinin yükleniciye devredildiği hallerde inşaat ruhsatı almaya engel olan durumları, yüklenicinin arsa sahibine bildirmesi gerekmektedir. Yüklenici, inşaat ruhsatı alınmadı diyerek sorumluluktan kurtulamaz⁶⁷.

Oturum, bir başka deyişle yapı kullanma izni de arsa sahibi tarafından alınır(İmar Kanunu m. 30). Ancak bu yükümlülük de sözleşme ile yükleniciye devredilebilir.

D. VERGİ VE SİGORTA PRİMLERİNİ ÖDEME BORCU

Emlak Vergisi Kanunu'nun 8' nci maddesine göre kat irtifakı veya kat mülkiyetine konu taşınmazlar emlak vergisine tabidir. Arsa payları henüz yükleniciye devredilmemişse, emlak vergisi borcunun yasal sorumlusu arsa sahibidir. Ancak arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde emlak vergisinden de yüklenicinin sorumlu olacağı kararlaştırılır⁶⁸.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde yüklenici açısından bir vergilendirme konusu vardır. Bu da yükleniciye kalan bağımsız bölüm ve işyerlerinin satışından elde edilecek ticari kazancın vergilendirilmesidir⁶⁹.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine konulacak bir hüküm ile yapılmakta olan inşaatın doğacak rizikoların giderilebilmesi için yüklenicinin

⁶⁷ DURAK, (2015), s. 227.

⁶⁸ Yargıtay 23. HD. 08.11.2018 T., 2018/1406 E., 2018/5211 K. sayılı kararı: "...Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 18. maddesi ile inşaat ruhsatının alınmasından iskâna kadar, emlak vergisi dahil tüm vergilerin yüklenici tarafından ödeneceğinin kararlaştırıldığı anlaşılmalı olup henüz iskân alınmadığından yüklenicinin vergiler nedeniyle sorumluluğu devam etmektedir. Bu durumda mahkemece, davanın nama ifaya izin talebini içerdiği de dikkate alınarak, dava konusu taşınmaza ilişkin karar tarihine kadar doğmuş olan ve sözleşme ile hüküm altına alınan tüm vergi borçları ile iskân harcı bedellerinden davalının sorumlu olduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, yanlıgılı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır..." (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

⁶⁹ ÇATIKKAŞ, Özgür / YENER, Mehmet Deniz, (2017), "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Boyutu ve Muhasebeleştirilmesi", Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 39, Sayı 1, Yıl 2017, s. 70.

inşaatı sigortalatması kararlaştırılabilir. Ayrıca zorunlu deprem sigortasının da yüklenici tarafından yaptırılacağı kararlaştırılabilir.

III. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

A. TEMERRÜT KAVRAMI

Genel olarak temerrüt; ifası imkânsız olmayan bir borcun muaccel olmasına ve talep edilmesine rağmen borçlunun borcu ifa etmemesi sonucu ortaya çıkan hukuki bir durumdur⁷⁰. Borçlunun temerrüde düşmesi için öncelikle borcun muaccel hale gelmiş olması, yani alacaklının alacağını talep hakkına sahip olması gerekir⁷¹. Borcun henüz vadesi gelmemişse, borcun doğumu veya muacceliyeti geciktirici(taliki) şarta bağlanmışsa ve bu şart henüz gerçekleşmemişse borçlu temerrüde düşmez⁷². Borcun ifası imkânsız olmamalıdır. İmkânsızlıkta esas alınan ölçüt, objektif ölçüttür. Borcun ifasının imkânsız olmaması şartı sözleşmenin bağitlanmasından sonra aranacaktır. Zira sözleşme bağitlanmazdan önceki imkânsızlıklar Türk Borçlar Kanunu'nun 27' nci maddesi uyarınca sözleşmeyi hükümsüz hale getirecektir⁷³. Temerrüt için diğer bir gereklilik alacaklının borçluya ihtarda bulunmuş olması şartıdır. Kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak kaydıyla TBK. m. 117/1' de "Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer." hükmü gereği temerrüt için kural olarak ihtarın varlığı aranmaktadır. Son olarak da alacaklının temerrüt durumunda olmaması şartını ifade etmekte yarar vardır. Çünkü halihazırda alacaklı temerrüt durumunda ise, yani borçlunun borcunu

⁷⁰ ZAPATA, (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 202; SÜTÇÜ, (2016), s. 869; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1090; AKINCI, (2013), s. 229.

⁷¹ REİSOĞLU, (2006), s. 281; ÖNGÖREN, (2016), s. 241; ÖZ, Turgut, (2013), s. 149; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1092; AKINCI, (2013), s. 230.

⁷² SÜTÇÜ, (2016), s. 870.

⁷³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 99; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 176; AKINCI, (2013), s. 227; SÜTÇÜ, (2016), s. 870; Yargıtay 23. HD. 12.10.2017 T., 2017/1492 E., 2017/2638 K. sayılı kararı: "... taraflar arasındaki sözleşme ise 07.11.2008 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin imzalandığı tarihte geçerli bir imar planı yoktur. Bu haliyle sözleşme konusunun imkânsız bulunduğu, bu imkânsızlığın da sözleşmenin yapılmasından önce var olan objektif imkânsızlık olduğu ortadadır. Bu durumda TBK'nın 27/1. maddesi uyarınca sözleşme batıl olduğundan taraflar edimlerini yerine getirmekten kaçınabilir ve karşılıklı verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilirler...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

ifa edebilmesi için öncelikle alacaklının üzerine düşen edim yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekiyor ise, borçlu temerrüdünden bahsetmek mümkün olmaz⁷⁴.

B. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

Türk Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin işe zamanında başlamama ve işin vadede bitirilemeyeceğinin anlaşılması hallerinde m. 473 hükmü olmakla birlikte, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi hallerinde özel bir hüküm yoktur⁷⁵. O halde yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düştüğü durumlarda Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerindeki borçlu temerrüdüne ilişkin kuralları, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde de uygulanacaktır.

Daha önce de ifade edildiği gibi arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde yüklenicinin asıl borcu, arsa sahibinin arsasına sözleşme ile kararlaştırılan binayı inşa etmek ve teslim etmektir. Yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesinin şartları aşağıdaki şekilde ifade edilebilir:

1. YÜKLENİCİNİN BORCU MUACCEL OLMALIDIR

Muacceliyet, edimin ifasının alacaklı tarafından talep etmek yetkisinin doğması halini ifade eder⁷⁶. Borcun vadesi henüz gelmemişse, borcun doğumu geciktirici (taliki) şarta bağlanmışsa borç muaccel olmaz, yani alacaklı edimin ifasını talep edemez⁷⁷. Borç muaccel olmasına rağmen borçlu tarafından alacaklıya karşı kullanılacak bir defa bulunuyorsa temerrütten söz etmek mümkün değildir. Ancak defa hakkının bulunması tek başına yeterli olmayıp, hakkın usul hukuku kuralları çerçevesinde kullanılması gerekmektedir⁷⁸.

Bazen sözleşmelerde vadeyi belirleme yetkisi alacaklı tarafa verilir. Böylelikle daha önce vadesi belirlenmemiş bir borç alacaklı tarafın vadeyi belirlemesi ile vadesi belirlenmiş bir borç hale gelir. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde ise vade belirlemesini eserin tamamlanabileceği makul süreyi hesaba katarak yapmak gerekir. Alacaklının vadeyi karşı tarafa

⁷⁴ AKINCI, (2013), s. 231; YENER, (2014), s. 8.

⁷⁵ ÖZ, (2013), s. 142.

⁷⁶ KILIÇOĞLU, (2014), s. 701.

⁷⁷ ÖZ, Turgut, (2013), s. 149; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1092; AKINCI, (2013), s. 230; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 202; KIRMIZI, (2014), s. 670.

⁷⁸ SÜTÇÜ, (2016), s. 870.

ulaşacak bir bildirimle yerine getirmesi gerekir. Ancak bu bildirim ihtar ile karıştırmamak gerekir. İhtar karşı tarafı temerrüde düşürürken, vade bildirimini sadece vadeyi belirlemekten ibarettir⁷⁹.

2. BORCUN İFASI MÜMKÜN OLMALIDIR

Yüklenicinin temerrüde düşebilmesi için borcun ifasının mümkün olması gerekmektedir. Eğer ki borcun ifası imkânsız ise yüklenicinin temerrüdünden söz edilemez⁸⁰. Buradaki imkânsızlık objektif imkansızlıktır ve sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmaktadır⁸¹. Objektif imkansızlığa kusursuz sonraki imkânsızlık da denir. Borcun ifasının imkânsız olmaması şartı sözleşmenin bağitlanmasından sonra aranır. Çünkü sözleşmeye konu borcun sözleşmenin bağitlanması aşamasında imkânsız olması, Türk Borçlar Kanunu'nun 27' nci maddesi uyarınca sözleşmeyi hükümsüz hale getirir. Borcun ifası objektif olarak mümkün olmasına rağmen yüklenici tarafından ifası imkânsız ise, yüklenici temerrüde düşmüş olur. Objektif imkansızlığın meydana gelmesinde borçlunun herhangi bir kusurunun bulunmaması halinde borçlu temerrüde düşmeyeceği gibi borçlunun herhangi bir sorumluluğu da söz konusu olmaz⁸². Ancak bu ifade, parça borçları açısından geçerlidir. Cins borçları yönünden ise; cinse telef olmaz ilkesi gereği borçlu, borcu ifa etmede sorumlu olmaya devam eder.

Yüklenici temerrüde düştükten sonra borcun ifası imkansızlaşırsa, ortaya çıkan zararlardan yüklenici sorumlu tutulur⁸³.

3. KURAL OLARAK İHTARDA BULUNULMUŞ OLUNMALIDIR

Temerrüt için diğer bir gereklilik alacaklının borçluya ihtarda bulunmuş olmasıdır. Kanunun ayrık tuttuğu haller saklı kalmak kaydıyla TBK. m. 117/1'

⁷⁹ ÖZ, (2013), s. 143.

⁸⁰ Yargıtay 23. HD., 13.09.2018 T., 2016/1221 E., 2018/4169 K. sayılı kararı: " ...taşınmazın bulunduğu yerin henüz imara açılmadığı, bu durumda bir imkânsızlık halinin mevcut olduğu, taşınmazın imarlı olmadığı hususunun yalnız davalının değil davacının da bilgisi dahilinde bulunduğu, ayrıca taşınmazın imara açılmasının davalının görevi olmadığı, belediyenin yapacağı işlem için davalıya bir sorumluluk verilmesinin de düşünülemeyeceği...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

⁸¹ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 203; SÜTÇÜ, (2016), s. 870.

⁸² ERMAN, (2007), s. 58; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1301.

⁸³ ÖZ, (2013), s. 144.

de “Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer.” hükmü gereği temerrüt için kural olarak ihtarın varlığı aranmaktadır⁸⁴.

İhtar, alacaklının borçluya yönelmiş bir irade beyanı ile alacağını talep etmesi şeklinde tanımlamak mümkündür⁸⁵. İhtarın hukuksal niteliği ise “hukuki işlem benzeri bir fiil”dir⁸⁶. İhtar hukuki bir işlem sayılmadığı için hukuki işlemlerde aranan şekil şartları, ihtar için aranmaz. Bu nedenle arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin bağlı olduğu şekil şartı, ihtar için gerekli değildir⁸⁷. Ancak özel hüküm bulunan hallerde ihtarın aranan geçerlilik şekline uygun olarak yapılması gerekmektedir⁸⁸. Türk Ticaret Kanunu 18’nci maddesinin 3’ncü fıkrasına göre; tacirler arasında yapılacak olan ihtarın geçerli olabilmesi için noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya telgraf aracılığıyla yapılması şarttır⁸⁹.

İhtar içeriğinden, ihtarın borçluyu temerrüde düşürmek amacıyla gönderildiğinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılmalıdır⁹⁰.

Kural olarak borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklı tarafından borçluya ihtar yapılması gerekmektedir. Ancak, temerrüt için ihtar şartının aranmadığı kanunun ayırık tuttuğu birtakım haller vardır:

a. Sözleşmede vadenin kesin olarak kararlaştırılmış olması:

TBK. m. 117/2’ye göre; “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmişse, bugünün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur.” Madde

⁸⁴ ERMAN, (2007), s. 68; ÖNGÖREN, (2016), s. 241.

⁸⁵ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1093; SÜTÇÜ, (2016), s. 874.

⁸⁶ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1094.

⁸⁷ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 204.

⁸⁸ KOSTAKOĞLU, (2017), s. 474.

⁸⁹ KILIÇOĞLU, (2014), s. 659; DİRİCAN, (2007), s. 43.

⁹⁰ AKINCI, (2013), s. 230; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1093; Yargıtay 23. HD., 04.12.2018 T., 2016/3881 E., 2018/5631 K. sayılı kararı: “...Somut olayda davacılar tarafından davalı yükleniciye 04.02.2013 tarihinde ihtarname gönderilerek sözleşme şartlarına uyulması talep edilmiştir. 04.02.2013 tarihli ihtarnamenin temerrüt ihtarı şartlarını taşımadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemece ihtarnamenin temerrüt ihtarı mahiyetinde olduğu kabul edilerek faize hükmedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir...”, (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

metninden anlaşılacağı üzere, borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş ise ihtara gerek bulunmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olur⁹¹.

b. Sözleşmede vadeyi belirleme hakkının taraflardan birine tanınmış olması:

TBK. m. 117/2'ye göre; "Borcun ifa edileceği gün, sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur." Madde metninden anlaşılacağı üzere borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş ise ihtara gerek bulunmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olacaktır. Bu durumda da alacaklının vade gününü dürüstlük kurallarına göre makul olarak belirlemesiyle ve bu vadenin geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur⁹².

c. Dürüstlük kurallarına göre borçluya ihtarda bulunulmasının bir anlam ifade etmeyeceği anlaşılıyorsa:

Borçlunun, içinde bulunduğu durumda borcunu ifa etmeyeceği açık ve net bir biçimde anlaşılıyorsa ihtarda bulunulmasına gerek yoktur⁹³.

TBK. m. 124/1'e göre; "Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, alacaklı süre vermeden seçimlik hakkını kullanabilir." Bu durumda kanunun bu hükmü kıyasen uygulanabilecektir.

d. Sözleşmede temerrüt için ihtar şartının aranmadığı kararlaştırılmışsa:

Öğretide böyle bir hükmün dürüstlük kuralına aykırı sayılmadıkça geçerli kabul edileceği ve ihtara gerek bulunmaksızın yüklenicinin temerrüde düşürülebileceği kabul edilmektedir⁹⁴.

4. ALACAKLI TEMERRÜT DURUMUNDA BULUNMAMALIDIR

Son olarak borçlu temerrüdünden söz edilebilmesi için alacaklının üzerine düşen edim yükümlülüklerini yerine getirmiş olması, yani alacaklının

⁹¹ KILIÇOĞLU, (2014), s. 661-662; DİRİCAN, (2007), s. 43.

⁹² EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1096; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 205.

⁹³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1113; KILIÇOĞLU, (2014), s. 663, SÜTÇÜ, (2016), s. 885; DİRİCAN, (2007), s. 45.

⁹⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 458; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 207; ÖZ, (2013), s. 151.

kendisinin temerrüt durumunda bulunmaması gereklidir⁹⁵. Örneğin; sözleşmede belirli bir aşamada arsa paylarının yükleniciye devredileceğinin kararlaştırıldığı halde, arsa sahibi bu edimini yerine getirmiş olmadıkça yükleniciden bağımsız bölümün teslimini isteyemez. Bu halde borçlu yüklenici, karşı edimin ifa edilmediği def'ini ileri sürebilir⁹⁶.

Yine arsa sahibinin inşaat ruhsatını zamanında almamış olması halinde yüklenicinin inşaata zamanında başlayamaması nedeniyle binanın geç teslim edilmesinde, yükleniciye isnad edilecek bir kusur bulunmayıp, gecikme arsa sahibinin yükümlülüğünü geç yerine getirmiş olmasından kaynaklanmış olur. Bu halde de yüklenici temerrüde düşmez⁹⁷.

Bu ve benzeri sayılabilecek, yani gecikmenin arsa sahibinin temerrüt durumunda olmasından veya arsa sahibinin eylemlerinden kaynaklandığı hallerde yüklenici temerrüdünden söz edilemez. Arsa sahibi öncelikle kendi edim yükümlülüklerini yerine getirmeli, sonrasında yükleniciden edimin ifasını talep etmelidir.

IV. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

Yukarıda yüklenicinin arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinden kaynaklanan borçları incelenmişti. Burada üzerinde durulacak olan nokta, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklı borçlarını yerine getirmemesi nedeniyle yapımı kararlaştırılan binayı/bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmemesi nedeniyle düştüğü temerrüt durumunun sonuçlarıdır.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucunda arsa sahibinin hakkı kural olarak yükleniciyi ifaya zorlamaktır. Çünkü onun sözleşme ile güttüğü amaç, arsasına yapılacak binadaki bir kısım bağımsız bölümlere sahip olmaktır. Ancak yüklenicinin temerrüde düşmede kusuru bulunduğu hallerde arsa sahibinin aynen ifa talebinden başka talepleri de vardır⁹⁸. Yüklenicinin temerrüdü halinde belirli şartların da gerçekleşmesiyle arsa sahibinin aynen ifayı, aynen ifa talebine ek olarak gecikme tazminatını ve kararlaştırılan cezai şartı, ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini ve sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep etme hakkı vardır.

⁹⁵ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1097; AKINCI, (2013), s. 231.

⁹⁶ ÖZ, (2013), s. 149; DİRİCAN, (2007), s. 47.

⁹⁷ OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 282; ERMAN, (2007), s. 53; SÜTÇÜ, (2016), s. 849.

⁹⁸ ÖZ, (2013), s. 152.

A. AYNEN İFA TALEBİ

Aynen ifanın cebri icra yolu ile yerine getirilmesi ancak verme borçlarında söz konusu olur. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde arsa sahibinin cebri icra yoluyla yükleniciye inşaatı tamamlattırması, yapma borçlarının niteliği gereği söz konusu olamaz⁹⁹. Şu hâlde alacaklının borçludan aynen ifayı talep etmesi, onun uyarılmasından öteye geçemeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun yapma borçlarının ifası ile ilgili 113' ncü maddesine göre; "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. Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür." Alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya bir başkası tarafından yapılması isteme hakkı nama ifa olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁰. Öğretide nama ifanın, tazminat niteliği olmaması nedeniyle aynen ifa olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹. Nama ifa yüklenici yönünden tazminat niteliği taşımasına rağmen (bedel ödemesi nedeniyle), alacaklı yönünden ifanın aynen yerine getirilmesi olduğundan aynen ifa olarak kabul edilmektedir¹⁰². Çünkü sözleşmedeki asli edim, binanın yapım işidir. Bu nedenle nama ifayı nitelendirirken sözleşmenin asli edimine göre nitelendirme yapmak daha uygun olacaktır.

Yapma borçlarında bu düzenlemenin uygulanabilmesi için yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan işin yapımında kişisel özelliklerinin önem taşıması gerekmektedir¹⁰³. Eğer ki kararlaştırılan işin yapımında yüklenicinin kişisel özellikleri (uzmanlık ve deneyimi) önem taşıyorsa arsa sahibinin nama ifa talebinde bulunma yetkisi olmaz. Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıyıp taşımadığını her sözleşme yönünden ayrı değerlendirmek gerekir. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin esasında arsa sahibinin arsasına bağımsız bölümleri ihtiva eden bina yapımı

⁹⁹ AKINCI, (2013), s. 243; ÖZ, (2013), s. 152.

¹⁰⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet M., (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2014, s. 644; EREN, Genel Hükümler, s. 1033; KIRMIZI, (2014), s. 682.

¹⁰¹ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1033; SÜTÇÜ, (2016), s. 926.

¹⁰² TOKAT, (2016), s. 215.

¹⁰³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1033; YENER, (2014), s. 57.

işi olduğu ve günümüz fen ve teknik bilgisi dikkate alındığında yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı söylenebilir¹⁰⁴.

Nama ifada işin en az maliyetle yaptırılması zorunluluğu yoktur. İşin yaptırılmasında yapılan işin işçiliğindeki kalite, işin yapılma süresi de önem taşımaktadır. Ancak arsa sahibi işi yaptırırken, sözleşmede aksine hüküm yoksa en pahalı yolu seçemez. Onun işi yaptırırken dürüstlük kurallarına uygun ve makul bir yolu seçmesi gerekir. Ayrıca arsa sahibinin işi kendisi yapması durumunda işçilik talep etmesi mümkün olmamalıdır¹⁰⁵.

Nama ifa için izin, hâkimden istenir¹⁰⁶. Bu izin isteminde yüklenici isten el çekmemişse öncelikle yüklenicinin işten el çektilmesi talebinde bulunulmalı, daha sonra alınacak bilirkişi raporu ile ifa edilecek kısmın bedelinin belirlenerek yükleniciden avans niteliğinde tahsili talebinde bulunulmalıdır¹⁰⁷. Ayrıca Yargıtayın kabulüne göre nama ifa masraflarının,

¹⁰⁴ YENER, (2014), s. 57.

¹⁰⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 927.

¹⁰⁶ Yargıtay 23. HD., 05.07.2018 T., 2015/8744 E., 2018/4014 K. sayılı kararı: "...Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı(arsa sahibi) masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir. İstemin hukuki dayanağını 818 sayılı BK'nın 97' nci maddesi oluşturmaktadır. Sözü edilen maddeye göre bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir. Yasa hükmüne göre nama ifaya izin verilebilmesi için sözleşmenin feshedilmemiş, yani yürürlükte olması, borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmesi ve borcun "yapma borcu"na ilişkin bulunması gerekir. Hâkim bu talep üzerine konusunda uzman bilirkişi yardımı ile keşif yaparak eksik bırakılan ve ayıplı yapılmış olan iş kalemlerini ve bunların tamamlanması ve giderilmesi masraflarını, imalatın metraj, yöntem ve takribi bedellerini, diğer kurumlara olan borçları ve iskân masraflarını tahminen saptayarak izin kararını verir. İzin kararının hüküm fıkrasında da eksik ve ayıplı iş kalemleri ve diğer borç ve masrafların her birinin tahmini masrafları tek tek gösterilir. Genel nitelikli yetki ve izin verilemez. Bu durumda mahkemece; infazda tereddüde mahal bırakmamak için nama ifasına izin ve yetki verilen iş ve işlemleri hüküm fıkrasında tek tek belirtilip gösterilmek veya bu nitelikte olduğu denetim sonucu anlaşılacak bilirkişi raporunu kararın eki yapmak suretiyle, infazı mümkün hüküm kurulması ve nama ifa için belirlenen giderlerin ne suretle karşılanacağıının gösterilmesi gerekirken..." (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁰⁷ REİSOĞLU, (2006), s. 299; SÜTÇÜ, (2016), s. 930.

yükleniciye kalan arsa payları hakkında arsa sahibine satış yetkisi verilmesi ile de karşılanması mümkündür¹⁰⁸.

Arsa sahibinin aynen ifayı talep edebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmez, ancak bir sonraki başlıkta görüleceği üzere gecikme tazminatı isteyebilmek için yüklenicinin kusurlu olması şarttır.

B. AYNEN İFA TALEBİ İLE GECİKME TAZMİNATI VE KARARLAŞTIRILAN CEZAI ŞART TALEBİ

1. GECİKME TAZMİNATI

TBK. m. 118'e göre; Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Burada bahsedilen zararlar, aynen ifa ile giderilemeyen zararlardır. Bu zararlar gecikme tazminatı denir¹⁰⁹. Madde metninden anlaşılacağı üzere aynen ifa ile giderilmeyen zararların tazmini için borçlunun kusurlu olması şartı aranmaktadır¹¹⁰. Kural olarak yüklenicinin kusuru nedeniyle edim zamanında ifa edilememiştir. Kusursuzluğunu yüklenici ispat etmelidir¹¹¹.

Arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde uygun bir süre vermeksizin aynen ifa talebine ek olarak gecikme tazminatı da talep edebilir. Süre tayini alacaklının aynen ifa dışındaki talepleri için aranan bir şarttır¹¹².

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde gecikme tazminatının konusunu, bağımsız bölümlerin geç teslimi nedeniyle arsa sahibinin maruz kaldığı kira kaybı oluşturur¹¹³. İş sahibinin maruz kaldığı fiili zararlar da bu kapsamdadır¹¹⁴. Arsa sahibinin gecikmeden kaynaklı zararının

¹⁰⁸ SÜTÇÜ, (2016), s. 938.

¹⁰⁹ ÖZ, (2013), s. 154.

¹¹⁰ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1035.

¹¹¹ KILIÇOĞLU, (2014), s. 672; DURAK, (2015), s. 234.

¹¹² YENER, (2014), s. 55.

¹¹³ SÜTÇÜ, (2016), s. 968.

¹¹⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 455; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 207; ÖNGÖREN, (2016), s. 260.

belirlenmesinde onu zamanında ifadan elde edeceği menfaati esas alınır¹¹⁵. Esasen buradaki zarar, olumlu zarardır¹¹⁶.

Arsa sahibinin gecikme tazminatı talebi, aynen ifanın gerçekleştirilmiş olup olmamasına göre; yani binanın sözleşmeye uygun hale getirilip teslim edilip edilmemesine göre bir değişiklik göstermez. Gecikme tazminatı, temerrüde bağlanan başlı başına bir borçtur. Bu nedenle bina, gecikme tazminatı talep edileceği hakkı saklı tutulmadan teslim alınmış olsa bile gecikme tazminatı talep edilebilir. Gecikme tazminatının faiz gibi fer'i bir niteliği bulunmamaktadır. TBK. m. 147/6'daki zamanaşımı süresi içerisinde her zaman talep edilebilmesi mümkündür¹¹⁷.

İş sahibinin sözleşmeden döndüğü hallerde ise yüklenicinin ifa borcu, sözleşmenin kurulma anından itibaren ortadan kalkacağından ve buna bağlı olarak temerrüt halinden de bahsedilemeyeceğinden temerrüde bağlı olarak istenebilecek gecikme tazminatı da istenemez¹¹⁸. Eğer ki ödenmiş bir gecikme tazminatı var ise bu tazminatın yükleniciye iadesi gerekir.

Gecikme tazminatının sözleşmede kararlaştırılmış olma zorunluluğu yoktur¹¹⁹. Sözleşmede gecikme tazminatına ilişkin hiçbir hüküm bulunmasa dahi alacaklı gecikme tazminatı talep edebilir. Alacaklının bu hakkı, kanundan doğan bir haktır¹²⁰.

2. CEZAI ŞART

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde cezai şart ile ilgili hükümlere uygulamada çoğunlukla rastlanılmaktadır. Cezai şarta kaynaklarda sözleşme cezası, gecikme cezası şeklinde isimler de verilmektedir¹²¹. Cezai şart; sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal eden tarafın bu ihlal nedeniyle karşı tarafa ödemeyi kabul ettiği bir edim

¹¹⁵ ERMAN, (2007), s. 78.

¹¹⁶ TANDOĞAN, Haluk, (2010), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 134; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, (2005), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, 2005, s. 386; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1103; YENER, (2014), s. 59.

¹¹⁷ ÖZ, (2013), s. 155.

¹¹⁸ ÖZ, (2013), s. 155.

¹¹⁹ GÜNAY, (2016), s. 130.

¹²⁰ KIRMIZI, (2014), s. 688.

¹²¹ ÖZ, (2013), s. 156.

borcu olup, sözleşmedeki asli edim yükümlülüğünün fer'i niteliğindedir¹²². Cezai şart para olarak kararlaştırılabileceği gibi para dışında ek bir borç olarak da kararlaştırılabilir¹²³.

Cezai şartın temel işlevlerinin borçluyu edimi ifa noktasında baskı altına almak ve alacaklıyı zararın miktarını kanıtlama külfetinden kurtarmak olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹²⁴.

TBK. m. 179/2'ye göre; "Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir." Buna göre arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde, arsa sahibine teslimi gereken bağımsız bölümlerin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle yüklenicinin arsa sahibine bir miktar sözleşme cezası ödeyeceği kararlaştırılabilir. Gecikme nedeniyle ödenecek olan cezai şart, ifaya ekli cezai şarttır. TBK 179/2'de de ifaya ekli cezai şart hüküm altına alınmıştır. Borcun kararlaştırılan yer ve zamanda ifa edilmemesi hallerinde ödenmesi kararlaştırılan cezai şart kural olarak seçimlik cezai şarttır¹²⁵.

İfaya ekli cezai şartlar alacaklıya hem ifayı hem de cezai şartın ödenmesini talep hakkı verir¹²⁶. Bu tür cezai şartlarda yüklenici; gecikilen gün, hafta, ay veya yıl için belirli bir miktar cezai şart ödemeyi taahhüt etmektedir¹²⁷. Bu hallerde arsa sahibi, sözleşmenin geç ifasından dolayı herhangi bir zararını ispat etmek zorunda olmaksızın yüklenici cezai şart ödemek zorundadır¹²⁸. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça cezai şart alacağının

¹²² KOCAAĞA, Köksal, (2003), Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003, s. 33; OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 898; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1182; KOSTAKOĞLU, (2017), s. 477; AKINCI, (2013), s. 273; CANSER, Erol / ÖZEL, Çağlar, (2013), "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sayı 8, Yıl 2013, s. 724.

¹²³ KOCAAĞA, (2003), s. 106.

¹²⁴ KOCAAĞA, (2003), s. 40.

¹²⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 1020.

¹²⁶ DİRİCAN, (2007), s. 64; AKINCI, (2013), s. 275; YENER, (2014), s. 61; CANSER / ÖZEL, (2013), s. 724-725.

¹²⁷ DİRİCAN, (2007), s. 99.

¹²⁸ DİRİCAN, (2007), s. 71.

doğması için ihtar şartı aranmaz¹²⁹. Cezai şart alacağı için yüklenicinin, inşaatı zamanında tamamlayamaması nedeniyle kusurlu olması gerekir. Ancak yüklenicinin hiçbir kusuru olmasa dahi, inşaatın zamanında tamamlanmaması nedeniyle cezai şart ödeyeceği sözleşmede kararlaştırılabilir. Geciken ifa nedeniyle kararlaştırılan cezai şarttan fazla zararı olan arsa sahibinin, aşan zararı talep edebilmesi için yüklenicinin ifanın gecikmesinde kusurunu ispat etmesi gerekir¹³⁰. Burada ispat yükü yer değiştirmektedir. Normalde, kusursuzluğunu ispat edemeyen yüklenici kararlaştırılan cezai şartı ödemek zorundayken; cezai şart miktarını aşan zararlarda yüklenicinin kusurunu arsa sahibi ispat etmelidir¹³¹.

Taraflar cezai şartın miktarını istedikleri gibi belirlemede serbesttirler. TBK. m. 182/3'e göre; "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir." Her ne kadar cezai şartın taraflarca serbestçe belirlenebileceği ifade edilmiş olsa da hâkim, aşırı tutardaki cezai şartı talep olmaksızın kendiliğinden indirebilecektir. TTK. m. 18/2'de her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm gereğince cezai şart ödeme yükümlülüğü altında bulunan tacir, cezai şartın indirilmesini isteyemez. Ancak Yargıtay kararlarında ölçüsüz, dürüstlük kurallarına aykırı, tacirin ekonomik mahvına neden olacak bir cezai şartın geçersiz olduğuna hükmedilmektedir¹³².

Geçersiz sözleşmede hüküm altına alınmış olan cezai şart da geçersizdir¹³³. Cezai şartın gecikme süresine bağlı olarak birim miktarda belirlendiği ve azami miktarın belirlenmediği hallerde arsa sahipleri aynen ifayı talep etmekte ve bu nedenle aşırı ölçüde menfaat temin etmektedirler. Bu halde yüklenici genellikle tacir olduğu için cezai şartın indirilmesini de isteyememektedir. Ancak Yargıtay bu hallerde, arsa sahibinin aynen ifada ısrarcı olarak aşırı menfaat temin etmesini dürüstlük kuralına aykırı

¹²⁹ KIRMIZI, (2014), s. 690.

¹³⁰ ERMAN, (2007), s. 88.

¹³¹ TUNÇOMAĞ, Kenan, (1963), Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul, 1963, s. 102; OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 909; TANDOĞAN, (2010), s. 135; ERMAN, (2007) s. 80; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1187; YENER, (2014), s. 68; DİRİCAN, (2007), s. 123; CANSEL / ÖZEL, (2013), s. 724.

¹³² YENER, (2014), s. 62.

¹³³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1183; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 388; YENER, (2014), s. 65.

bulmaktadır. Önerilen ise arsa sahibinin aynen ifayı talep edebileceği makul süre kadar cezai şart borcunun doğacağı, makul sürenin geçmesinden sonra ise cezai şartın işleminin sona ereceği şeklindeki çözümdür. Yargıtaya göre arsa sahibinin makul düzeyi aşacak şekilde aynen ifayı talep etmeye devam etmesi arsa sahibinin ortak kusuru sayılmaktadır¹³⁴. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.10.1991 T. 1991/15340 E., 1991/467 K. sayılı kararında; yüklenicinin işin görülmesinde ve tesliminden gerekli özeni göstermesi gerektiği, işi üstlenirken bilgi, uzmanlık ve ekonomik gücünü iyice ölçmesi, bunların yetersiz olması halinde sözleşme yapmaktan kaçınması gerektiğini aksi davranışın özen borcuna aykırılık oluşturacağını belirtmiştir. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere yüklenicinin inşaatı tamamlamadan kaçıp gitmesi, inşaatı tamamlamayacağını açıkça bildirdiği hallerde aynen ifayı talep eden arsa sahibi, nama ifa kuralları çerçevesinde inşaatı tamamlattırmak yetkisine sahiptir. Bu durumda inşaatın tamamlanacağı makul süre göz önünde bulundurularak o tarihe kadar cezai şart işlemeye devam eder. Tam tersi durumda, yani yüklenicinin inşaatı devam ettiği hallerde cezai şartın işlemeye devam etmesi gerektiği belirtilmektedir¹³⁵.

Arsa sahibinin sözleşmeden döndüğü hallerde cezai şartın asli edimin fer'i niteliğinde bir edim olması nedeniyle, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı için artık kararlaştırılmış olan cezai şart da istenemez¹³⁶. Ancak taraflar sözleşmeye, dönme halinde de cezai şart istenebileceğine ilişkin açıkça hüküm koyabilirler¹³⁷.

¹³⁴ YENER, (2014), s. 63.

¹³⁵ YENER, (2014), s. 65; Yargıtay 23. HD. 13.11.2018 T., 2018/1824 E., 2018/5246 K. sayılı kararı: "...geçersiz sözleşmelerde kararlaştırılan cezai şartın istenmesinin yerinde olmadığı, davacının davalıya toplamda 120.000,00 TL. ödeme yaptığı ve 01.02.2013 tarihinde tebliğ edilen ihtar ile temerrüde düştüğü, davalı ...'nın müteselsil kefil olarak sözleşmede imzasının bulunduğu, müteselsil kefil olarak davalı şirketle birlikte iadeden sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir...Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹³⁶ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 389; DİRİCAN, (2007), s. 78.

¹³⁷ AKINCI, (2013), s. 274.

Yüklenicinin inşaatı zamanında tamamlayamadığı hallerde feshin geriye etkili olarak sonuç doğurması, inşaatın geldiği seviye dikkate alınarak bazen dürüstlük kurallarına aykırı sayılmaktadır. Bu gibi hallerde feshin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmektedir. Eğer ki sözleşmede inşaatın zamanında tamamlanamaması halinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış ise, ileriye etkili sonuç doğuran feshin yapıldığı tarihe kadar cezai şart işleyecek; bu tarihten sonra cezai şartın işlemesi duracaktır. Çünkü ileriye etkili fesih sözleşme; baştan itibaren ortadan kaldırılmamakta, fesih tarihinden itibaren ortadan kaldırılmaktadır¹³⁸.

Aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça geciken ifayı çekincesiz(ihtirazi kayıtsız) kabul eden arsa sahibi, yükleniciden cezai şart talep etme hakkını yitirir¹³⁹. Bu husus TBK. m. 179/2'de "Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir." şeklinde hüküm altına alınmıştır. Öğretide ihtirazi kaydın herhangi bir şekilde bağlı olmadığı ifade edilmektedir. İhtirazi kaydın mevcudiyeti yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir ve hâkim tarafından res'en dikkate alınır. Çünkü ihtirazi kaydın mevcudiyeti itiraz niteliğindedir¹⁴⁰. Ancak sözleşmeye en baştan konulacak bir hükümle, gecikmiş ifanın itirazi kayıt konulmaksızın kabul edilmesi halinde dahi cezai şartın talep edilebileceği kabul edilebilir. Ancak arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde sözleşmenin niteliği gereği fiilen bir teslim mevcut olmamaktadır. Yüklenicinin işi tamamlayıp işten el çekmesi ve arsa sahibinin bağımsız bölümler üzerinde fiili tasarrufta bulunmasıyla teslim gerçekleşmiş olmaktadır. Yargıtay, herhangi bir itirazi kayıt bildiriminde bulunmadan bağımsız bölümler üzerinde tasarrufta bulunmaya başlayan arsa sahibinin cezai şartı isteyemeyeceği görüşündedir¹⁴¹.

TBK. m. 179/1'e göre; "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir." Burada ifade edilen cezai şart ise seçimlik cezai şarttır. Seçimlik cezai şartta alacaklı

¹³⁸ KIRMIZI, (2014), s. 690.

¹³⁹ TUNÇOMAĞ, (1963), s. 115; ERMAN, (2007), s. 86; DİRİCAN, (2007), s. 73; CANSEL / ÖZEL, (2013), s. 30-731.

¹⁴⁰ SÜTÇÜ, (2016), s. 1020.

¹⁴¹ YENER, (2014), s. 67.

taraf ya sözleşmenin ifasını talep edecektir ya da kararlaştırılan cezai şartın kendisine ödenmesini isteyecektir. Aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça hem sözleşmenin ifası hem de cezai şart bir arada talep edilemez¹⁴².

C. İFADAN VAZGEÇİLEREK OLUMLU ZARARIN TAZMİNİ TALEBİ

İfa yerine tazminat şeklinde de ifade edilir¹⁴³. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklının bu durumdan kaynaklanan zararına olumlu zarar denilmektedir¹⁴⁴. Daha geniş bir anlatımla; sözleşme gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı alacaklının muhtemel malvarlığı değeri ile sözleşmenin yerine getirilmemiş olması nedeniyle alacaklının halihazırdaki malvarlığı değeri arasındaki fark, alacaklının olumlu zararını oluşturur¹⁴⁵.

TBK. m. 125/2: “Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.”

Olumlu zarar, alacaklının sözleşmenin ifasından vazgeçerek ifa yerine tazminat talebinde bulunması halinde söz konusu olur¹⁴⁶. Alacaklının kar mahrumiyeti de olumlu zararın içerisindedir¹⁴⁷. İfa yerine tazminatta

¹⁴² KOSTAKOĞLU, (2017), s. 477; AKINCI, (2013), s. 275; Yargıtay 15. HD., 02.07.2018 T., 2018/979 E., 2018/2795 K. sayılı kararı: “...Sözleşmede kararlaştırılan bu ceza taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği ve ilgili maddedeki cümlenin bütünü gözetildiğinde, sözleşmenin düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı TBK'nın 158/1 maddesi uyarınca seçimlik ceza olup, anılan madde uyarınca davacı ya borcun ifasını ya da cezai şartı isteyebilir. Sözleşmenin bu niteliği seçimlik ceza olup davacı 13. maddedeki gecikme cezasını da istediğine göre seçimlik hakkını sözleşmenin ifa edilmesi yönünde kullanmış olup bu durumda 14/b'deki 100.000 ABD doları cezanın istenmesi mümkün değildir...”, (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁴³ ÖZ, (2013), s. 164.

¹⁴⁴ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1117; DUMAN, İlker Hasan, (2016), İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, Mayıs, 2016, s. 605.

¹⁴⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 1075.

¹⁴⁶ REİSOĞLU, (2006), s. 335.

¹⁴⁷ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 480; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 184; YENER, (2014), s. 69.

sözleşme ilişkisi ortadan kaldırılmamakta, ancak sözleşmedeki ifadan vazgeçilerek bu ifanın yerine tazminat talep edilmektedir¹⁴⁸.

Gecikmeden kaynaklanan zararlar da olumlu zarara dahildir. Arsa sahibi yoksun kaldığı karı, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle üçüncü şahıslara ödediği cezai şartı, tazminatları yükleniciden tazmin edebilecektir¹⁴⁹.

Aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteyen arsa sahibi, bu talebini yükleniciye derhal bildirmelidir¹⁵⁰.

İfade etmek gerekir ki arsa sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir¹⁵¹. Çünkü arsa sahibinin bu seçeneği tazminat niteliğindedir. TBK. m. 112 gereğince yüklenicinin kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmiş olsa da yüklenicinin kusursuz olduğunu ispat etmesi durumunda arsa sahibi bu seçeneği seçmemiş olacaktır¹⁵². Bu durumda arsa sahibinin başvurabileceği tek yol, ileride açıklayacağımız üzere sözleşmeden dönme olur¹⁵³.

1. ARSA PAYI KARŞILIĞI KAT YAPIM SÖZLEŞMELERİNDE OLUMLU ZARAR HESAPLAMA YÖNTEMLERİ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde iki türlü olumlu zarar hesaplama yöntemi vardır. Bunlardan bir tanesi değişim(mübadele) yöntemiyle olumlu zarar hesabı, diğeri ise fark kuramına göre olumlu zarar hesabıdır.

¹⁴⁸ REİSOĞLU, (2006), s. 335; KILIÇOĞLU, (2014), s. 704-705; AKINCI, (2013), s. 238; DİRİCAN, (2007), s. 59.

¹⁴⁹ KILIÇOĞLU, (2014), s. 705; ÖNGÖREN, (2016), s. 262; DİRİCAN, (2007), s. 59; Yargıtay 23 HD., 06.12.2018 T., 2017/2252 E., 2018/5681 K. sayılı kararı: "...Mahkemece, davacı arsa sahibinin talebinin aynen ifadan vazgeçerek ifa yerine olumlu zarar olduğu, müspet zararın talebi halinde arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerin yerine bağımsız bölümlerin temerrüt tarihi itibarıyla bitmiş haldeki değerlerinin ödenmesi gerektiği...davacı arsa sahibi geç teslimden kaynaklı aylık 500 Euro kira alacağını talep etmiş ise de ifa yerine olumlu zararın talep edilmesi halinde gecikme tazminatına hükmedilemeyeceği...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁵⁰ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1116; DUMAN, (2016), s. 605.

¹⁵¹ AKINCI, (2013), s. 238.

¹⁵² REİSOĞLU, (2006), s. 335.

¹⁵³ ÖZ, (2013), s. 164.

a. Fark kuramı yöntemiyle olumlu zarar hesabı:

Haksız fiil sorumluluğunda mal varlığının zarara uğradıktan sonraki durumu ile eğer ki mal varlığı zarara uğramamış olsaydı bulunacağı durum arasındaki fark bize zararı göstermektedir¹⁵⁴. Sözleşme gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı alacaklının muhtemel malvarlığı değeri ile sözleşmenin yerine getirilmemiş olması nedeniyle alacaklının halihazırdaki malvarlığı değeri arasındaki fark, alacaklının zararıdır¹⁵⁵.

Fark kuramına göre olumlu zarar hesabında tarafların edim borcu sona erer, bu edim borçlarının parasal değeri göz önünde bulundurulur¹⁵⁶.

Fark kuramında arsa sahibinin yükleniciye devredilmesi gereken arsa paylarını devretme yükümlülüğü ortadan kalkar¹⁵⁷. Ancak arsa sahibinin hesaplanan olumlu zararından, kendi edimi olan arsa payını devretme borcunun parasal karşılığı düşülür. Çünkü sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bu arsa paylarının yükleniciye devredilmesi gerekirdi. Şu hâlde arsa payları kendi malvarlığı içerisinde kalan arsa sahibi, arsa payları yönünden bir zarara uğramamıştır. Dolayısıyla hesaplanan olumlu zarardan arsa paylarının değerinin düşülmesi gerekmektedir¹⁵⁸.

Aynen ifa bildirimiminin karşı tarafa ulaştığı anda arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin rayiç değerinden yükleniciye devredilmesi gereken bağımsız bölümlerin değerinin düşülmesi, arsa sahibinin fark kuramına göre olumlu zararını verir. Pek tabii arsa sahibinin zararına gecikmeden kaynaklanan zararı da dahildir¹⁵⁹.

Fark kuramını formüle etmek gerekirse:

Arsa sahibinin olumlu zararı=arsa sahibine kalacak dairelerin aynen ifadan vazgeçme tarihindeki rayiç değeri-yükleniciye devri gereken arsa paylarının değeri+gecikme nedeniyle arsa sahibinin uğradığı zarar+inşaatın kalan kısmını tamamlamak için gereken tutar¹⁶⁰.

¹⁵⁴ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 522; SÜTÇÜ, (2016), s. 1090.

¹⁵⁵ AKINCI, (2013), s. 238.

¹⁵⁶ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1118; DUMAN, (2016), s. 609.

¹⁵⁷ DİRİCAN, (2007), s. 60.

¹⁵⁸ YENER, (2014), s. 73.

¹⁵⁹ ERMAN, (2007), s. 93.

¹⁶⁰ DUMAN, (2016), s. 610.

Belirtmek gerekir ki yüklenici inşaata hiç başlamamış ise yüklenicinin ediminin değeri ile arsa sahibinin ediminin değeri arasındaki fark doğrudan olumlu zararı verir. Eğer inşaata başlanmış ise inşaatın imalat değeri, inşaat arsa sahibine kalacağı için hesap edilen olumlu zarardan düşülür. İnşaatın seviyesi ilerledikçe imalat bedeli de artacağından arsa sahibinin olumlu zararı sifira yaklaşacak, yapılan bağımsız bölümlerin yükleniciye verilecek olan arsa paylarının değerini geçtiği hallerde arsa sahibinin olumlu zararı teoride eksiye düşecektir¹⁶¹.

Burada göz ardı edilmemesi gereken bir husus, yüklenicinin yapmış olduğu imalatın kendisine olan maliyetini tazminattan indirim nedeni sayamayacağıdır¹⁶². Arsa sahibine kalacak imalatın değeri objektif ölçülere göre hesaplanır arsa sahibinin olumlu zararından düşülecektir.

Fark teorisinin inşaatın çoğunluğunun tamamlanmadığı hallerde uygulanması dürüstlük kurallarına uygun olacaktır. Fark teorisi ile değişim(mübadele) teorisi arasındaki olumlu ve olumsuz yanlara değişim teorisi ile ilgili kısımda değinilecektir.

b. Değişim(mübadele) yöntemiyle olumlu zarar hesabı:

Değişim teorisine göre olumlu zarar hesabında arsa sahibinin edimi olan arsa paylarını devir borcu ile yüklenicinin borcu olan bina yapma ve bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etme borcu arasında değişim(mübadele) gerçekleşir¹⁶³.

Değişim teorisinde yüklenicinin binayı yapma ve bağımsız bölümleri teslim etme borcu tazmin borcuna dönüşmekte, arsa sahibinin edimi ise aynen devam etmekte yani kararlaştırılan arsa paylarını yükleniciye devretmektedir¹⁶⁴.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü üzerine ifa yerine tazminatın değişim teorisine göre hesaplaması şu şekilde yapılmalıdır:

Arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihteki rayiç değeri dikkate alınarak bu değer arsa sahibine verilmesi, bunun karşılığında arsa sahibinin de arsanın tümünü yükleniciye

¹⁶¹ SÜTÇÜ, (2016), s. 1091.

¹⁶² SÜTÇÜ, (2016), s. 1092.

¹⁶³ DUMAN, (2016), s. 609.

¹⁶⁴ YENER, (2014), s. 72.

devretmesi gerekir. Bu gibi hallerde arsa sahibi gecikmeden kaynaklı zararını isteyememelidir. Çünkü arsa sahibine kalacak bitmiş haldeki bağımsız bölümlerin rayiç değeri, temerrüt tarihi itibari ile belirli hale gelmiştir. Arsa sahibinin gecikmeden kaynaklı zararları temerrüt faizi ile karşılanabilecektir¹⁶⁵.

Bu haliyle değişim teorisi, fark teorisine çok yaklaşmaktadır. Aradaki fark, değişim teorisinde arsa paylarının tamamının yükleniciye devredilecek olmasıdır. Bu halde, yüklenicinin inşa etmekte olduğu binanın imalat bedeli, bina yüklenicide kalacağı için bu konuda herhangi bir hesaplama yapıp tazminattan indirim yapılmayacağı için bir sorun da oluşmaz¹⁶⁶.

2. OLUMLU ZARAR HESAPLAMA YÖNTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanaatimizce yüklenicinin inşaata hiç başlamadığı veya çok az seviyede inşaatı yaptığı hallerde fark teorisine göre arsa sahibinin olumlu zararı hesaplanmalıdır. Çünkü inşaatı hiç yapmayan veya arsa sahibi açısından kayda değer bir yarar sağlamayacak seviyede inşaatı yapan yüklenici, arsa paylarına sahip olamamalıdır. Bu halde arsa sahibine kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin teslim edilmesi gereken tarihteki rayiç değeri ile arsanın tamamının değeri arasındaki fark arsa sahibinin olumlu zararını verir. Eğer ki arsa üzerinde yapılmış bir yapı varsa, bu yapının imalat bedeli hesaplanan tazminattan düşülür. Çünkü arsa, arsa sahibinin mülkiyetinde kalmıştır. Aksi durum, arsa sahibinin sebepsiz olarak zenginleşmesine yol açar.

İnşaatın ileri denilecek bir seviyede yapıldığı hallerde ise değişim teorisine göre hesaplama yapılmalıdır. Çünkü; inşaatın büyük çoğunluğunu yapan yüklenicinin elinde olmayan nedenlerle inşaatı tamamlayamadığı hallerde, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin temerrüt tarihindeki rayiç değerini arsa sahibine vererek arsanın mülkiyetini istemesi dürüstlük kurallarına aykırı sayılmamalıdır¹⁶⁷.

D. SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLEREK OLUMSUZ ZARARIN TAZMİNİ TALEBİ

Genel olarak dönme hakkı; iki tarafa borç yüklenen sözleşmelerde sözleşmenin baştan itibaren hükümlerini ortadan kaldırmaya yönelik karşı

¹⁶⁵ SÜTÇÜ, (2016), s. 1086.

¹⁶⁶ SÜTÇÜ, (2016), s. 1099.

¹⁶⁷ YENER, (2014), s. 72.

tarafa varması gerekli, bir kere kullanılmakla geri dönüşü mümkün olmayan, şekle bağlı olmayan, yenilik doğurucu(inşai) bir irade beyanıdır¹⁶⁸.

Dönme beyanı, kural olarak sözleşmenin kurulma anından itibaren hükümden düşmesi sonucuna yol açar¹⁶⁹. Ancak inşaatın geldiği seviye dikkate alınarak dönme hakkının kullanıldığı andan itibaren ileriye etkili sonuç doğurması da mümkündür¹⁷⁰.

Kural olarak dönme beyanının açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Ancak somut olayın özelliklerine göre yükleniciye ulaştırılan beyan açık bir biçimde sözleşmeden dönme anlamında ise arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünün kabulü gerekir¹⁷¹. Örneğin; arsa sahibinin daha önce yükleniciye devrettiği arsa payları için tapu iptali ve tescil davası açması, arsa paylarının devredilmediği hallerde arsa sahibinin yükleniciye işten el çekirmek için el atmanın önlenmesi davası açması gibi haller sözleşmeden örtülü olarak dönüldüğünü gösterir¹⁷².

Dönme hakkının kullanılabilmesi için kural olarak arsa sahibinin yükleniciye edimini yerine getirmesi için uygun bir süre tayin etmesi, bu sürenin sonunda sözleşmeden dönüleceğinin bildirilmesi gerekir. Kural olarak denilmesinin nedeni yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağına hal ve şartlardan anlaşıldığı hallerde arsa sahibinin süre tayin etme zorunluluğunun olmadığı istisnai hallerdir¹⁷³.

Türk Borçlar Kanununun Seçimlik Haklar başlıklı 125' nci maddesi:

“(2) Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

(3) Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri

¹⁶⁸ SEROZAN, Rona, (2007), Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, Ağustos, 2007, s. 45; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1120; AKINCI, (2013), s. 239; SÜTÇÜ, (2016), s. 1101.

¹⁶⁹ OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 411.

¹⁷⁰ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, (2012), s. 495; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1128; AKINCI, (2013), s. 240; DUMAN, (2016), s. 601.

¹⁷¹ OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 407; EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1120.

¹⁷² DUMAN, (2016), s. 630.

¹⁷³ YENER, (2014), s. 74.

isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

Sözleşmeden dönülebilmesi için yüklenici temerrüde düşmüş olmalı, yüklenici edimini büyük ölçüde yerine getirmemiş olmalı ve arsa sahibinin sözleşmeden dönmeye yönelik irade beyanının karşı tarafa ulaştırılmış olması gerekmektedir¹⁷⁴.

Dönme beyanı, bu beyanın yükleniciye ulaşmasından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Bu bağlamda edimini ifa etmeyen taraf ifadan kaçınabilir, geri verme borcu kapsamında edimi ifa eden tarafın alacağı muaccel hale gelir¹⁷⁵. Tarafların geri verme borcu da dönmenin hüküm ve sonuç doğurduğu tarihe göre belirlenir.

Her ne kadar dönme beyanı tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılabilir olsa da Yargıtay; dönmenin haklılığı konusunda taraflar arasında uyumsuzluk olduğu hallerde yani, yüklenicinin dönmeyi kabul etmediği hallerde dönme hakkının mahkeme kararıyla kullanılabileceğini kabul etmektedir¹⁷⁶.

Sözleşmeden dönülebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması aranmaz¹⁷⁷. Ancak sözleşmeden dönülerek dönmeden kaynaklı olumsuz zararların istenebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması

¹⁷⁴ ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 184; SÜTÇÜ, (2016), s. 1102.

¹⁷⁵ AKINCI, (2013), s. 239; SÜTÇÜ, (2016), s. 1108.

¹⁷⁶ ERMAN, (2007), s. 95; KIRMIZI, (2014), s. 691; Yargıtay 23. HD. 03.07.2018 T., 2015/9748 E., 2018/3897 K. sayılı kararı: “...arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup, satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden, tek taraflı irade beyanı ile feshi mümkün değildir. Dairemizin kararlılık gösteren içtihatlarında bu tip sözleşmelerin tarafların iradelerinin birleşmesi halinde ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf, dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hâkimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda feshi(dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir...”, (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019)).

¹⁷⁷ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1123; KILIÇOĞLU, (2014), s. 709; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 222.

gerekir¹⁷⁸. Temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat yükü yükleniciye aittir¹⁷⁹.

Sözleşmeden dönen arsa sahibi, sözleşmeden dönülmesi nedeniyle yükleniciden olumsuz zararlarının tazminini talep edebilir. Cezai şart ve gecikme tazminatı gibi sözleşmenin geç ifası nedeniyle uğranılan zararlar, aksi kararlaştırılmış olmadıkça dönme halinde istenemez. Çünkü cezai şart ve gecikme tazminatı sözleşmenin hükmünü yitirmediği hallerde talep edilebilir. Sözleşmeden dönülmesi halinde, sözleşme kurulma anından itibaren hükmünü yitirmiş olmaktadır¹⁸⁰.

Olumsuz(menfi) zarar sözleşmeye duyulan güven nedeniyle sözleşmenin kurulması, yürütülmesi için yapılmış olan masrafların sözleşmeden dönülmesi nedeniyle boşa çıkmasıdır. Bu zarar, arsa sahibi sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı uğramayacağı zarardır¹⁸¹. Olumsuz zararın hesabında gecikmiş ifa nedeniyle uğranılan zararlar, aksi kararlaştırılmamışsa dikkate alınmaz¹⁸². Bu halde edimin ifa edilmemesinden kaynaklanan zararlar bir kenara bırakıldığında olumsuz zarar kapsamına; sözleşmeye güvenme

¹⁷⁸ KILIÇOĞLU, (2014), s. 709; DİRİCAN, (2007), s. 62.

¹⁷⁹ AKINCI, (2013), s. 239; ÖZ, (2013), s. 170.

¹⁸⁰ YENER, (2014), s. 75.

¹⁸¹ SÜTÇÜ, (2016), s. 1213; DİRİCAN, (2007), s. 61; Yargıtay 23. HD. 03.07.2015 T., 2015/4713 E., 2015/5234 K. sayılı kararı: "...Olumsuz zarar; sözleşmenin, karşı tarafça yerine getirileceğine olan güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan eylemli zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmıyaydı, uğranılmayacak olan zarardır. Dolayısıyla, karşı tarafın malvarlığına girsin veya girmesin, sözleşme nedeniyle alacaklının cebinden (malvarlığından) çıkan ve yasal olarak harcanan paradır. Doktrinde hâkim olan görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre, burada oluşan zarar menfi (olumsuz) zarardır. Menfi zarar genel bir anlatımla hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna inanmaktan (güvenmekten) doğan zarardır. Kısaca bu zarar, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsa idi uğramayacağı zarar olup, sözleşmeye güvenilerek yapılan harcamaların (giderlerin) tamamı, başka bir anlatımla karşı tarafın malvarlığına girmese bile o sözleşme nedeniyle cepten çıkan paradır. Olumlu zarar ise, sözleşme nedeniyle cebe girmesi gereken paranın, girmemesi nedeniyle meydana gelen zarardır..." (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁸² ERMAN, (2007), s. 76.

nedeniyle yapılan masraflar, bu sözleşmeyi yapmış olma nedeniyle başka bir sözleşmeyi yapmaktan vazgeçme nedeniyle kaçırılan fırsatlar girer¹⁸³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.01.1990 T. ve 392/1 sayılı kararında menfi zarar kalemleri şu şekilde ifade edilmiştir:

“Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi sonucu sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle ortaya çıkar. Bu konu TBK’nın 125/3 maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır: Burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararların tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme feshedilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez.; istenilecek olan menfi zarardır.

Menfi zarar kapsamına şunların gireceği kabul edilmektedir:

- a. *Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi.*
- b. *Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılıklı edanın kabulü için yapılan masraflar.*
- c. *Sözleşmenin yerine getirilmesi nedeniyle uğranılan zarar: Gönderilen ürünün yolda bozulması gibi.*
- d. *Sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar: hükümsüz sayılan sözleşme zamanında 100 liraya yaptırılacak bir işin dönmeden sonra 150 liraya yaptırılacak olması.*
- e. *Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zarar*
- f. *Dava masrafları*

Davacı idare, davalının sözleşmeyle yüklediği fiyatla bunun yerine getirilmemesi nedeniyle aynı malı almak için üçüncü kişiye ödediği fiyat arasındaki farkı yani müspet zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre hükümsüz olan sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararını isteyemez. İstenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli

¹⁸³ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1124; REİSOĞLU, (2006), s. 338; AKINCI, (2013), s. 239; YENER, (2014), s. 76.

fırsatlara göre değerlendirilecektir. Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan nesneyi davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani menfi zararını ister. Çünkü davacı, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme feshedilmeyecek ve belki zararı da gerçekleşmeyecekti.

Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de menfi, zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının etkisidir. Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerden temin edilebilecek bir maldır. İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa davacının bunu piyasadan bunu o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması halinde kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle mendi zararın oluşmayacağı görüşü kabul edilememiştir¹⁸⁴.

Olumsuz zararın kapsamına öncelikle sözleşme yapılması için yapılan masraflar girer. Noter ücret ve harçları, plan proje masrafları, bina yapılacak arsada mevcut olan evin yıkılması için yapılan masraflar, evin bedeli, alacaklının açmak zorunda kaldığı tespit davası nedeniyle ödediği vekalet ücreti gibi kalemler bu kapsamdadır¹⁸⁵.

Arsa sahibinin sözleşme nedeniyle kaybettiği malvarlığı değerleri de olumsuz zarar kapsamındadır. Örneğin, yükleniciye devredilen arsa paylarının yüklenici tarafından da iyiniyetli üçüncü kişilere devredilmesi nedeniyle kaybettiği arsa payı değeri bu kapsamdadır¹⁸⁶.

Sözleşmeden dönülmesi ile tarafların birbirlerinden aldıklarını iadesi gündeme gelir¹⁸⁷. Dönme, kural olarak geriye etkili (ex tunc) sonuç doğurur¹⁸⁸. Yani sözleşme; hüküm ve sonuç doğurmaya başladığı tarihten

¹⁸⁴ DUMAN, (2016), s. 667.

¹⁸⁵ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1125; ÖZ, (2013), s. 177.

¹⁸⁶ ÖZ, (2013), s. 177.

¹⁸⁷ KILIÇOĞLU, (2014), s. 707-708.

¹⁸⁸ OĞUZMAN / ÖZ, (2005), s. 415; KILIÇOĞLU, (2014), s. 709; ÖZ, (2013), s. 171.

itibaren hükmünü yitirir, taraflar edim yükümlülüklerinden kurtulur ve ifa edilmiş olan edimlerin iadesi karşı taraftan istenebilir¹⁸⁹.

Sözleşmenin geriye etkili olarak feshi(dönme) üzerine arsa sahibi, yüklenicinin yerine getirdiği edimleri iade ile yükümlü hale gelir. Arsa sahibinin iade yükümlülüğü dayanağını TBK. m. 125/3'den almaktadır. Yargıtaya göre; arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, sözleşmeden yüklenicinin temerrüdü nedeniyle dönülmesi halinde yüklenicinin dönme tarihine kadar yapmış olduğu işin bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre arsa sahibinden istenebilir¹⁹⁰. Sözleşmeden dönmenin inşaata hiç başlanmadan önce gerçekleşmesi halinde, inşaat için o zamana kadar yapılan hazırlık masraflarının arsa sahibinin işine yaradığı nispette arsa sahibinden talep edilebileceği söylenebilir¹⁹¹.

İade mümkün oldukça ayın(şey) olarak gerçekleşir¹⁹². Eğer iade, ayın olarak mümkün olmazsa bu ayınların parasal karşılığı iadeye tabi olur. Bu suretle yüklenici; arsaya yapmış olduğu imalatı hasarsız olarak söküp alabilecekse, bunların karşılığını para olarak talep edemez. Tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür. Yüklenici burada, yapmış olduğu işin objektif ölçülere göre maliyetini talep edebilir. Yüklenici; binayı tamamlamış olsaydı elde edeceği kâr payını imalata oranla isteyemeyeceği gibi, sanki arsa sahibi ile arasında götürü bedel ile bir eser sözleşmesi varmış gibi yapılan imalata da kâr payı koyamaz¹⁹³.

Yüklenicinin yaptığı imalat bedeli, dönmenin hukuksal sonuç doğurmaya başladığı an olan dönmenin muhatabına ulaştığı tarih itibarıyla belirlenir. Çünkü iade borcu, dönmenin sonuç doğurmaya başladığı an muaccel hale gelmiştir¹⁹⁴.

¹⁸⁹ EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1121; AKINCI, (2013), s. 239; KOSTAKOĞLU, (2017), s. 803.

¹⁹⁰ SÜTÇÜ, (2016), s. 1154; DİRİCAN, (2007), s. 61.

¹⁹¹ Yargıtay 23. HD. 16.09.2018 T., 2018/1692 E., 2018/5534 K. sayılı kararı: "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi feshedildiğinde, yüklenici arsaya yaptığı imalatın bedelini eserin imara, sözleşme ve projesine uygun olması ve davalıların yararına olması halinde fesih tarihindeki mahalli rayiçlere göre isteyebilir...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

¹⁹² EREN, Genel Hükümler, (2012), s. 1123.

¹⁹³ ÖZ, (2013), s. 173.

¹⁹⁴ SÜTÇÜ, (2016), s. 1108.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, dönme üzerine yüklenicinin iade borcunun kapsamını arsa payları oluşturur. Dönme beyanında bulunulmasından önce arsa sahibi kendi edimini yerine getirmişse, yani arsa paylarını yükleniciye devretmişse devredilen bu arsa paylarının arsa sahibine iadesi gerekir. Arsa paylarının iadesi talebi aynı etkili dönme görüşüne göre aynı hakka dayalı bir taleptir. Sözleşmeden dönülmesi ile yükleniciye yapılmış olan tescil yolsuz hale gelmektedir. Bu nedenle TMK. m. 1024/2 gereğince, herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı kalınmaksızın yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılabilir¹⁹⁵.

Yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin durumu ise biraz daha karmaşıktır. Arsa paylarının yükleniciye devredildiği, yüklenicinin de arsa paylarına isabet eden bağımsız bölüm tapularını üçüncü kişilere sattığı durumlarda; yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ne gibi sonuçlar doğuracaktır?

Sözleşmeden dönülmesi üzerine yüklenicinin uhdesindeki arsa paylarını iade etmesi gerektiğini, bunun bir aynı yükümlülük olduğunu daha önce ifade etmiştik. Fakat tapuların üçüncü kişilere devredilmesi halinde üçüncü kişilerin TMK. m. 1023'te ifade edildiği gibi tapu siciline güven ilkesine göre mülkiyet hakkını kazanmaları gerekir¹⁹⁶. Arsa sahibinin bu durumda üçüncü kişilere karşı iade talebi olamaz. Üçüncü kişilerin iyiniyetli olmaları gerektiği unutulmamalıdır. Yani üçüncü kişiler; arsa sahibinin iade talebini sonuçsuz bırakmak maksatlı kendilerine bağımsız bölüm devredildiğini biliyor yahut arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü biliyorlar veya bilmeleri gerekiyor ise TMK. m. 1023'teki korumadan yararlanamazlar¹⁹⁷.

Üçüncü kişilerin, almış oldukları bağımsız bölümleri yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karşılığında elde ettiğini bilmeleri de onların iyiniyetini etkilemez. Onlara, arsa sahibinin ilerleyen zamanlarda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönme ihtimali olduğunu öngörmeleri gerektiği gibi bir yükümlülük yüklenemez¹⁹⁸.

¹⁹⁵ DUMAN, (2016), s. 649.

¹⁹⁶ SÜTÇÜ, (2016), s. 1145.

¹⁹⁷ ATAMULU, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014, s. 189.

¹⁹⁸ COŞKUN, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2017, s.852.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin tapuya şerh verildiği hallerde üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmamalı, arsa sahibi sözleşmeden dönmesi halinde yükleniciden tapu devralan üçüncü kişilere karşı da iade talebi ile başvurulabilmelidir¹⁹⁹. Zira bu durumda üçüncü kişiler; devraldıkları tapuların arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi ile şerhli olduğunu, yüklenicinin temerrüt durumuna düşmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeden dönerek devretmiş olduğu tapuları geri alabileceğini ihtimal dahilinde görebilecek durumdadır.

Ancak Yargıtaya göre yüklenicinin üçüncü kişilere yaptığı devirler, alacağın temlik hükmündedir²⁰⁰. Bu durumda yüklenici, arsa sahibinin arsasına yapacağı binaya karşılık bu binadan belirli sayıda bağımsız bölüm elde edecektir. Yüklenicinin elde edeceği bağımsız bölümleri önceden üçüncü kişilere devri, arsa sahibinden olan bağımsız bölüm alacağının devridir. Yargıtay; üçüncü kişileri yüklenicinin halefi olarak kabul etmekte, üçüncü kişilerin arsa sahibinden şahsi ya da aynı bir talepte bulunabilmesi için selefleri olan yüklenicinin arsa sahibine olan yükümlülüklerini yerine getirme şartını aramaktadır²⁰¹.

Yani yüklenici arsa sahibine karşı olan edim yükümlülüğünü yerine getirmedikçe, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler arsa sahibinden tescil talebinde bulunamazlar²⁰².

Yargıtay bu görüşünü TBK. m. 188/1'deki "Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir." hükme dayandırmaktadır²⁰³.

¹⁹⁹ DUMAN, (2016), s. 649.

²⁰⁰ ERMAN, (2007), s. 174.

²⁰¹ REMZİ / AYDIN, (2014), s. 321; SÜTÇÜ, (2016), s. 1146.

²⁰² REMZİ / AYDIN, (2014), s. 321; TOKAT, (2016), s. 207.

²⁰³ Yargıtay 14. HD. 07.02.2019 T., 2016/11058 E., 2019/1041 K. sayılı kararı: "...Davacının arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü yükleniciden temlik alması halinde arsa sahibini ifaya zorlayabilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 188. maddesi gereğince; "Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir." Buna göre temlik öğrenen arsa sahibi, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan davacıya) karşı da ileri sürebilir. Temlikin konusu, yüklenicinin arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne

Sonuç olarak Yargıtaya göre, yükleniciden bağımsız bölüm alan kişiler yüklenici arsa sahibine karşı olan edimini ifa etmediği sürece aynı hakka sahip olamazlar.

Dönmenin kural olarak geriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurduğu, sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz sayılacağı daha önce ifade edilmişti. Ancak inşaatın ileri seviyelere geldiği hallerde sözleşmeden dönmeyi geriye etkili olarak kabul etmek, hakkaniyetli olmayan sonuçlara yol açabilir²⁰⁴.

İlk olarak imalat bedelini iade etmek zorunda kalacak arsa sahibi, bu bedeli temin etmekte zorlanabilecektir. Her ne kadar arsa sahibinin alacağı olumsuz zarar tazminatından bu bedelin mahsup edileceği ileri sürülse bile, inşaatın geldiği ileri seviye dikkate alındığında arsa sahibinin bedel anlamında borçlu çıkacağı sonucuna varılabilir. Ayrıca yüklenicinin temerrüde düşmede herhangi bir kusuru olmaması durumunda, arsa sahibinin olumsuz zarar talebinde bulunamayacağı da unutulmamalıdır.

İkinci olarak, inşaatı ileri seviyeye getiren yükleniciye sadece imalat bedelini vermek hakkaniyete uygun düşmez. Çünkü yüklenicinin sözleşme ile güttüğü amaç kar elde etmektir.

İşte bu gibi durumlarda geriye etkili dönmeyi kabul etmek yerine ileriye etkili dönme şeklinde (fesih) görüşünü kabul etmenin hak ve nesafet kurallarına daha uygun düşeceği fikri ortaya atılmıştır.

Dönme hakkının ileriye etkili olarak kullanılması gerektiğini ileri süren yazarlar, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerini ani-sürekli karması bir sözleşme olarak kabul etmektedirler²⁰⁵. Bilineceği üzere dönme kavramı ani edimli sözleşmelerde söz konusu olmaktadır. Sürekli edimli sözleşmelerde

ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden kazanmadığı hakkı üçüncü kişiye temlik etmesinin arsa sahibi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yüklenici arsa sahibine karşı edimini tamamen veya kısmen yerine getirilmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye (davacıya) temlik etmişse, üçüncü kişi (davacı) Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesi hükmünden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz...", (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019).

²⁰⁴ REMZİ / AYDIN, (2014), s. 320; ERMAN, (2007), s. 97.

²⁰⁵ YÜCEL, Özge, (2013), "Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 2, Yıl 2013, s. 546; TOKAT, (2016), s. 218.

ise fesih kavramından söz edilir²⁰⁶. Dönmenin ileri etkili sonuç doğuracak şekilde hüküm doğurması gerektiği kabul edildiğine göre dönme terimi yerine fesih terimini kullanmak daha yerindedir²⁰⁷.

Dönmenin ileriye etkili sonuç doğurması gerektiğini ileri süren yazarlar inşaatın geldiği seviyeyi(%90-95) dikkate alarak yüklenicinin dönmenin zararlarından korunması gerektiğini ifade etmektedirler²⁰⁸.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi niteliği gereği arsa sahibinin arsası üzerinde ifa edilir. Bu nedenle ileri seviyede yapılan yapıyı söküp alma imkânı olmadığına göre dönme, ileriye etkili sonuç doğurmalıdır.

İnşaatın geldiği seviyenin ileri derecede olduğu hallerde fesih halinde TBK. m. 475'e göre kıyas yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.

TBK. m. 475/1: "Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine ayın ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme."

Maddeden hareketle inşaatın geldiği seviye, arsa sahibinin inşaatı kullanabileceği veya ifayı kabule zorlanabileceği durumdaysa arsa sahibinin bedelde indirim hakkını kullandığı varsayılarak yüklenicinin inşaatın geldiği seviye ile orantılı arsa paylarına ve bu paylara isabet eden bağımsız bölümlere sahip olması gerekmektedir²⁰⁹. Bu durumda yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin, yüklenicinin bağımsız bölümlere hak kazandığı oranda onların mülkiyet haklarına dokunulmaz²¹⁰. Yüklenici

²⁰⁶ SEROZAN, (2007), s. 115.

²⁰⁷ SEROZAN, (2007), s. 115; ZAPATA, Genel Hükümler, (2014), s. 221.

²⁰⁸ REMZİ / AYDIN, (2014), s. 320; YENER, (2014), s. 98.

²⁰⁹ YENER, (2014), s. 99; Yargıtay 15. HD., 20.02.2019 T., 2018/5526 E., 2019/704 K. sayılı kararı: "...İleriye etkili fesih kararı verilmesi halinde tasfiyenin, fesih tarihinde eksik ve kusurlar da dikkate alınıp düşülmek suretiyle kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi ile üstlendiği işlerin tamamına göre yüklenicinin gerçekleştirdiği imalâtın fiziki oranı tespit ve bu oranın sözleşmede kararlaştırılan paylaşım durumuna göre yükleniciye kalan arsa payı ya da bağımsız bölüm sayısına uygulanarak yüklenicinin hak ettiği arsa payına da bağımsız bölümlerin yükleniciye bırakılarak yüklenicinin hak etmediği arsa payları ve bağımsız bölümün arsa sahibinde kalacak şekilde yapılması gerekir..." (www.karararama.yargitay.gov.tr, (16.04.2019)).

²¹⁰ AVCI, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara, 2015, s.176, s.188; COŞKUN, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010, s.160.

temerrüde düşmede kusurlu bile olsa bu hüküm kıyasen uygulanmalı, yüklenici arsa paylarına ve bağımsız bölümlere ifasıyla orantılı hak kazanmalıdır. Yüklenicinin kusuru pek tabii olumsuz zarar kalemlerinde dikkate alınabilecektir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.01.1984 T., 19983/3 E., 1984/1 K sayılı kararının ilgili kısmı: *“Şayet olayın niteliği(yüklenicinin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği(uyuşmazlığın yalnızca TBK 106-108’ nci maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin nu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin yüklenicinin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin(uyuşmazlığa TBK 106-108’ nci maddelerinin uygulanması sonucu ortaya çıkacak adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanun’un 2’ nci maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin(sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da temerrüde düşen yüklenici; kısmi ifanın bedelini arsa sahibinden ve arsa sahibi de yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararları talep edebilecekler ve bu suretle tarafların zararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır”²¹¹.*

Sonuç olarak yapılan inşaatın bütününe oranla az bir kısım teşkil ettiği hallerde, dönmeyi geriye etkili olarak uygulamak amaca uygun düşer²¹². Çünkü bu halde yapılan kısmi ifanın arsa sahibi açısından kayda değer bir yanı yoktur. O yapının kalan kısmını tamamlattırmak için yeni bir yüklenici ile sözleşme imzalayacak, yeni zahmetler altına girecektir. Buna rağmen feshi ileri etkili kabul edip, yüklenicinin yapılan kısım ile orantılı arsa payı ve bağımsız bölüme sahip olması arsa sahibi için aşırı bir külfet getirir. Edimin ifasına kavuşamayan arsa sahibini böyle bir davranışa zorlamak, adalete uygun olmayacaktır.

Ancak yapılan inşaat bütününe oranla büyük bir kısım teşkil ediyorsa feshi ileriye etkili kabul etmek, yüklenicinin edimini tamamen feda etmemek anlamına gelecektir ki bu; sözleşme ile güdülen amacı gerçekleştirecektir. Yüklenici kararlaştırılan bağımsız bölümlere sahip olmak için birçok masraf yapmış, başka kişilerle sözleşme imzalamış, birçok külfet altına girmiş, ancak her nasılsa edimin ifasına çok az kala bunu gerçekleştirememiştir. Bu

²¹¹ KOSTAKOĞLU, (2017), s. 804.

²¹² TOKAT, (2016), s. 220.

durumda sözleşmeden dönmeyi kabul etmek yüklenicinin hiç bağımsız bölüm elde edememesine, sadece yapmış olduğu imalat bedelini elde etmesine yol açacaktır ki bu; arsa sahibinin sözleşme ile güttüğü amaçtan aşırı şekilde fazla yarar elde etmesine yol açacaktır. Çünkü yüklenicinin sözleşme ile güttüğü amaç kar elde etmektir. Dönmeyi kabul ettiğimizde yüklenicinin kâr marjını arsa sahibine vermiş oluruz. Bu nedenle inşaatın geldiği seviye dikkate alınarak arsa sahibinin ifayı kabule zorlanması makul, hakkaniyete uygun denilebiliyorsa arsa sahibi sözleşmeden dönmemelidir²¹³. Bu durumda sözleşmenin feshi yoluna gidilmeli fesih tarihi itibarıyla tarafların edimleri arasında bir denge kurulmalı, taraflar sözleşmeden beklediği yararları kısmen dahi olsa elde etmelidir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Bu sözleşme ile yüklenici arsa sahibinin arsasına bina yapmayı taahhüt etmekte, arsa sahibi de yapılacak binada sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümleri yükleniciye devretmeyi taahhüt etmektedir.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi esasen taşınmaz satım sözleşmesi ve eser(istisna) sözleşmesinin hükümlerini içerdiğinden öğretide çift(iki) tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Çift tipli karma sözleşme tabiri ile ifade edilmek istenen iki ayrı tipte sözleşme değil, iki ayrı tipte edimdir. Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde taşınmaz satım veya satım vaadi sözleşmesi ile eser sözleşmesini özellikleri bir araya gelmekte, her iki sözleşme de bağımsızlıklarını koruyamamakta, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin kendine özgü hukuki durumu ortaya çıkmaktadır.

Arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almaması nedeniyle, eser sözleşmesine taşınmaz satış vaadine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesine de uygulanacaktır. Eser sözleşmesi hiçbir şekilde tabi olmamakla birlikte, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin Noterlik Kanunu 60' nci maddesine göre düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Bu itibarla niteliği gereği taşınmaz devrini konu olan arsa

²¹³ TOKAT, (2016), s. 219.

payı karşılığı kat yapım sözleşmesinin, en azından noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Şekil şartına uyulmaması, kural olarak sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur. Ancak sözleşmede hüküm altına alınan edimlerin kısmen veya tamamen ifasından sonra şekil eksikliğine ileri sürerek sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmek, iyiniyet esaslarına ve dürüstlük kurallarına aykırı kabul edilerek hukuki himaye görmez.

Sözleşmede yüklenicinin borçları; kararlaştırılan arsaya bağımsız bölüm yapma ve teslim etme, ayıba karşı tekeffül, inşaat ruhsatını ve oturma iznini alma ve inşaattan doğan vergi borçlarını ödeme olarak sıralanabilir. Yüklenicinin bu borçlarından birini yerine getirmemesi durumunda yüklenici temerrüde düşecek, arsa sahibi de TBK. m. 125'te sayılan seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Anılan sözleşmede yüklenicinin temerrüdü genel olarak binayı yapma ve teslim etme noktasında meydana gelmektedir. Uygulamada sıklıkla, yüklenici kararlaştırılan tarihte ve şekilde binayı teslim edememekte, kimi zaman inşaata bile başlamamış olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin işe zamanında başlamama ve işin vadede bitirilemeyeceğinin anlaşılması hallerinde m. 473 hükmü olmakla birlikte, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi hallerinde özel bir hüküm yoktur. O halde yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düştüğü durumlarda Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerindeki borçlu temerrüdüne ilişkin kuralları, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinde de uygulanacaktır.

Yüklenicinin temerrüdünden bahsedilebilmesi için; yüklenicinin borcunun muaccel olması, borcun ifasının mümkün olması, edimin ifasına yönelik kural olarak ihtarda bulunulmuş olması son olarak arsa sahibinin kendisinin temerrüt durumunda olmaması gerekmektedir.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi sonucunda arsa sahibinin, kural olarak borcun aynen ifasını dilediği kabul edilir. Arsa sahibinin aksi yönde bir talebinin olması halinde bunu, yükleniciye derhal bildirmesi gerekmektedir. Aynen ifanın bir başka görünümü de nama ifadır. Nama ifada arsa sahibi, yüklenicinin yerine geçerek yüklenicinin yapması gereken kalan edimini kendisi yapmaktadır. Pek tabii arsa sahibi, kalan kısmın yapılması için bir başka yüklenici ile de sözleşme yapabilir. Arsa sahibi, nama ifa sonucu yapılan masrafı ise temerrüde düşen yükleniciden talep edebilir. Yüklenici, temerrüde düşmede kusurunun bulunması halinde talep halinde arsa sahibinin gecikmeden doğan zararlarını gidermek zorundadır. Gecikmeden

doğan zararların en başında arsa sahibinin kira kaybı gelmektedir. Ayrıca arsa sahibi, sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde yükleniciden cezai şart da talep edebilir. Yine cezai şart alacağının doğması için aksi kararlaştırılmış olmadıkça, yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir.

Arsa sahibinin ikinci başvurulabileceği yol, ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etmektir. Olumlu zarar; sözleşme gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı alacaklının muhtemel malvarlığı değeri ile sözleşmenin yerine getirilmemiş olması nedeniyle alacaklının halihazırdaki malvarlığı değeri arasındaki farktır. Arsa sahibi, bu yolu seçmesi halinde artık ifayı talep edemez. Arsa sahibi sadece borç ifa edilmiş olsaydı elde edeceği malvarlığı değerinin bedelini yükleniciden talep edebilir. Arsa sahibinin olumlu zararı ise fark kuramı ve değişim(mübadele) olmak ise iki farklı yöntemle hesaplanmaktadır. Fark kuramında arsa sahibinin edimleri ile yüklenicinin edimleri değer olarak belirlenmekte, bu edimlerin arasındaki fark ise arsa sahibinin olumlu zararını vermektedir. Değişim teorisinde ise edimlerin karşılıklı değişimi yapılmaktadır. Bu teoriye göre arsa sahibi arsanın tamamını yükleniciye devredecek, yüklenici de arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değerini arsa sahibine ödeyecektir. Dikkat etmek gerekirse, fark kuramında arsa payları arsa sahibinde kalırken; değişim teorisinde arsa sahibi, arsa paylarını yükleniciye devretmektedir.

Arsa sahibinin başvurabileceği bir diğer yol ise sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep etmektir. Dönme hakkının kullanılabilmesi için kural olarak arsa sahibinin yükleniciye edimini yerine getirmesi için uygun bir süre tayin etmesi, bu sürenin sonunda sözleşmeden dönüleceğinin bildirilmesi gerekir. Kural olarak denilmesinin nedeni, yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağının hal ve şartlardan anlaşıldığı hallerde arsa sahibinin süre tayin etme zorunluluğunun olmadığı istisnai hallerdir. Arsa sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için inşaatın ileri seviyede(%90-95) inşa edilmemiş olması gerekmektedir. Bu gibi hallerde arsa sahibi sözleşmeden dönemeyecek, sadece sözleşmeyi ileriye etkili olacak şekilde feshedebilecektir. Çünkü borcu ifa etmeye yönelik uzun zamandır emek ve mesaisini harcayan bu yolda masraf yapan yükleniciyi arsa paylarından ve elde edeceği bağımsız bölümlerden mahrum etmek, hak ve nesafet kuralları ile bağdaşmaz.

Sözleşmeden dönen arsa sahibi, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle uğramış olduğu olumsuz zararların tümünü yükleniciden talep edebilir. Arsa sahibinin olumsuz zararlarının kapsamına; sözleşme yapmak

için yaptığı masraflar, kendi edimini ifa etmek için katlanmak zorunda olduğu giderler, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminatlar, cezai şartlar girer. Ancak arsa sahibi, sözleşmeden dönme ve ileriye etkili şekilde fesih hakkını kullanması halinde sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı olumlu zararların tazminini talep edemez. Çünkü olumlu zararın tazmini sadece aynen ifa talebinin devam ettiği hallerde mümkün olup, bu talep aynen ifaya bağlıdır. O halde sözleşmeden dönüldüğüne, göre arsa sahibinin aynen ifa talebi de olamayacağından olumlu zararının tazmini talep etmesi mümkün değildir.

KAYNAKLAR

- ARAL**, Fahrettin / **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara, Ekim, 2014.
- AKKURT**, Sinan Sami, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 2, Yıl 2010.
- AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya, Ekim, 2013.
- ATAMULU**, İsmail, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara, 2014.
- AVCI**, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Ankara, 2015.
- CANSEL**, Erol / **ÖZEL**, Çağlar, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sayı 8, Yıl 2013.
- COŞKUN**, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara, 2010.
- COŞKUN**, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2017, s.852.
- ÇELİK**, Ahmet, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri,
<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmeleri.htm>
- ÇATIKKAŞ**, Özgür / **YENER**, Mehmet Deniz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Hukuki Boyutu ve Muhasebeleştirilmesi, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 39, Sayı 1, Yıl 2017.
- DİRİCAN**, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, Mayıs, 2007.
- DUMAN**, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara, Mayıs, 2016.
- DURAK**, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt 1, Yıl 2015.
- ERDAŞ**, Bayram, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Temmuz, 2012.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- ERMAN**, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul, 2007.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, 2. Baskı, İstanbul, Ekim, 2012.
- GÜNAY**, Erhan, Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlık Rehberi, Güncellenmiş 2. Baskı, Haziran, 2016.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2014.
- KIRMIZI**, Mustafa, Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Ocak, 2014.
- KOCAĞA**, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003.
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz, İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10. Baskı, Ekim, 2017.
- ÖNGÖREN**, Gürsel, İnşaat Hukuku, Mekke, Eylül, 2016.
- OĞUZMAN**, Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul, 2005.
- ÖZ**, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve ilgili Mevzuat, 2. Baskı, İstanbul, 2013.
- REİSOĞLU**, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul, 2006.
- REMZİ**, Mehmet / **AYDIN**, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ekim, 2014.
- SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, Ağustos, 2007.
- SÜTÇÜ**, Nezh, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt 1, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ocak, 2016.
- TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 5. Baskı, İstanbul, 2012.
- TOKAT**, Hüseyin, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Yıl 2016.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul, 1963.
- YAVUZ**, Cevdet / **ACAR**, Faruk / **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Nisan, 2012.

- YENER**, Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2014.
- YÜCEL**, Özge, Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 2, Yıl 2013.
- ZAPATA**, Tan Tahsin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Ağustos, 2014.
- ZAPATA**, Tan Tahsin, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Eylül, 2015.
- ZEVKLİLER**, Aydın / **ERTAŞ**, Şeref / **HAVUTÇU**, Ayşe / **AYDOĞDU**, Murat / **CUMALIOĞLU**, Emre, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İzmir, 2013. ([www.https://karararama.yargitay.gov.tr](https://karararama.yargitay.gov.tr))

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA
MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**

Sümeyye ULUSOY*

**FREEDOM OF EXPRESSION IN THE LIGHT OF EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL
COURT DECISION**

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

E-mail Adresi: İletişim:sumeyye.ulusoy@lisansustu.selcuk.edu.tr

ORCID ID: 0000 0002 9510 5213

ÖZ

İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ve 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Temel Hak ve Ödevler başlığı altında bulunan 25 ve 26 maddeleri ile korunan bir haktır. İfade özgürlüğü, basın özgürlüğü, bilgi edinme hakkı, eleştiri hakkı gibi birçok hakkın elde edilmesinde ve korunmasında bir önemli bir unsurdur. İfade özgürlüğü bu öneminden dolayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin birçok davasının konusunu oluşturmuştur. Bu çalışma ile de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ifade özgürlüğünün amacı, kapsamı ve sınırları belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Düşünce, Açıklama, Rahatsız Etmek, Katlanmak.

ABSTRACT

Freedom of expression is a right protected by Article 10 of the European Convention on Human Rights and by Articles 25 and 26 of 1982 Constitution of the Republic of Turkey under the title of Fundamental Rights and Duties. The right for freedom of expression is an important factor in obtaining and protecting many rights such as the right to freedom of press, the right to information and the right to criticise. Freedom of expression has been the subject of many cases of European Court of Human Rights and Constitutional Court due to this importance. Here with this study, it is attempted to specify the aim, scope and limits of freedom of expression with the decisions of European Court of Human Rights and Constitutional Court

Keywords: Freedom of Expression, Thought, Explanation, Disturbing, Bearing.

GİRİŞ

İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesiyle ve 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 25 ve 26. maddeleriyle korunan bir özgürlüktür. İfade özgürlüğünün kapsamı sanılanın aksine oldukça geniştir, diğer özgürlüklerinin uygulama alanı bulabilmesi için temel bir özgürlüktür.

İnsanlar doğası gereği bir düşünceye, ideolojiye sahip olmak isterler ve ilerleyen zamanlarda da bu sahip oldukları düşünce ve ideolojileri

başkalarına aktarmak isterler. İnsanların bir düşünceye, ideolojiye, fikre sahip olması hukuken sınırlandırılabilir bir alan değildir. Ama ne zaman insanlar düşüncelerini fikirlerini birbirlerine aktarmaya başladı ve toplum etkilenmeye başladı işte o zaman hukuk devreye girer ve düşünce aktarımlarının bir kurala bağlanması ya da sınırlanması gerekebilir. Bununla birlikte her ne kadar düşünce ve fikir aktarımının sınırlandırılabilirliğini ifade etsek de ifade özgürlüğünün amacı birilerini rahatsız eden, şok eden ifadeleri koruma altına almaktır.

Çalışmamızda da ilk bölümde ifade özgürlüğü kavramının ne olduğu ve ifade özgürlüğünün demokratik toplumlardaki önemi üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde ise ifade özgürlüğü kapsamında korunan ifade türleri ve ifade özgürlüğü ile ilişki içinde bulunan haklara değinilmiştir. Son bölümde ifade özgürlüğü konusu açısından en önemli konu olan ifade özgürlüğünün nasıl ve hangi gerekçelerle sınırlandırılabilirliği konusuna değinilmiştir.

I. GENEL OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI VE ÖNEMİ

A. İfade Özgürlüğü Kavramı

İfade özgürlüğünün kapsamını, sınırlarını ve önemini açıklamadan önce kelime anlamı olarak neyi ifade ettiğini kavramlarla ilişkisini belirlemek yerinde olacaktır. İfade özgürlüğünün özgürlük ve hak kavramları ile ilişkisi incelenecek olursa; özgürlük, başkalarına zarar vermemek koşuluyla bireyin kendi iradesiyle bir şeyi yapıp yapmamasına ya da belli şekilde davranıp davranmamasına karar verebilmesini ve bu kararını hiçbir baskı görmeden yerine getirebilmesi olarak tanımlanır¹. Daha kısa bir ifadeyle özgürlük “*serbest hareket etme gücüdür*”². Hak ise en basit haliyle mevcut hukuk düzenince korunan ve kullanılıp kullanılmaması sahibinin iradesine bırakılmış menfaatler olarak tanımlanabilir³. Bir başka tanımına göre ise hak, hukuk düzenince kişilere tanınmış bir yetki olmakla birlikte devlet güvencesini de içinde barındırması gerekmektedir⁴. Yani hukuk düzenince tanınmış olan

¹ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2018, s. 135.

² GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Birinci Baskı Bursa, 2017, s. 40(I).

³ ARSLAN, İbrahim ve AYAN, Mehmet, Temel Hukuk Bilgisi, Konya, 2014, s. 161.

⁴ AYBAY, Rona, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul, 2015, s. 3.

hakların fiilen de kullanılabilmesi için devlet öyle kusursuz bir toplum düzeni kurmalı ki böylece haklar devlet güvencesi altında olmuş olsun. Bu iki tanımdan da anlaşılacağı üzere her özgürlük bir hak değildir. Bir özgürlüğün hak olabilmesi için mevcut hukuk düzenince o özgürlüğün korunması gerekmektedir. Bu kapsamda ifade özgürlüğü hem ulusal mevzuatımız tarafından hem uluslararası tarafı olduğumuz sözleşmeler tarafından tanındığı ve bu hakkı koruyacak yargı organları mevcut olduğu için özgürlük olmasının yanı sıra bir haktır da.

İfade özgürlüğünün insan hakları ve kamu özgürlükleri ile ilişkisi incelenecek olursa; insan hakları, insanın kişisel kimliği, varoluşsal nedeni ve insan onuru ile açıklanabilecek bir kavramdır⁵. Bu açıdan insan hakları, tüm insanların ırk, renk, dil, din ayırt etmeksizin yaralanabileceği ama tüm hakların insan hakkı olarak değerlendirilemeyeceği haklardır⁶. İnsan haklarının hukuk düzenince tanınıp tanınmaması önemli değildir. Bir insan hakkı hukuk düzenince tanınmasa da o insan hakkı olarak değerlendirilir. Çünkü insan hakları insan olarak doğmanın bir gereğidir. Kamu özgürlüğü ise insan haklarının devlet tarafından tanınması ile mevcut hukuk düzenine giren hakları ifade eder⁷. Bu kapsamda ifade özgürlüğü insan onurunun bir gereği olduğu için bir insan hakkı aynı zamanda mevcut hukuk mevzuatımızda yer alan bir hak olduğu için de bir kamu özgürlüğüdür.

İfade özgürlüğünün temel hak ve ödevlerle ilişkisi açıklanacak olursa temel kelimesi genelde önemli anlamına gelecek şekilde bir kullanım anlamına sahiptir. Temel hak kavramı ise bizim hukukumuzda şekli açıdan bir inceleme konusudur. Yani düzenleme yeri açısından anayasada düzenlenen haklar temel haklar olarak değerlendirilir⁸. İfade özgürlüğü hukukumuzda 1982 tarihli Anayasası'nda 25 ve 26. maddelerinde ayrıntı olarak düzenlendiği için bir temel haktır. Ödev ise yapılması ya da yapılmaması

⁵ AKAD, Mehmet/ BULUT, Nihat/ VURAL DİNÇKOL, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2017, s. 255.

⁶ AYBAY, s. 7.

⁷ GÖZLER, s. 63 (I).

⁸ GÖZLER, s. 66 (I).

kanun tarafından emredilen insan fiilleri olarak tanımlanmaktadır. İfade özgürlüğü de bu kapsamda ödev değil bir temel haktır.

B. İfade Özgürlüğünün Önemi

Özgürlükler içinde ifade özgürlüğü birçok hakkı içinde barındırdığı ve bazen başkaca haklarla çatışabilecek muhtevaya sahip olduğu için ayrıca bir öneme sahiptir. Hatta bu özelliğinden dolayı kendisine “kavşak hak” da denilebilmektedir⁹.

İfade özgürlüğü, diğer özgürlüklerin elde edilmesinde, korunmasında ve devam ettirilmesinde bir unsur gibidir. Bundan dolayı çoğunlukla insan hakları ihlallerinin çok olduğu bir yerde ifade özgürlüğü de ihlal ediliyor olmaktadır ya da ifade özgürlüğü ihlal edilmişse orada başka insan hakları ihlal edilmiş olmaktadır¹⁰. İfade özgürlüğü, içinde barındırdığı bu hak yoğunluğundan dolayı bir toplumun medeni kabul edilen dünya toplumları içindeki yerini belirlemede bir ölçüt olarak değerlendirilebilir¹¹. Örneğin bir toplumun ne kadar medeni olduğu belirlenmek isteniyorsa o toplumda ifade özgürlüğüne ne ölçüde değer verildiği ve verilen bu özgürlüğün kapsamının ne olduğu bizim için önemli bir ölçüt olabilir.

İfade özgürlüğünün önemini ise farklı bakış açılarıyla bize en iyi şekilde açıklayacak olan üç değerli düşünür John Locke ve J. Stuart Mill ile K. Kautsky'dir.

İngiliz bilim insanı Jonh Locke'un ifade özgürlüğü hakkındaki söylemini dini hoşgörüden alır. Locke göre insanlara bir dini benimsemeleri için devlet tarafından zor kullanılması boşunadır. Çünkü bir dini benimsemek ya da reddetmek kalp ile ilgili bir durumdur ve hiçbir devlet zor kullanarak kalplere hükmedemez. İnsanların dini inançları üzerinde ne kadar baskı kurulursa kurulsun insanoğlu kalbinde taşıdığı dine iman etmeye devam eder. Devletin bu konudaki baskıları sonuç vermediği gibi halkı da yıpratır ve kendine yabancı bir halkın oluşmasına sebebiyet verir. Locke'nin bu söylemi ifade

⁹ YAYLA, Atilla, “İfade Özgürlüğü Nedir, Niçin Gereklidir”, Liberal Düşünce Dergisi, İlbahar Sayısı, 2008, s.160.

¹⁰ DAĞI, İhsan/ TOPRAK, Metin, Türkiye’de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü, Ankara, 2003, s. 8.

¹¹ YAYLA, Atilla, s. 159.

özgürlüğü açısından da aynı doğrultuda değerlendirilebilir. Bir insanın düşünce ve fikirlerine aşırı müdahale edilmesi hem baskı bir ve çabaları boşa giden bir yönetime hem de kendi düşünce ve fikir dünyasına yabancı bir toplumun oluşmasına sebep olur¹².

J. Stuart Mill'in ifade özgürlüğü konusundaki söylemi ahlaki söylem olarak kabul edilmektedir. Mill'e göre; ilk olarak hiç kimse fikirlerinin değişmez doğrular olduğunu düşünmemeli ve karşıdaki kişilerin fikirlerinin de doğru olabileceğini her zaman göz önünde bulundurmalıdır ve kişi, karşıdaki kişinin fikirleri yanlış olsa bile ona kendini ifade etme fırsatını yine de vermelidir. Karşı tarafın ifadeleri yanlış olsa bile belki bu yanlışlar kişinin kendi doğruları çakışır ve kişideki eksik yerler tamamlanır böylece ortaya bütün bir hakikat çıkar ki hakikatin kendisine çok zor ulaşılır. Ayrıca herkes tarafından doğru kabul edilen fikirlere bile karşı aksi görüşün savunulmasına izin verilmelidir. Çünkü bir doğru herkes tarafından kabul görse bile irdelenmeden, gerçek sebepleri hiç araştırılmadan kabul edilmiş olacaktır. Son olarak da Mill'e göre fikirlerin çatışmadığı, fikir karmaşasının yaşanmadığı durumlarda kabul edilen doğruların zamanla insanlar üzerindeki etkisi azalacaktır ve bu yüzden fikirler uzun tartışmalar sonular sonucu kabul edilmelidir¹³.

K. Kautsky ise ifade özgürlüğünün önemini medeni toplumlarda demokrasiye ve demokratik hayatta muhalefete duyulan ihtiyaç gibi görmüştür. Kautsky'a göre her ülkede bir iktidar ve ona muhalefet bir kesim vardır. İktidar, her ne kadar zararına gibi görünse de bu muhalefet kesime muhtaçtır. Çünkü muhalefeti olmayan ya da sürekli olarak muhalefeti yok edilen toplum kendi kendini yok etmeye mahkûmdur. Kautsky'a göre demokrasi iktidar ile muhalefetin birbirini yok etme amacı gütmeyen birlikte yaşabildiği bir sistemdir. Kautsky'ın bu yorumu ifade özgürlüğüne uyarlanmasıyla ortaya şu yorum çıkmaktadır. Her toplumda karşıt fikirlere sahip kişiler bulunmaktadır. Bu fikirlerden bazıları azınlık tarafından bazıları ise büyük bir çoğunluk tarafından benimsenecektir. Eğer büyük bir

¹² YAYLA, s. 162.

¹³ MILL, John Stuart, Hürriyet Üstüne, (Çeviren: M. Osman Dostel), Ankara, 2009, s. 122.

çoğunluğa sahip grup azınlık grubunu homojenlik uğruna ortadan kaldırmaya kalkarsa bunun sonu gelmeyecek ve insanlık yok olana kadar devam edecektir. İnsanların birbirinden farklı fikirlere sahip olduğu gerekçesiyle birbirini katletmesine göz yummak yerine tüm fikir renklerinin birbirinden faydalanarak bir arada bulunması en ideal olan ve toplum için en faydalı olan sistemdir¹⁴.

II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

A. İfade Türleri Bakımından Kapsamı

1. Genel Olarak Kapsamı

İfade özgürlüğü her türlü ifadeyi koruma altına almıştır ve bu özgürlüğe içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatları ile ifade özgürlüğünün siyasi, sanatsal, ticari, akademik, her türlü ifadeyi kapsamına aldığı ortaya konulmuştur. Bir ifadenin “değerli-değersiz”, “topluma yararlı-yararsız” veya “ticari yarar amacıyla yapılması-yapılmaması” biçiminde ayrıştırılması ifade özgürlüğü açısından önemli değildir¹⁵.

Anayasa Mahkemesi (AYM) de hem gerçek hem tüzel kişiler için geçerli olan ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik ve ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi koruma kapsamına almıştır. Ayrıca bir içeriğin yararlı ve yararsız veya değerli değersiz olarak sınıflandırıp ayırma gitmek subjektif unsurlar içerir ki bu da ifade özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılması demektir. O yüzden ifadeler başkaları için değersiz, yararsız olsa bile ifade özgürlüğü kapsamında koruma altındadır¹⁶.

AİHM'e göre ifade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için önemli koşullardan biri olan demokratik toplumun unsurlarından birini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü sadece kişi ya da toplumların hoş görüyle karşılayacağı ifadeleri değil bizzat onları rahatsız

¹⁴ YAYLA, s. 165.

¹⁵ ÖZİPEK, Bekir Berat, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Ankara, 2003, s. 379.

¹⁶ AYM, Ali Gürbüz ve Hasan Bayar Kararı B. NO: 2013/568, K.T. 24.06.2015, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 23.12.2018.

eden, çok eden hatta bazen onlara karşı saldırgan bir tavır izlenmişse bile bunları da korumak için vardır¹⁷.

İfade özgürlüğü genellikle eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınması için vardır. Ayrıca bir ifadenin ifade özgürlüğü kapsamında sert olması doğal karşılanmalıdır.

2. Siyasi İfadeler

İfade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedefler. Eleştiri özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken sert üsluplar ise en çok siyasi ifadelerde kendini gösterir. AİHM'in de ifade özgürlüğü kapsamında en fazla hacme sahip kararları bu ifade türleridir, yani en fazla başvuru bu ifade türünün ihlal edildiğine yöneliktir¹⁸. AİHM siyasi ifade özgürlüğüne ayrı bir önem atfetmektedir, çünkü siyasi ifade özgürlüğü ile bir siyasi tartışma ortamı sağlanır ki bu da demokratik toplum yapısının vazgeçilmezidir¹⁹.

AİHM'e göre hükümetler sadece yasama ve yargı organlarınca değil aynı zamanda halk ve kitlesel medya tarafından da denetlenmelidir²⁰. Hükümetler hem en ağır eleştirilere hoşgörü göstermek zorunda hem de getirdikleri bir takım sınırlamaların ifade özgürlüğü üzerinde olumsuz yönde caydırıcı bir etkisi olmamalıdır. AİHM 'ne göre kamusal organların denetimi bir vatandaşlık görevidir ve vatandaşların bu görevi yerine getirirken ağır ve sert bir üslup kullanmaları ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir durumdur. Çünkü devlet, kendisine yöneltmiş olan ağır ve sert eleştirilere etkili bir cevap verebilecek konumdadır²¹.

¹⁷ AİHM, Handyside/United Kingdom, B. No: 5493/72, K.T. 07.12.1976, Karar, URAN Peri, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı", TBB Dergisi, S. 120, 2015, s. 98'den alınmıştır.

¹⁸ KARAN Ulaş, İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi: 2, Ankara, 2018, s. 8.(I)

¹⁹ AİHM, Lingens/Avustralya Davası, B. No: 2014/12151, K.T. 04.06.2015, <http://www.ifadeozgurugu.adalet.gov.tr>, E.T. 23.12.2018.

²⁰ AİHM, Şener/Türkiye Davası, B. NO: 9815/82, K.T. 18.07. 2000, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 23.12.2018.

²¹ KARAN, Ulaş, "İfade Özgürlüğü Hakkı", ss. 355 – 379, içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ed. Sibel İnceoğlu, Ankara, 2013, s. 359 (II).

AYM'in ifade özgürlüğü kapsamında siyasi ifadelere bakış açısı da AİHM kararlarından farksız görünmektedir. Örneğin AYM'nin Bekir Coşkun kararı incelenecek olursa; başvuru, ulusal düzeyde yayın yapan Cumhuriyet Gazetesinin 4.7.2013 tarihli nüshasında, 31.8.2013 tarihinde İstanbul'da başlayıp yurt geneline yayılan merdiven boyama eylemlerini konu alan "Boyalı Merdivenler" başlıklı yazıyı kaleme almıştır. Yazı ise iktidardaki yönetimi rezillik ve kepezelik yönetimi olarak değerlendirmekle birlikte bu yönetime oy verenleri renk körü olarak değerlendiren bir yazıdır. Bu yazıya karşı AYM ise; ifade özgürlüğünün basın özgürlüğünü kapsadığı ve basın özgürlüğünün ise gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsadığı ve basının bir demokraside bilgi ve fikir iletme yükümlülüğü olan kamusal gözetleyici fonksiyonun olduğu gerekçesiyle yazıyı yayınlayan başvurunun bu yazıdan dolayı ceza almasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir²².

AYM ifade özgürlüğü kapsamında siyasi eleştiriler için kişinin sıfatına, unvanına dayalı bir hiyerarşi benimsemiştir²³. Mahkeme ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde, müdahalenin haklılığını değerlendirirken eleştiride bulunanın kimliğinde, eleştirilenin kimliğinde ve ifadenin içeriğinde bazı ayrımlara gidebilmektedir. Mahkeme, kişilerin hak ve şöhretlerinin korunması kapsamında ifade özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirmeler yaparak kararlar verdiği görülmektedir²⁴. AYM'e göre kamuya mal olmuş kişilerin özellikle siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve gazetecilerin gördükleri işlev nedeniyle bu kişilerle ilgili olarak

²² AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No: 2014/12151, K.T. 04.06.2015, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 23.12.2018.

²³ SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, ANKARA, 2001, s. 150.

²⁴ KARAN, s. 11 (I).

haber alma hakkı da dikkate alınarak bu kişilerin daha fazla eleştiriye tahammül etmeleri gerekmektedir²⁵.

AYM'nin eleştiri yapılabilmesi hiyerarşide ise kamu görevlileri kendi içinde; görevlinin üstlendiği kamu görevinin kapsamına, niteliğine ve bulunduğu makama verilen yetkilere bağlı olarak değişebileceği de kabul etmiştir. Bu konu kapsamında AYM'nin Mehmet Emin Aydın kararı, ağır sert bir üslup kullanarak eleştiri yapan kişinin bir gazeteci yani AYM'e göre en çok eleştiri yapma hakkını bünyesinde barındıran bir meslek grubu olmasına rağmen eleştirdiği kişi kamu güvenin sağlanması noktasında güvene en çok ihtiyaç duyulan meslek grubu olan emniyet mensubu olunca verilen karar ayrıca bir önem arz etmektedir. Somut olayda başvuru, Aydın ili, Çine ilçesinde faaliyet gösteren Çine Madran Gazetesi yayın yönetmeni olup aynı zamanda gazetenin köşe yazarlığını yapmaktadır. Çine Madran Gazetesinin 2.4.2012 tarihli sayısında başvurunun "Ucuz olmak" başlıklı köşe yazısı nedeniyle Çine Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatılarak başvurunun Çine ilçe emniyet müdür vekili H.Y'nin kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddiasıyla hakaret suçundan kamu davası açılmıştır. Söz konusu makale ise eleştirilerini ucuz olmak kavramı üzerinden kurgulayarak bu kavramla eleştirdiği kişileri değersizleştirme çalıştığı açıkça görülmektedir. Yazının başında anlatılan hikâye ile ucuz olmak kavramı arasında kurulan bağlantı dikkate alındığında ise, kadının metalaştırılarak para ile satın alınabileceği ve kadının değerinin parasal karşılığıyla belirlenebileceği yönündeki cinsiyetçi bir söylem üzerinden ucuzluk mefhumunun temellendirecek şekilde kaleme alındığı da açıktır. AYM ise yayınlanan makaleyi bir bütün olarak değerlendirmiş ve içeriğinin bazı kamu görevlilerinin yetkilerini kullanma biçimine yönelik eleştiri amacı taşıdığı gerekçesiyle kamu davasının açılmasının ifade özgürlüğünü ihlal olarak değerlendirilmeyeceğine karar vermiştir²⁶.

²⁵ AYM, Nilgün Halloran Kararı, B. No: 2012/1184, K.T. 16.07.2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 23.12.2018.

²⁶ AYM, Emin Aydın Kararı, B. No: 2013/2602, K.T. 23.01.2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 23.12.2018.

3. Sanatsal İfadeler

Sanatsal değeri olan eserler bizim duygu ve düşünce dünyamıza hitap ederek daha sağlıklı ve makul bir düşünce yapısına ulaşmamızda bize yardımcı olmaktadır. Ayrıca sanatsal eserler bizim gelecek nesiller için kültür mirasımızı oluşturmaktadır. Bu yüzden sanatsal değeri olan eserler gerçekten makul olan bir denetimden geçmelidir yoksa ne bize sağlıklı düşünce yapısı kazandıracak eserler ortaya çıkacaktır ne de geleceğe anlamlı bir kültür mirası bırakmak mümkün olacaktır.

Sanatsal ifadelerin çağrıştırdığı anlamlar kişiden kişiye değişmektedir. Ayrıca bu ifadeler genellikle tek bir şeyi çağrıştırmayı amacıyla da yazılmamaktadırlar. Tüm bu sebeplerle bu tür ifadelerin hangi amaçlarla ortaya çıkarıldığını ispat etmek ve sanatçıyı bu sebeple eserinden sorumlu tutmak çok zordur.

Sanatsal ifadeler şiddete teşvik içerdiğinde AİHM, ifadenin sanatsal bir değeri bulunduğu ve seslendiği grubun niteliğine göre açıkça bir kaos ortamı oluşmayacak ise ifade özgürlüğünü koruyucu kararlar vermiştir. Örneğin Karataş/Türkiye Davasında²⁷, bir şiir kitabı açıkça saldırgan bir üslupla ve şiddete çağrı olarak algılanabilecek nitelikte ifadeler içermesine rağmen eserini medya yoluyla değil de küçük bir gruba seslenecek nitelikte bir araçla ilettiği için halk üzerinde olumsuz etkisinin sınırlı olacağı gerekçesiyle şairin şiir kitaplarının müsadere edilip mahkûmiyetine karar verilmiş olmasını ifade özgürlüğüne müdahale olarak görmüştür.

AİHM'e göre sanatsal ifade müstehcenlik içerirse; değer yargıları toplumdan topluma değişeceği için müstehcenlik ile sanat eserinin değer karşılaştırması da toplumdan topluma değişecektir²⁸. Yani bu ayrımı yapmak zordur ve somut olaya göre genel ahlakın bozulmaması için alınması gereken önlemlerin boyutu değişebilir. Örneğin AİHM bir kararında hayvanlarla cinsel

²⁷ AİHM, Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, K.T. 08. 07. 1999, Kararı KILDAN, İsmail Turgut, Türk Anayasa Yargısında Düşünceyi İfade Etme Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Karşılaştırılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 116'dan alınmıştır.

²⁸ KARAN, s. 16 (I).

ilişkiyi gösteren resimlerin halka açık bir biçimde sergilenmesinin ardından ressamın ceza kovuşturmasına tabi tutulması ve resimlere el konulmasını değerlendirmiş ve mahkeme bu olayda başvuru önlemin İsviçre toplumunda genel ahlaki korumak için yerinde olduğuna karar vermiştir²⁹.

AYM' ye göre ise sanat eserlerinin demokratik toplumlarda gerekliliği ve önemi göz önüne alınırsa sanat içerikli ifadeler gereksiz müdahalede bulunulmamalıdır. Örneğin Fatih Taş kararında³⁰ Başvurucunun, 2002 yılında çıkan PKK terör örgütünün faaliyetlerini övücü ifadeler içeren iki şiir kitabından dolayı başvuru PKK Terör Örgütüne basın yolu ile yardım etmek suçundan cezalandırılması için İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Başsavcılığının 14.1.2002 tarihli iddianamesi ile kamu davası açılmıştır. AYM ise Demokratik bir sistemde, devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari yetkililerin olduğu kadar, basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerektiği, yazılı, işitsel veya görsel basının, kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştığı gerekçesiyle şiir kitabı yazarına bu doğrultuda bir kamu davası açılmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.

4. Akademik İfadeler

AIHM akademik ifadelerin uzunca bir emek ve bilgi birikimi sonucunda oluştuğunu kabul etmiş ve akademisyenlerin çalıştıkları kurumlarla ilgili görüşlerini ya da alanıyla ilgili bilgi birikimlerini özgürce yayabilmelerini genellikle korumuştur. Örneğin Sorguç / Türkiye davasında³¹ Başvuran, İstanbul Teknik Üniversitesi İnşaat Fakültesi'nde profesördür. 1997 yılında düzenlenen "1. Yapı İşletmesi Kongresi" esnasında sunduğu bildiride, alanında kaydedilen gelişmeleri analiz etmiştir. Dağıttığı bildiride doçentlik sınavıyla ilgili olarak eleştiriler getirmiştir. Eleştirdiği konu ise üniversiteye

²⁹ AIHM, Müller ve Diğerleri/İsviçre B. No: 23168/94, K.T. 08.07.1999, karar, KARAN s. 16 (I)'dan alınmıştır.

³⁰ AYM. Fatih Taş Kararı, B. No: 2013/1461, K.T. 12.11.2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 24.12.2018

³¹ AIHM, Sorguç/Türkiye, B.No: 17089/03, K.T. 23.06.2009, hudoc.echr.coe.int/.../pdf?...CASE%20OF%20SORGUÇ%20v.%20TURKEY%20, E.T. 24.12.2018.

doçent olarak alınan bir hocanın jürisinin özel olarak o hoca için kurulduğu ve o hocanın hak etmeden o göreve geldiği yönündedir ama başvuruca ilgili hocanın ismini zikretmeden bu eleştiride bulunmuştur. Yargıtay ise yukarıdaki cümlelerin, başka bir jüri olsaydı davacının sınavı geçemeyeceği anlamına geldiğine karar verip bu eleştiriyi kişiliğe saldırı olarak kabul etmiştir. Ama AİHM dava konusu ifadelerin, başvuranın bilimsel bir konferansta dağıttığı bildiriyle dile getirildiğini ve akademik personelin çalıştığı üniversite ve sistem hakkındaki düşüncelerini özgürce ifade etme ve sınırlama olmaksızın bilgilerini ve gerçekleri yayma özgürlüğünün ifade özgürlüğü bünyesinde bulunduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM ayrıca akademisyenlerin yoğun bir çalışma ürünü olarak elde ettiği birikimlerin yayınlamasına yönelik sınırlamanın çok sınırlı olması gerektiğini kabul etmektedir. Örneğin Okcuoğlu / Türkiye Davasında³² akademik nitelikli bir kitapta “...Kürt meselesi, Milli Mücadelenin [Türk Ulusal Kurtuluş Savaşı (1922-1991)] ve Türk sosyal oluşumunun evrimine ilişkin analizde önemli bir rol oynamaktadır. Kürt sorunu ve Kürdistan’ın sömürgeleştirilmesi gerçekten de çok önemlidir ve bu nedenle bir başka kitabın konusunu teşkil etmektedir. Ayrıca, sorun sadece Türkiye ile de ilişkili değildir. Bölgede bulunan dört devletin (Türkiye, İran, Irak, Suriye) yerel politikalarının oluşumu (siyasi rejimlerin türü) ile birlikte bu dört komşu Devlet arasındaki ilişkilerin özgün niteliği bunu, karmaşık bir husus haline getirmektedir...” gibi ifadeleri AİHM açıkça Türkiye’nin toprak bütünlüğüne aykırı olmadığı gerekçesiyle ve çalışmanın yoğun bir bilgi birikimi sonucu ortaya çıktığını göz önünde tutarak ulusal mahkemelerimizin verdiği kararı ifade özgürlüğünü ihlal olarak değerlendirmiştir.

5. Ticari İfadeler

Ticari ya da reklam niteliğindeki ifadeler de ifade özgürlüğü kapsamında koruma altındadır, ama ticari ifadeler siyasi ve sanatsal ifadeler gibi geniş bir korumaya da sahip değildir. Bu durum bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Örneğin John Gray’a göre ticari ifade özgürlüğü için

³² AİHM, Başkaya ve Okcuoğlu/Türkiye Kararı, B.No: 23536/94, 24408/94, K.T. 08.07.1999, <http://www.tohav.org/okcuoglu-turkiye-davasi>, E.T. 25.12.2018

önerilen tahditler bir “otoriter sansür” niteliğindedir. Gray’a göre reklamlar aslında tüketicinin tercihte bulunmasını sağlayan araçlardır ona getirilen sınırlama tüketicinin tercih hakkına getirilmiş sayılır ve piyasanın verimli şekilde işlemlerini engellenmiş olur³³. AYM’ ye göre insanların kamu sağlığını etkileyen konularda tanıtım yapılması, bu konuda piyasa oluşturacağı ve sağlıkla ilgili tercihlerde yanlış yönlendirmelere sebep olacağı için engellenebilir ve bu ifade özgürlüğünü ihlal sayılmaz³⁴.

6. Dini ve Ahlaki Konulara İlişkin İfadeler

İfade özgürlüğü kapsamında gündeme gelen bir diğer ifade türü dini ahlaki ifadelerdir. Dini ve ahlaki ifadeler doğrudan AİHS’de geçmez, ama dolaylı olarak “ahlakın korunması” kategorisinde değerlendirilir. AİHM bu konuda taraf devletlerin müdahalelerine geniş takdir hakkı tanınmaktadır. Çünkü genel ahlak toplumdan topluma değişebilmektedir ve bu yüzden bir ülkenin dini ve ahlaki konularda ulusal bir hakim vereceği bir karar uluslararası bir hakim vereceği karardan daha makul ve yerinde olabilmektedir³⁵. Örneğin Handyside/Birleşik Krallık Davası’nda, iki Danimarkalı yazar tarafından yazılan ve esas olarak eğitim ve öğretim konularıyla ilgili olmakla birlikte cinsel içerikli bazı bilgileri de içeren “Küçük Kırmızı Ders Kitabı” yayınlanmıştır. Kitap ahlaka aykırı ve müstehcen içeriğe sahip olduğu iddiasıyla toplatılarak polis tarafından imhasına karar verilmiş ve yayıncısı Richard Handyside da para cezasına çarptırılmıştır. Yayıncının AİHM’e başvurması üzerine Mahkeme, müdahalenin genel ahlakın korunması için demokratik bir toplumda gerekli olduğuna hükmetmiş ve Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme’ye göre, devlet yetkilileri ahlaki gereklerin içeriklerini ve bu konuda öngördükleri yasak ve cezaların gerekliliği hakkında bir görüş bildirirken, genellikle uluslararası bir yargıçtan daha iyi durumdadırlar şeklinde de görüş bildirmiştir.

³³ GRAY, John, Reklam Yasakları ve İfade Özgürlüğü, (Çeviren: Ataç ÜNLÜ). Ankara, 1997, s. 4 - 8.

³⁴ KARAN, s. 21 (I).

³⁵ AİHM, Handyside/United Kingdom, B. No: 5493/72, K.T. 07.12.1976, URAN, Peri, s. 98’den alınmıştır.

Hem AİHM hem AYM ahlaki konulardaki problemlili ifadeleri “müstehcenlik” kavramıyla karşılamaya çalışmışlardır, ama bunun çok muğlâk bir ifade olduğunu ve kişiye göre değişebileceğini ifade etmişlerdir. Bu konuda AYM’den bir karar örneği verilecek olursa; Başvurucu bir yayınevinin müdürü ve ortağıdır. Anılan yayınevi, roman ve deneme yazarı William S. Burroughs'un “Yumuşak Makine” isimli romanının Türkçe çevirisini basmıştır. Cumhuriyet Başsavcılığı, müstehcen yayınların yayımlanmasına aracılık etmek suçundan başvurucu ve kitabın tercüme yayınevi hakkında kamu davası açmıştır. İddianamede “Beat Kuşağı” olarak anılan edebî akım ele alınmıştır. Bu edebî akım ise geleneksel ya da “eski kafalı” dedikleri topluma duydukları yabancılığı sergilerken uyuşturucu, caz müziği, cinsellik ya da Zen Budacılık yoluyla yoğun bir duyumsal uyanışa vararak kişisel kurtuluşu, arınmayı ve aydınlanmayı savunan bir akımdır. İddianamede de yazar William S. Burroughs'un bu kuşağın önde gelen üyelerinden biri olduğu eserini de bu doğrultuda yazmış olabileceğini ve bu tarz bir akıma ait olan eserin ahlaki değerleri yok ettiği iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise bu iddia kapsamında özetle aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır. Sanatın serbestçe açıklanması ve yayımlanması özgürlüğün Anayasa'nın 27. maddesinde özel olarak korunduğu ve edebî eserleri yaratan, basan ve yayımlayan kişilerin fikirlerin yayılmasına önemli bir katkıda bulunduğu için devletin sanat eserini yaratan kişilerin ifade özgürlüklerine gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranması gerektiği yönünde hüküm kurarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁶

7. Nefret Söylemi

Nefret söylemi kavramının tanımını yapmak zordur ve kavramın kapsamını belirlemede bir belirsizlik mevcuttur. Bu söylem çeşidinin tek tanımı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen bir Tavsiye Kararı'nda nefret söylemi;

³⁶ AYM, İrfan Sancı Kararı, B. No:2014/20168, K.T. 26.10.2017, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireysel/basvuru/detay/149.html>, E.T. 25.12.2018.

“yabancı düşmanlığı, ırkçı nefret, Yahudi düşmanlığı ve hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden ya da haklı gösteren her tür ifade biçimi³⁷” olarak ifade edilmiştir.

Yukarıdaki tanımdan yola çıkarak nefret söyleminin “rahatsız eden, şok eden, sıra dışı” ifadeler olmadığı aksine bu tarz ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamına girdiği çıkartılabilir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesi gereğince nefret söyleminin kendisi madde metninde sayılan fiillere sebep olmadığı sürece cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir. Oysaki Tavsiye Kararında geçen tanıma göre herhangi bir olay ortaya çıkmasa bile hoşgörüsüzlük temelli her türlü ifade nefret söylemini oluşturur ve bu ifadenin sınırlandırılması ifade özgürlüğünün ihlal sayılmaz.

Nefret söylemi ile bazen başka haklar çatışabilir. Örneğin Sinem Hun kararı bu çatışmalara örnek gösterilebilir. Sinem HUN medyada “Hitlerler şampuan reklamı” olarak tanınan biomen isimli şampuanın reklam filminde kadın kimliğine karşı hakaret ve Yahudi azınlığa karşı nefret söylemlerinde bulunduğu iddiası ile şampuan şirketi yetkilileri hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. İlk derece mahkemelerinde lehine bir karar alamayan HUN daha sonra AYM’ye başvurmuştur. AYM ise, basın yoluyla işlenen her türlü hakaret suçlarına ilişkin olarak adli soruşturmalar açılmasının ve cezaya hükmedilmesinin tüm basın üzerinde baskı kurabileceğini ve kamuoyunu ilgilendiren konuların tartışılmasından gazetecileri caydırabileceği, böylece bir devletin oto sansür kurumuna dönüşebileceğini göz önünde bulundurmuş ve bu olayda basın özgürlüğüne üstünlük tanımıştır.

B. İfade Özgürlüğünün Kullanılan Araçlar Bakımından Kapsamı

AİHS’in ifade özgürlüğü ile ilgili 10. maddesi sadece ifadenin içeriğini değil aynı zamanda o içerik hangi araçla sunulmuşsa onu da koruma altına almayı da amaçlar. İfade özgürlüğü ifadenin resim, kitap, broşür, film gibi herhangi bir araçla iletilmesini hatta sessiz kalma hakkı şeklinde negatif yönünü de içermektedir. Bu konu AİHM’in Otto – Preminger – Institut /Avusturya Davasına değinmek yerinde olacaktır. Davaya konu olan bir filmdir. Bu film Hz. İsa hakkında olumsuz bir takım düşüncelere sebep

³⁷ KARAN, s. 28 (I).

olabilecek içerikler barındırmaktadır. Avusturya hükümeti ise halkın birçokunun Katolik olmasından dolayı bu filmde herhangi bir inifal ortamının olmaması için filmi gösterimden kaldırmıştır. AİHM ise filme el koyan Avusturya makamlarının amacının bölge dini barışı sağlamak amacıyla hareket ettiğini ve bazı dine mensup kimselerin dini duygularının incinmemesi için bu şekilde bir karar almış olabileceklerini belirtmiştir. Ayrıca AİHM birçok karında yinelemiş olduğu “devlet yetkililerinin ahlaki gereklerin içeriklerini ve bu konuda öngördükleri yasak ve cezaların gerekliliği hakkında bir görüş bildirirken, genellikle uluslararası bir yargıçtan daha iyi olduğu” görüşünü tekrar yineleyerek filmin gösterimden kaldırılmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmemiştir³⁸.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın da AİHS ile benzer anlayışa sahip olduğu söylenebilir. İfade özgürlüğünün yalnızca ifadenin içeriğini değil aynı zamanda o içerik hangi araçla sunulmuşsa onu da koruma altına aldığı ve bunları sınırlamadığı Anayasa'nın 26. maddesinden anlaşılmaktadır. İlgili maddeye göre;

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir...”

Anayasa “başka yolla” ifadesiyle vasıtaları daha da genişletmek istemiştir. Örneğin radyo televizyon yayıncılığı, gösteride bulunma veya basın açıklaması yapma hatta açık grevi yapmayı³⁹ bile ifade özgürlüğü kapsamında koruma altına almaktadır.

Bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma günümüzdeki teknoloji aracılığıyla daha da yaygınlaşmıştır. Bu konudaki en büyük tartışma ise internetteki ifadelerin koruma kapsamına girip girmediğidir. İnternetin iletişimde bir vasita olarak görülmesi konusunda AİHM ve AYM her ikisi de aynı görüşü paylaşmaktadır. Mahkemeler interneti de günümüzde iletişimde bir vasita olarak görmekte ve internet yayınlarının kesilmesi ya da internet

³⁸ AİHM, Otto – Preminger – Institut – Avusturya Kararı, B. No: 13470/87, K.T. 20.09.1994, karar Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003, s. 377'den alınmıştır.

³⁹ KARAN, s. 46 (I).

bağlantılı bazı uygulamalara erişimin yasaklanmasını ifade hürriyeti kapsamında koruma altına almaktadırlar. Bu konuda bir AYM kararına yer verecek olursak; Yaman ve Diğerleri'nin başvurusunda ulusal güvenliğin korunması nedeniyle bir internet programı olan ve uluslararası iletişimde etkin rol alan twitterin hükümet yetkililerince engellenmiştir. AYM ise bu durumu internetin modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğünü ihlali olarak değerlendirmiştir⁴⁰.

İnternet ortamında paylaşımların denetlenmesi konusu her ne kadar toplumun bir kesimi için özgürlüğü sınırlayıcı bir durum gibi gözükse de bu tür ortamlarda uluslararası bir anlaşma ile denetim gereklidir. Çünkü her ne kadar her ülkenin kendine has bir genel ahlak kültürü olsa da çocuklar için internet ortamındaki çocuk pornografisi gibi paylaşımlar tüm dünya çocukları için sakıncalı olabilmektedir. Ayrıca dolandırıcılıkla mücadele de internet kullanımının makul düzeyde denetimini gerektiren sebeplerin başında yer alıyor⁴¹.

C. İfade Özgürlüğü Kapsamında Gündeme Gelen Haklar

1. Genel Olarak

İfade özgürlüğü hem demokratik bir yönetimin temel yapı taşı hem de AİHS ile güvence altına alınmış diğer önemli hak ve özgürlüklerin yaşanabilir olması için ön koşuldur⁴². AİHS'e göre ifade özgürlüğü, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları yayma özgürlüğünü de kapsamaktadır. İfade özgürlüğünün

⁴⁰ AYM, Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı, B. No: 2014/3986, K.T. 02.04.2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> E.T. 25.12.2018.

⁴¹ WEAVER, Russell L. "İnternet, İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku: Şimdi İnternette Bir Uluslararası Anlaşma Zamanı mı?", (Çeviren: Zeynep Biçimseven), İçinde Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13 İnternet Hukuku, Editör: Kayıhan İçel ve Yener Ünver Ankara, 2013, s. 146 - 152.

⁴² BOZKURT, Enver ve DOST, Süleyman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2002, s. 56.

çeşitli hakları bünyesinde barındırmasının bir sonucu da sözleşmenin temel ilkelerinin yorumunu açıklayan birçok davanın da konusunu oluşturmasıdır⁴³.

Anayasa Mahkemesi'ne göre ise ifade özgürlüğü kapsamındaki haklar AİHM kararları ile benzerlik göstermek üzere bir kararında şu şekilde açıklanmıştır;

"...ifade özgürlüğü, sadece 'düşünce ve kanaate sahip olma' özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan 'düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma', buna bağlı olarak 'haber veya görüş alma ve verme' özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir⁴⁴".

2. Görüş Sahibi Olma Hakkı

İfade özgürlüğü muhtevasında görüş sahibi olma hakkını da barındırır. Örneğin bir kamu görevlisinin bir siyasi partiye üye olması nedeniyle görevine son verilmesi görüş sahibi olma hakkı kapsamında AİHM tarafından ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak kabul edilmiştir⁴⁵. AİHM'in bu yaklaşımı dolaylı olarak bir görüşe sahip olma hakkının 10. maddenin koruma alanında olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasamız ise görüş sahibi olma hakkını dolaylı yoldan korumak yerine doğrudan bir kanun maddesi ile koruma altına almıştır. Anayasa'nın 25. maddesi'ne göre;

"Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini

⁴³ GOMIEN, Donna, Short Guide to the European Convention to Human Rights, Council of Europe Press, Strasbourg, 1991, s. 72, Bozkurt ve Enver, s. 56'dan naklen alınmıştır.

⁴⁴ AYM, Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı, B. No: 2014/3986, K.T. 02.04.2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 25.12.2018.

⁴⁵ AİHM, Vogt/Germany, B. . No: 17851/91, K.T. 26.09.1995.

açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”

Bu şekilde bir düzenleme ile bir düşünceye sahip olma ile düşünceyi ifade etmek arasında bir ayrıma gidilmiş olmaktadır. Anayasa'nın 25. maddesinin AİHS'in 10. maddesindeki “görüş sahibi olma hakkı” ile korumaya çalıştığı hak yönünden paralellik gösterdiği söylenebilir. Görüş sahibi olma hakkının ise kendi içinde kişinin inanmadığı bir şeyi dile getirmeme hakkı, kişinin inandığı bir şeyi dile getirme hakkı ve kişinin bildiği bir şeyi dile getirmeme hakkı şeklinde üç ayrı hakkı barındırdığı söylenebilir⁴⁶.

3. Bilgi ve Düşüncelere Erişim Hakkı

Bilgi ve düşüncelere erişim hakkı da ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. AYM halkın hali hazırdaki bilgiye ulaşabileceği sırada bu bilgiye erişim engellenmesini ifade özgürlüğünün ihlali saymıştır. Ayrıca AYM bilginin sunulmasındaki araçları da ayırmamış her türlü iletişim aracının sunmuş olduğu bilgiye erişimin engellenmesi halinde ifade özgürlüğünün devreye gireceğini belirtmiştir diğer türlü oto sansürün⁴⁷ meydana geleceğini ve burada basın hürriyetinin zedeleneyeceğini belirtmiştir⁴⁸.

4. Bilgi ve Düşünceleri Yayma Hakkı

Bilgi ve düşünceleri yayma hakkı hem AİHS'in ilgili maddesi gereğince AİHM tarafından hem Anayasamızın ilgili maddesi gereğince AYM tarafından korunmaktadır. Bir konu hakkında bilgi ve düşünceye sahip olma daha önce yukarıda da ifade edildiği gibi hukukun sınırlama alanına girmemektedir. Ama ne zaman ki bu bilgi ve düşünceler kişinin kendi fikir dünyasından çıkıp toplumla buluştu o zaman hukukun kamu düzeni ve daha birçok kamu menfaati için getirdiği bir takım sınırlamalara uymak zorunda kalacaktır. AİHM bilgi ve düşünceleri yayma hakkını sözleşmenin 10. maddesine aşağıdaki ifadeyi ekleyerek koruma altına almıştır:

⁴⁶ KÜÇÜK Adnan, İfade Hürriyetinin Unsurları, Ankara, 2003, s. 57.

⁴⁷ Oto sansür: Açık bir baskı olmadan, başkalarının hassasiyetlerine saygı göstererek, herhangi bir makamın ve yetkili kurumun engellemesi olmadığı halde, kişinin kendi çalışmalarını sansürleme veya sınıflandırması eylemidir.

⁴⁸ AYM, Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı, B. No: 2014/3986, K.T. 02.04.2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 25.12.2018.

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar.”

Anayasa bilgi ve düşünceleri yayma hakkını 26. madde ile koruma altına almıştır:

“ Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.”

Madde metinleri okunduğunda ikisi arasındaki en önemli fark sözleşmede “ülke sınırları gözetilmeksizin” ifadesinin geçmesine rağmen Anayasada bununla ilgili bir ibare olmaması bilgi ve düşüncelerin yayma hakkının Anayasa kapsamında sadece ülke sınırlarıyla mı sınırlı olduğu sorunu gündeme getirilebilir. Ama Yaygın AYM içtihatlarına bakıldığında ise Anayasa’nın ilgili maddesinin amaçsal yorum yöntemiyle yorumlandığı ve bilgi ve düşünceleri yayma hakkının AYM tarafından uluslararası düzeyde korunduğu açıktır⁴⁹.

5. Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi edinme hakkının kişinin kendi hakkında devlet tarafından tutulan verilere erişim hakkı, kişinin kendisi hakkında olmayan ve devlet tarafından tutulan verilere erişim hakkı ve kişinin kendisi ile ilgili olmayan, devlet tarafından tutulan ancak kamu yararı taşıyan konularda bilgilendirilme hakkı gibi görünümleri bulunmaktadır⁵⁰. AİHS’in 10. maddesinde bilgi edinme hakkı yer almamıştır ve AİHM içtihatlarında da henüz bu yönde bir yaklaşım benimsenmemiştir⁵¹. AİHM bu konudaki başvuruları Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.

⁴⁹ KARAN, s. 66 – 67 (I).

⁵⁰ KARAN, s.70 (I).

⁵¹ KARAN, s. 369 (II).

Anayasada ise 2010 yılında yapılan bir değişiklikle, 26. maddede düzenlenmemiş olsa bile başka bir maddede ayrıca düzenlenmiştir. 2010 değişikliğiyle düzenlenen bu hak ifade özgürlüğü gibi kişi hak ve ödevleri ile ilgili bölümde değil siyasi hak ve ödevlerle ilgili bölümde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 74 maddesine göre; *Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir... bu maddede sayılan hakları kullanma biçimi... kanunla düzenlenir.*" madde metninin tamamından anlaşıldığı üzere herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir ama kullanılmasının da yasayla olacağı belirtilmiştir.

6. Özel Hayata Saygı Hakkı

Özel hayata saygı hakkı AİHS'in 8. maddesi gereğince;

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir".

"2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir". şeklinde korunmaktadır.

Genellikle özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğü çatışma halindedir. Buradaki sorun ise özel hayatın sınırlarının ne olduğudur, ama bu sorun da mahkeme içtihatlarıyla çözülmektedir. Örneğin AİHM'e göre;

"...Kişinin kimliğine ilişkin bilgiler ve kayıtlar, cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar, kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler, kişiye ait özel yerlerin ve evrakin aranması ve zaptı, telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı posta gönderilerinin okunması, kişinin adı ve fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, hayat tarzı, kamuya yanlış tanıtılması gibi hususlar özel hayat kapsamında yer almaktadır⁵²".

Mahkeme her ne kadar içtihatlarla genel bir sınır çizmek istese de somut olaya göre farklı şartlar oluştuğunda farklı sınırlar çizilebilmektedir. Örneğin siyasetçi ve kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatları diğer normal

⁵² URAN, s. 103.

insanlara göre daha çok irdelenir ve bu kişiler bu duruma daha hoşgörülle karşılamaları gerekir. Ama bir kişinin tanınmış bir kişi olması onun özel hayatının tüm yönlerinin onun rızası olmadan ortaya konulabileceği anlamına gelmez. Örneğin özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvuran Monoca prensesi konutundan çıktığı andan itibaren; gündelik hayatının tüm hareketlerini takip eden paparazziler tarafından; karşıdan karşıya geçerken, çocuklarını okuldan alırken, alışveriş yaparken, gezinti yaparken, sportif faaliyetleri esnasında ya da tatile çıkarken; sürekli olarak taciz edildiğini iddia etmiş. Prensese göre, kendisi gibi "kamuoyu tarafından tanınan" bir kişinin özel hayatına bu denli müdahalenin basın özgürlüğünün koruma kapsamına girmediğini belirtmiştir ve ona göre tanınmış bir kişi de olsa özel hayatı için asgari bir koruma gerekmektedir. AİHM ise önüne gelen davada, başvuruçunun kamuoyu tarafından çok tanınan bir kişi olması onun özel hayatında genel olarak nasıl davrandığının ya da nerelerde görüldüğünün bu denli araştırılmasının ifade özgürlüğü kapsamında olamayağı ayrıca kamu yararının aranması gerektiğini belirterek, bu fotoğrafların yayınlanmasını özel hayatın ihlali yönünde değerlendirmiştir⁵³. Yani genel kanılar tamamen somut olaya göre değişebilmekte ve genel çerçeve çizmek zorlaşmaktadır.

7. Basın Özgürlüğü

İfade özgürlüğünün kullanımının en yaygın yolu olan basın, ifade özgürlüğü açısından önemli bir yere sahiptir. Basının en önemli görevi kamuoyunu ilgilendiren konularda bilgi vermek, denetim ve eleştiri yapmak ve kamuoyunu oluşturmaktır. Ayrıca basın halkın toplumsal sorunlar hakkında bilgi sahibi olmasını ve bu konular hakkında tartışıp fikir sahibi olmasını sağlar⁵⁴.

Basın özgürlüğü ile ifade özgürlüğü genelde yan yana yürüyen özgürlüklerdir. Bu özgürlüklerden biri ihlal edildiğinde büyük olasılıkla diğeri de ihlal edilmiş olmakla birlikte ikisi bir diğerrinin unsuru niteliğinde de

⁵³ AİHM, Von Hannover, B. No: 59320/00, K.T. 03.06.2004, https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/Caroline_Almanya_01.pdf, E.T. 25.12.2018.

⁵⁴ İÇEL, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul, 1998, s. 97.

değildir. Basın özgürlüğü, AİHS'te ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin altında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28. ila 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir.

AİHM'e göre basın hürriyeti özgür bir tartışma ortamı sağlar ve tekelleşmeyi önler. O yüzden AİHM'in kararlarına AİHM'in basının sınırlandırılması yolunu pek tercih etmediği görülmektedir⁵⁵. Örneğin Sunday Times/ Birleşik Krallık davasında bir ilaç firmasına karşı ilaçlarını kullanan hamile bayanların çocukları sakat doğduğu için dava açılmış ve bu dava sürerken henüz sonuçlanmadan Sunday Times Gazetesi bunu manşetlerine taşımış. İlaç firması da kendilerinin davaları sonuçlanmadan bu tür bir haber yapılmasının firmasının haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmıştır. AİHM ise bu haber kamu sağlığını ilgilendiren bir durum olduğu için dava sonuçlanmadan haberin yapılmasını firmaya bir saldırı olarak değerlendirmemiş ve bu durumu ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş⁵⁶.

AYM'de kararlarında basın özgürlüğüne ayrı bir önem verilmektedir. Mahkeme'ye göre özgür bir siyasal sistemde devletin eylem ve işlemlerinin basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerektiği ve bu tür bir denetimin diğer denetim yolları kadar etkili ve önemli olduğunu kararlarında belirtmiştir⁵⁷. AYM' ye göre görsel ve yazılı medya aracılığıyla fikir, düşüncelerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir⁵⁸.

⁵⁵ AİHM, Jersild/Danimarka Kararı, B. No: 15890/89, K.T. 23.09.1994, <https://www.rtuk.gov.tr/.../EmsalAIHMKararlari/Jersild-Danimarka%2023.09.1994%2, E.T. 25.12.2018>.

⁵⁶ AİHM, Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı, B. No: 6538/74, K.T. 26.04.1979, <https://www.rtuk.gov.tr/.../Kararlar/EmsalAIHMKararlari/Sunday%20Times-Birleşik, E.T. 25.12.2018>.

⁵⁷ AYM, Emin Aydın Kararı, B. No: 2013/2602, K.T. 23.01.2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr, E.T. 23.12.2018>.

⁵⁸ AYM, Yaman Akdeniz ve Diğerleri Kararı, B. No: 2014/3986, K.T. 02.04.2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr, E.T. 25.12.2018>.

8. Eleştiri Hakkı

İfade özgürlüğü esasında eleştiri hakkını korumak için vardır. İfade özgürlüğünün amacı zaten herkesin duymaktan hoşlanacağı söylemleri korumak ya da kimsenin rahatsız olmayacağı ifadeleri korumak değildir. İfade özgürlüğünün amacı özellikle birilerini rahatsız eden, şok eden ifadeleri korumaktır.

Buradaki tartışmalı husus ise hakaret ile kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının ne olması gerektiğidir. Bu konuda kesin bir çizgi bulunmamakla beraber AİHM hakaret ile kabul edilebilir eleştiri sınırı çatıştığında yukarıda saydığımız ifade hürriyetinin amacı gereği eleştiri hakkından yana tutum sergilemektedir. Örneğin Tuşalp / Türkiye Davası'nda Tuşalp 24 Aralık 2005'de günlük *Birgün* gazetesinde "İstikrar" başlıklı makaleyi yayınlamıştır. Makalede İstikrar kelimesinin sözlükteki anlamını yitirdiği ve mide bulandıran bir sözcük olduğu bunun sebebini ise Başbakan, bakan, devlet ve siyaset adamlarının izledikleri siyaset olduğu vurgulanmış. Başbakan ve adamlarının izlediği siyasetle istikrar ve mutabakat kelimeleri kullanılarak soygun ve vurgun yapıldığı ve din eksenli bir rejime doğru gidildiği üzerinde durulmuştur. Yerel mahkeme başvurucağı yüksek bir tazminata hükmetmesine rağmen AİHM, makalelerde bulunan çeşitli katı ifadelerin ve özellikle de yerel mahkemeler tarafından altı çizilenlerin, başbakanına karşı haksız bir kişisel saldırı olmadığı kanaatindedir. Buna ek olarak, Mahkeme, dava dosyasında, başvuru sahibinin makalelerinin, başbakanın siyasi kariyeri veya profesyonel veya özel hayatı üzerinde bir etkisi olduğu yolunda hiçbir bulguya rastlanmadığı gerekçesiyle makalenin kabul edilebilir eleştiri sınırlarında olduğuna karar vermiştir⁵⁹. Ayrıca AİHM çeşitli kararlarında siyasetçi kişiliğe sahip olanların normal insanlara göre daha fazla eleştirilebileceğini ve daha fazla eleştiri hakkına sahip olduğunu yinelemiştir.

Eleştiri hakkı bağlamında eleştiri sınırını genişletecek bir de hiddetlenme hakkı gündeme gelebilir. Hiddetlenme hakkı ile ilgili Janowski/Polonya davasındaki karşı görüş ilginçtir. Sokak satıcıları,

⁵⁹ AİHM, Tuşalp/Türkiye Kararı, B. No: 41617/08, K.T. 21.12.2012, - %20%20%5BTurkish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf, E.T. 25.12.2018.

tezgâhlarını taşımalarını söyleyen zabıtalarla sözlü tartışmaya girmişler ve zabıtalara “aptal, hödük” kelimelerini kullanmışlar ve ceza kovuşturmasına tabi tutulmuşlardır. Olay AIHM’e taşındığında da mahkeme de sözlerin hakaret içerikli olduğuna karar vermiş ama yargıç Bratza Büyük Daire’nin yaklaşımını karşı görüş yazısı ile eleştirmiştir. Çünkü Bratza’ya göre ifade özgürlüğü bir miktar abartıyı değil aynı zamanda hiddetlenme hakkını da korumaktadır⁶⁰.

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

A. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Yöntemi

İfade özgürlüğü demokratik toplumdaki önemine rağmen mutlak bir hak değildir. Bazı sınırlamalara tabii tutulabilmektedir, yani resmi makamların müdahalesi mümkün olabilmektedir. Bu müdahalelerin meşru sayılabilmesi için müdahalelerin sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan ölçütlere uygun olması; yöntem (kanunla düzenlenme), amaç (güdülen amacın yerindeliliği) ve ölçü (demokratik toplumda gereklilik) bakımından da ilgili fıkrayla uyumlu olması gerekmektedir⁶¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi 2. fıkrasında belirtilen kısıtlamaların en önemli şartı, sınırlamanın yasayla öngörülmüş olmasıdır. Bu da yukarıda belirttiğimiz üzere Sözleşme 8, 9, 10, 11. Maddelerin koruduğu hakların sınırlama yöntemi olarak görülmüştür. Bu yöntemle göre; hakların sınırlandırılması hangi durumlarda ve şartlarda gerçekleşeceği önceden açıkça yasal düzenlemelerle belli olması gerekmektedir. Burada yasal düzenlemenin kanun, tüzük, yönetmelik ya da yazılı olmayan hukuk kuralları mı olduğu ilgili ülkenin iç sorunudur. Sözleşmeye göre bu kısıtlamalar yasal düzenlemelerden herhangi biriyle yapılabilir. Yasal bir düzenleme ile düzenlenmiş olmasının önemi sınırlamaların gerekçelerinin hangi düzenleme ile yapılacağı değildir. Önemli olan bu gerekçelerin önceden öngörülebilir ve ulaşılabilir olmasıdır. Sınırlamaların ulaşılabilir

⁶⁰ O’BOYLE, Michael, “Yargıç Nicolas Bratza’nın Müstakil ve Diğer Görüşleri”, İçinde İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2012, s. 28.

⁶¹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz ve GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 1994, s. 283.

olması vatandaşların hakkın sınırlarını yeterince bilmeleri ile ilgili iken öngörülebilir olması vatandaşların davranışlarını ona göre ayarlamalarına imkânı ile ilgilidir⁶².

Anayasa'nın 13. maddesine göre, *"temel hak ve hürriyetler... kanunla sınırlandırılabilir"*. Temel hak ve hürriyetler bizim hukukumuzda göre kanunla düzenlenmek zorundadır, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik ya da diğer idari işlemlerle sınırlandırılmamaktadır⁶³.

AİHS' e göre sınırlandırmaların amacı meşru olmalıdır. Yani ifade özgürlüğü Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında geçen sebeplerden biri ile sınırlandırılabilir. Sözleşmeye göre bu haller ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru amaçlar olarak görülmüştür. Ayrıca ifade özgürlüğü, Sözleşme tarafından insan hakları açısından temel hak olarak görülmesine rağmen Sözleşmede meşru sınırlandırma sebepleri bu kadar uzun olan bir ikinci bir hak yoktur.

Anayasada 13. maddede *"temel hak ve hürriyetler yalnızca Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere... bağlı olarak... sınırlandırılabilir"* ifadesi ile sınırlandırmaların meşru amaçlara dayanması gerektiğine değinilmiştir. Maddenin 2001 değişikliğinden önceki haline göre kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak gibi genel sebeplerle sınırlandırma yapılabilirken 2001 değişikliğinden sonra 13. maddedeki genel sebepler ibaresi çıkarılmış ve temel hak ve hürriyetlerin özel sebepler dışında içi doldurulmamış, somutlaştırılmamış genel sebeplerle sınırlandırılmasının önüne geçilmiştir⁶⁴.

AİHS'e göre 10. maddenin sınırlandırılmasının genel ölçüsü ise sınırlandırmanın demokratik toplum gereklerine aykırı olmamasıdır. Ölçüt olarak demokratik toplumun gereklerini kabul etmek, sınırlandırmanın kabul edilebilirliği konusunda önemli bir kriterdir. Demokratik toplum kriteri Sözleşmenin en orijinal kriteri olarak kabul edilmektedir. Bu kriter, Sözleşmenin önsözünde yer almaktadır. Bu kriterin önsözde yer alması ise bu

⁶² ÖZBEY, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", TBB Dergisi, S. 106, Ankara, 2013, s. 50.

⁶³ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2019, s. 124(II).

⁶⁴ GÖZLER, s. 125(II).

kriterin sözleşmenin genel yapısını oluşturan unsurlar arasında yer aldığı gösterir⁶⁵.

AIHM demokratik toplum yapısının özelliklerini Kayasu / Türkiye Davasında Şu şekilde ifade etmiştir:

“İfade özgürlüğü, demokratik toplumun esaslı temellerinden biri olup, demokratik toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin kendini geliştirmesinin temel şartlarından birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz⁶⁶”.

Anayasa'nın 13. maddesinin “sınırlandırmalar, demokratik toplum düzeninin... gereklerine aykırı olamaz” ifadesi ile ülkemizde ifade özgürlüğü alanında yapılan sınırlandırmalarda kullanılan ölçütün AIHS ile benzerlik gösterdiği görülmektedir.

B. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebepleri

1. Ulusal Güvenlik ve Toprak Bütünlüğünün Korunması

AIHM'nin bu konuda belirlediği kriterler mevcuttur⁶⁷.

Aleniyet kazanmış bir bilginin yayılmasının yasaklanması ifade hürriyetini ihlal sayılmaktadır. Örneğin Verenigung Weekblad Bluf Kararı⁶⁸ Bluf dergisi sol okuyucu grubuna hitap eden bir dergidir ve bu dergi bir

⁶⁵ BIÇAK, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” içinde Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti (Ed: Bekir Berat Özipek), Ankara, Ağustos 2003, s. 271.

⁶⁶ AIHM, Kayasu/Türkiye Davası, B. No: 64119/00, K.T. 13.11. 2008, hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-121588, E.T. 23.12.2018.

⁶⁷ URAN, s. 94 - 96.

⁶⁸ AIHM, Verenigung Weekblad Bluf /Hollanda Kararı B. No: 306-A, K.T. 09.02.1995, ERKEŞ, s. 98'den alınmıştır.

sayında Hollanda'nın gizli servisleri hakkında bir rapor yayınlacağını duyurmuştur. Raporun içeriğini ise nükleer karşıtı hareketler ve Arap birliğinin Lahey'de büro kuracağına yönelik bilgiler oluşturmaktadır. Hollanda yerel mahkemeleri ulusal güvenlik gerekçesiyle Bluf dergisinin bürosunda arama yaparak bahsedilen sayının nüshalarının toplatılmasına karar vermiştir. AİHM ise bilgilerin az gizlilik içerdiği ve bilgilerin bir kere kamuya duyurulduktan sonra artık gizlilik kalmayacağına ve derginin toplatılmasında ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM'e göre bir yayının salt ulusal güvenliği ve toprak bütünlüğünü tehdit eder biçimde ortaya çıkması da onun sınırlandırılması için yeterli gerekçeyi oluşturmaz ayrıca potansiyel bir tehlike çıkarmaya elverişli olmalıdır. Örneğin Zana/Türkiye Davasında Mahkeme, kararında, terör örgütünü destekleyen ve önemli bir günlük gazetede yer alan açıklamanın, terör olaylarının yaygın olduğu bölgenin en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanı tarafından yapılmış olmasının, şiddete teşvik niteliğinde sayılacağını kabul etmiştir ve bu durumun ulusal güvenlik için potansiyel bir tehlike oluşturmaya elverişli olduğuna karar vermiştir. Tüm bunların sonucu olarak da hükümetin yaptığı müdahalenin ifade hürriyetini ihlal sayılmayacağına karar vermiştir⁶⁹. Ama Karataş/Türkiye Davasında AİHM Karataş'ın yayınladığı şiir kitabının çok küçük bir kitleye hitap edecek bir araçla yayınlamasından dolayı potansiyel tehlike içermeye elverişli olmayacağı gerekçesiyle hükümetin müdahalesini ifade hürriyetini ihlal olarak değerlendirmiştir⁷⁰.

2. Suç İşlenmesinin Önlenmesi

İfadeler sunulurken kullandığımız araçlar ne olursa olsun ifadeye, işlenmiş veya gelecekte işlenme ihtimali olan bir suç arasında güçlü bir illiyet bağı olduğu tespit edilebiliyorsa sınırlandırma sebeplerinden birinin gerçekleştiği söylenebilir, ama burada da söylemin potansiyel olarak tehlike

⁶⁹ AİHM, Zana/ Türkiye Davası, K.T: 25.11.1997, Kararı KILDAN, s. 90 - 92'den alınmıştır.

⁷⁰ AİHM, Karataş/Türkiye, B. No: 23168/94, K.T. 08. 07. 1999, Kararı KILDAN, s. 166'dan alınmıştır.

oluşturmaya elverişli olması aranmaktadır⁷¹. Yani ifadeler bir grupta bu suç işletebilecek güçlü bir etkiye sahip olamıyorsa ifadeler suç işlemeye teşvik niteliğinde olsa bile sınırlandırma yapılması ya da herhangi bir devlet müdahalesi ifade özgürlüğünün ihlali sayılır.

3. Genel Ahlakın Korunması

AİHM ve AYM “genel ahlak” kavramını karşılamak için “müstehcenlik” ifadesini kullanırlar. Müstehcen ise; açık saçık, edebe aykırı, yakışsız⁷² olarak bilinmektedir, ama bu kavram da aslında genel ahlaktan kastın ne olduğunu tam olarak açıklayamamaktadır. Çünkü genel ahlak yargıları toplumlara göre değişebilmektedir. AİHM’in bu konudaki tutumu ise yerel hâkimlerin uluslararası hâkimlere göre daha makul kararlar verebileceği yönündedir⁷³ yani bu durumlarda ülkelere fazlaca takdir marjı tanınmaktadır.

4. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması

Başkalarının şöhret ve haklarından kast edilen aslında kişinin kişilik haklarıdır. Buradaki kişilik haklarından kasıt da manevi değerlerdir. Manevi değerler ise; ehliyet, özgürlükler, şeref ve haysiyet, isim, resim, sır çevresi gibi değerlerdir⁷⁴. Ayrıca buradaki kişiler sadece gerçek kişiler değil aynı zamanda tüzel kişilerdir. AİHM’in bu konuda normal insanlar/memurlar/siyasetçi ve ünlüler şeklinde eleştiriye ve araştırılmaya katılma payının artması gerektiği yönünde içtihatları mevcuttur⁷⁵. Ama bu içtihatların tam olarak genel geçer bir yönünün olmadığı da açıktır. Bu durumda değerlendirme yapılırken somut olaya bakılmalıdır. Örneğin biri çok ünlü biri bile olsa gündelik hayatından kareleri basın tarafından kullanılırken

⁷¹ URAN, s. 96.

⁷² Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=M%C3%9CSTEHCEN, E.T. 25.12.2018.

⁷³ AİHM, Handyside/United Kingdom, B. No: 5493/72, K.T. 07.12.1976, Kararı URAN, s. 98’den alınmıştır.

⁷⁴ AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya, 2014, s. 73.

⁷⁵ AİHM, Tuşalp/Türkiye Kararı, B. No: 41617/08, K.T. 21.12.2012, %20%20%5BTurkish%20Translation%5D%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf, E.T. 26.12.2018.

hayatının tüm ayrıntılarının verilmesi özel hayatın gizliliğini ihlal sayılabilmektedir⁷⁶.

5. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi

Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ile kast edilen aslında kişilerin özel hayatının ihlal edilmesinin sınırlanmasıdır. Özel hayatın gizliliği ile ifade özgürlüğü genelde çatışır halde bulunurlar ve özel hayatın sınırlarını çizmek zordur. Her ne kadar mahkemeye göre, kişinin kimliğine ilişkin bilgiler ve kayıtlar, cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar, kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler, kişiye ait özel yerlerin ve evrakın aranması ve zaptı, telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı posta gönderilerinin okunması, kişinin adı ve fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, hayat tarzı, kamuya yanlış tanıtılması gibi hususlar⁷⁷ özel hayat kapsamında olacağına içtihat edilmiş olsa bile bizce her somut olayda özel hayat çerçevesinin ayrı ayrı belirlenmesi gerekir. Çünkü özel hayatın sınırları kişiden kişiye göre değişmektedir.

6. Yargı Erkinin Yetki ve Tarafsızlığının Güvence Altına Alınması

AİHM, memurların eleştiriye katılma eşiğinin normal insanlara göre fazla olması gerektiğini savunurken yargı organlarına yapılan eleştirilerin, yorumların daraltılması gerektiğini savunmaktadır. Çünkü onlara yapılan eleştiriler devlete duyulan güveni azaltmakta ve karar vericilerin tarafsızlığını etkileyebilmektedir bundan dolayı belli yargı kesimine yapılan eleştiriler kısıtlanmalıdır. Ama bu kısımda makama yapılan bir eleştiri ile adalet sistemine yapılan eleştiri birbiri ile karıştırılmamalıdır. Örneğin vatandaşın savcıya attığı bir mesajda “ siz Abdullah Öcalan’ı asmaya cesaret edemeyen bir yargı sisteminin savcısı olarak, ben ve benim gibilerin gözünde sıfır itibara sahipsiniz” sözünde yerel mahkemelerimiz hareket suçunun oluştuğunu kabul ederken AYM atılan bu mesajla adalet sisteminin eleştirildiğini ve makama hakaretin olmadığına karar vermiştir.

⁷⁶ AİHM, Von Hannover, B. No: 59320/00, K.T. 03.06.2004, https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/Caroline_-_Almanya_01.pdf, E.T. 25.12.2018.

⁷⁷ URAN, s. 103.

SONUÇ

İfade özgürlüğü, AİHS’de koruma altına alınmış olan diğer birçok özgürlüğün temelini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü bireylerin maddi ve manevi olarak kendini geliştirmesinde diğer haklara göre daha özel bir yere sahiptir.

AYM VE AİHM ifade özgürlüğü sadece insanların ya da kurumların lehine söylenmiş ifadeleri değil; insanları ve kurumların hatta devlet yönetiminin aleyhine olan şaşırtıcı veya rahatsız eden ifadeleri korumaktadır. AİHM ve AYM’ye göre düşüncelerin ve fikirlerin ifadesi söz, yazı, sanat, resim, gazete, dergi, broşür, film gibi araçlar kullanılarak yapılabilir bunlar gelişen teknoloji de göz önünde bulundurularak değişebilir. Ayrıca Mahkemeler düşünce açıklamasında bulunan kişinin kimliğini ve statüsünü, düşünce açıklamasında bulunurken ki yerini ve zamanını gibi somut şartlara fazlaca dikkat ederek olayı değerlendirmektedirler.

AİHM ifade özgürlüğü açısından oldukça yapıcı ve temel yapı taşı denebilecek içtihatlar geliştirmenin yanında Türkiye davalarının birkaçında bazı kararlarını önyargılı verdiği açıktır. Örneğin Sürek /Türkiye ve Karataş /Türkiye Davaları gibi. AYM ise ifade özgürlüğü açısından daha çok AİHM içtihatları doğrultusunda karar vermektedir. Bu doğrultuda karar vermesinin sebepleri arasında AİHM’in ifade özgürlüğü açısından temel nitelikli kararlar vermesinin yanında başvurucunun AİHM’e bireysel olarak Türkiye aleyhine başvurabilme hakkının olması da olabilir.

KAYNAKLAR

- AKAD**, Mehmet/ **BULUT**, Nihat/ **VURAL DİNÇKOL**, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2017.
- ARSLAN**, İbrahim ve **AYAN**, Mehmet, Temel Hukuk Bilgisi, Konya, 2014.
- ATAR**, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2018.
- AYAN**, Mehmet/ **AYAN**, Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya, 2014.
- AYBAY**, Rona, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul, 2015.
- BIÇAK**, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” içinde Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti (Ed: Bekir Berat Özipek), Ankara, Ağustos 2003.
- BOZKURT**, Enver ve **DOST**, Süleyman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2002, ss. 47 – 74.
- DAĞI**, İhsan/ **TOPRAK**, Metin, Türkiye’de İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü, Ankara, 2003.
- DUTERTE**, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2003.
- GOMIEN**, Donna, Short Guide to the European Convention to Human Rights, Council of Europe Press, Strasburg, 1991, s. 72, **BOZKURT**, Enver ve **DOST**, Süleyman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2002, ss. 47 – 74’den naklen alınmıştır.
- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz ve **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 1994.
- GÖZLER**, Kemal, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Birinci Baskı Bursa, 2017 (I).
- GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2019 (II).
- GRAY**, John, Reklam Yasakları ve İfade Özgürlüğü, (Çeviren: Ataç ÜNLÜ). Ankara, 1997.
- İÇEL**, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul, 1998.
- KARAN** Ulaş, İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi: 2, Ankara, 2018 (I).

KARAN, Ulaş, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Ed. Sibel İnceoğlu, Ankara, ss. 355 – 379 (II).

KILDAN, İsmail Turgut, Türk Anayasa Yargısında Düşünceyi İfade Etme Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Karşılaştırılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi.

KÜÇÜK Adnan, İfade Hürriyetinin Unsurları, Ankara, 2003.

MILL, John Stuart, Hürriyet Üstüne, (Çeviren: M. Osman Dostel), Ankara, 2009.

O’BOYLE, Michael, “Yargıç Nicolas Bratza’nın Müstakil ve Diğer Görüşleri”, içinde İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2012, ss. 13 – 38.

ÖZBEY, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBB Dergisi, S. 106, Ankara, 2013.

ÖZİPEK, Bekir Berat, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Ankara, 2003.

SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, ANKARA, 2001.

URAN Peri, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı”, TBB Dergisi, S. 120, 2015, ss. 87 -130.

WEAVER, Russell L. “İnternet, İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku: Şimdi İnternette Bir Uluslararası Anlaşma Zamanı mı?”, (Çeviren: Zeynep BİÇİMSEVEN), içinde Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 13 İnternet Hukuku, Ed: Kayıhan İçel ve Yener Ünver Ankara, 2013, ss. 143 - 169.

YAYLA, Atilla, “İfade Özgürlüğü Nedir, Niçin Gereklidir”, Liberal Düşünce Dergisi, İlkbahar Sayısı, 2008, ss. 160 -175.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 23.12.2018.

<https://www.tbmm.gov.tr>, E.T. 23.12.2018.

<http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr>. E.T. 23.12.2018.

<http://www.tohav.org/okcuoglu-turkiye-davasi>, E.T. 25.12.2018.

<https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles>, E.T. 25.12.2018.

<https://www.rtuk.gov.tr>, E.T. 25.12.2018. ,E.T. 25.12.2018.

<http://www.tdk.gov.tr>., E.T. 25.12.2018.

hudoc.echr.coe.int/app/conversion, E.T. 23.12.2018.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanmasıtalebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmalar, DergiPark üzerinden (<http://dergipark.gov.tr/suamyod>) sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülecektir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin yabancı dildeki adı, en fazla 100 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve beş adet anahtar kelimenin (KeyWords) eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda Kaynaklar yer almalıdır.

3. Sayfa yapısı: Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. Metin yazıları: Times New Roman karakteri ile 11,5 punto **tek satır** aralığı, ilk satırı özel 1,25 cm değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. Dipnotlar: Times New Roman yazı karakteri, 10,5 punto, **Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu'nun, her türlü formatta yayımlamak dâhil tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECİTİR.

Haberleşme Adresi:

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 Selçuklu / KONYA

İnternet Adresi:

*http://www.selcuk.edu.tr/adalet_myo/tr

*<http://dergipark.gov.tr/suamyod>

E-Posta:

*adaletdergi@selcuk.edu.tr